

K7771
R 63

Universidad de Los Andes.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
Centro de Estudios Políticos y Sociales de América Latina.
Maestría en Ciencia Política.

JUSTICIA Y POLÍTICA.

**Análisis de la justificación en el Derecho del Estado
democrático y social.**

www.bdigital.ula.ve

Tutor.

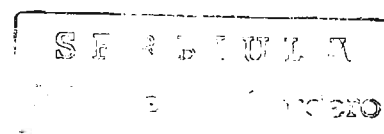
Prof. Vladimir Aguilar Castro

Autor.

Román Ramón Rodríguez Salón.



Mérida, Abril 2006.



C.C.Reconocimiento

Índice

Pág

Introducción. Dos Problemas sobre Racionalidad y Juicio.....	II

CAPÍTULO I.

SOBRE EL JUICIO COMO INSTRUMENTO DE LA RAZÓN. LA INTERPRETACIÓN METAFÍSICA DEL JUICIO.

1.	Sobre el juicio como instrumento de la razón. La interpretación metafísica del Juicio.....	2
1.1.	Sobre los prejuicios y la razón de los Juicios.....	3
1.2.	Juicio como equilibrio de la razón.....	5
2.	Juicio y Validez. Una interpretación epistemológica del Juicio.....	11
2.1.	Juicios sobre lo sublime y lo bello.....	12
2.2.	El Juicio como Acción.....	13
2.3.	Juicio político y racionalismo positivo, al encuentro del positivismo jurídico.....	14
2.4.	La necesidad de un Juicio no sólo positivo.....	18
2.5.	El Juicio y la Razón, las particularidades complejas de la ética del Juicio.....	20
2.6.	La Visión Pragmática del Juicio, un Juicio sin intermediarios.....	22
3.	Tres concepciones sociológicas del Juicio.....	25
3.1.	Los juicios de valor.....	25
3.2.	Juicios con arreglo a valores.....	33
3.3.	Sobre los Juicios objetivos.....	36
4.	Sobre el Juicio jurídico en particular.....	39
4.1.	Juicio jurídico y su relación con el positivismo epistemológico.....	40
4.2.	Del Juicio convencional a la garantía que preserva el Juicio.....	44
5.	Decisiones, aplicaciones y democratizaciones del Juicio político-jurídico.....	46

CAPÍTULO II.

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA EPISTEMOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

1.	Algunas notas sobre la interpretación en sí misma y sobre la interpretación de la Carta Magna en un Estado Social de Derecho.....	67
2.	Una necesaria Clasificación.....	85
2.1.	Sobre las consideraciones del sentido y el razonamiento.....	86

CAPÍTULO III.

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. CONSIDERACIONES AL TRASLUZ DE LA POLÉMICA SENTENCIA N°34/2004 DEL 26 DE ENERO, SOBRE LEYES ORGÁNICAS.

1.	Algunas notas sobre la interpretación constitucional.....	110
1.1.	El debate sobre la interpretación en general.....	110
1.2.	Algunas consideraciones evidentes, olvidadas y no redundantes.....	111
1.3.	Constitución, valores y el carácter político.....	113
1.4.	La interpretación constitucional, su conexión social y el carácter político y democrático especialmente reforzado en el texto fundamental de 1999.....	115
1.5.	La interpretación y la labor de concreción del texto constitucional.....	118
1.6.	Ni judicialismo ni deductivismo extremos.....	121
1.7.	Dos niveles de análisis que conviene distinguir.....	122
1.8.	La interpretación como actividad creativa.....	127
1.9.	La caracterización de la decisión jurídica.....	131
1.10.	La atribución de significados a los textos legales no es cognoscitiva.....	134

2.	Desacuerdos interpretativos y actividad discrecional. La motivación.....	134
2.1.	Atribución de significados: explicación y justificación.....	137
2.2.	El papel de la jurisdicción.....	139
2.3.	La existencia de Votos Salvados es propia del pluralismo contingente de la sociedad actual.....	146
2.4.	Estupidez ilustrada e ilustrados desesperados.....	148
2.5.	Parcialidad política o ejercicio de poderes discrecionales en la jurisdicción.....	152
2.6.	Pluralidad de opciones interpretativas: su uso por la Sala Constitucional.....	164
2.7.	El contraste de significados atribuidos a la expresión incluida al final del primera parte del artículo 203 de la Constitución.....	166
2.8.	¿Es posible alternar y/o combinar los criterios de distintas directivas interpretativas para resolver un mismo punto controvertido?.....	175
2.9.	Verdad y corrección. El predicado de las decisiones jurídicas interpretativas.....	181
3.	La Sala Constitucional ha de juzgarse por las decisiones que dicta y sus consecuencias.....	200
3.1.	Un problema que también depende de la estructura y densidad de las normas objeto de interpretación.....	204
3.2.	Ante argumentos que autorizan salidas dispares ha de explicitarse el criterio de preferencia en la interpretación.....	208
3.3.	Valorar la actividad de la Sala Constitucional por las decisiones que dicta y sus consecuencias. Una visión instrumental, pragmática y dinámica del Derecho y del Ordenamiento jurídico.....	210
3.4.	La configuración de las Leyes Orgánicas y el principio de paralelismo de las formas.....	212
3.5.	Diferencias intrascendentes a los efectos del fallo.....	213
3.6.	Contradicciones.....	215
3.7.	El fallo mantiene intactas las diferencias que el Constituyente declaró de modo explícito en el texto constitucional.....	221
3.8.	Una consideración final.....	222

CAPÍTULO IV.
A MANERA DE CONCLUSIÓN:
FENOMENOLOGÍA PRÁCTICA DEL MODELO ESBOZADO EN
CAPÍTULOS ANTERIORES.

1.	Sobre las sentencias N° 460 del 08 de Abril de 2005 y la sentencia N° 2947 del 15 de Diciembre de 2004.....	229
1.1.	La Evaluación epistemológica de los alegatos de la Defensora Pública Penal y de la Asamblea Nacional.....	230
1.2.	Sobre la revisión del razonamiento de las sentencias N°2947 y N°460 de la Sala Constitucional del TSJ.....	237
2.	Sobre el contraste entre la sentencia N°2947 del 14 de diciembre de 2004 y la decisión N°460 del 08 de abril de 2005.....	240
2.1	Consideraciones jurídicas a las Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2947, de 14.12.2004 y N° 460, de fecha 08.04.2005. Caso: SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ART. 493 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL.....	443
2.1.1.	2.1.1.- DISPOSICIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.....	243
2.1.2.	ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES ANTERIORMENTE TRANSCRITAS.....	245
2.1.3.	LA OBJECCIÓN DE CONTRADICCIÓN ENTRE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 493 COPP Y EL ESPÍRITU QUE DIO LUGAR A ELLA.....	248
2.1.4.	EL CARÁCTER DE LA REGLA GENERAL Y DE LA REGLA ESPECIAL. Una aclaratoria necesaria y el contenido constitucionalmente admisible de la regla de especialidad.....	256
2.1.5.	LA SENTENCIA N° 460, de fecha 08.04.2005. LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 493 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL	

	PENAL.....	262
3.	Sobre los expedientes de sentencia 2005-001786, 05-1786 y 05-178.....	266
3.1.	De los razonamientos de la acusación principal.....	268
3.2.	Sobre el razonamiento de Henry Ramos Allup.....	272
3.3.	Sobre la coherencia, la racionalidad y la suficiencia efectiva del razonamiento de la Sala Constitucional.....	280
4.	En torno a las sentencias N°24 del 15 de Marzo de 2004 de la Sala Electoral del TSJ y la Sentencia 442 del 23 de Marzo de 2004 de la Sala Constitucional del TSJ que revisa la Sentencia N°24.....	282
4.1.	Sobre la decisión N° 24 de la Sala Electoral del TSJ.....	284
4.2.	Del razonamiento de la Sala Electoral del tribunal Supremo de Justicia.....	289
4.3.	4.3. Seis mentiras de la oposición. De las sofisterías de Quirós Corradi y de la estupidez ilustrada de la oposición mediante el abuso de las formas jurídicas.....	294
	Exordio.....	294
4.3.1.	La presunción de buena fe del elector.....	294
4.3.1.1.	La presunción de buena fe en el derecho privado.....	294
4.3.1.2.	La presunción de buena fe en el derecho público.....	300
4.3.1.2°.	La buena fe de la administración.....	303
4.3.1.2b.	La buena fe de los administrados (los electores).....	306
4.3.1.2c.	La buena fe y la presunción de legitimidad de los actos administrativos.....	311
4.3.2.	Privilegiar la voluntad del elector.....	313
4.3.3.	La presunción de inocencia.....	315
4.3.4.	La inversión de la carga de la prueba.....	323
4.3.5.	Los métodos aleatorios y la afirmación de que la resistencia a nuevas fórmulas evidencia la mala fe del trío oficialista.....	332
4.3.6.	La retroactividad de la ley.....	335
4.3.7.	La arbitrariedad.....	336
4.3.8.	Conclusiones.....	339
5.	Conjeturas, propensiones y arbitrariedades de las instituciones jurisdiccionales: En relación a la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N°1022, del 26 de Mayo de 2005. Caracas, 195° y 146°.....	352
5.1.	La Presunción de la Capacidad de la Institución Jurisdiccional.....	356
5.2.	La separación expresa entre categorías espacio temporales y contextos institucionales (jurídicos y políticos) de la sentencia.....	362
5.3.	La obediencia a los mandatos constitucionales expuestos como mandatos de obligatoriedad en cuanto a defensa y garantía de los Derechos Fundamentales.....	364
5.4.	La existencia de una garantía en la sentencia, observada en el justo momento en que la sentencia (con contenido negativo y luego con contenido positivo) subordine sus presupuestos sustanciales a la inclusión, en su esencia de razonamiento, de los derechos fundamentales.....	367
5.5.	La inculcación técnica de elementos jurídicos en la sentencia, limitando al menos a estos en elementos instrumentales mínimos como la imparcialidad, la veracidad y el control jurisdiccional.....	369
5.6.	La inclusión de garantías sustanciales que recojan las antes descritas, al tiempo que muestren un entendimiento del juez de la imprescindibilidad de que el razonamiento y las sentencia estén impregnados y inscritos respectivamente en ellas.....	372
5.7.	Contradicciones jurídicas.....	399
5.7.1.	En ambas se solicita que se suspendan los efectos del artículo 3 de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado.....	400
5.7.2.	5.7.2.- DOS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS: UNA MISMA PRETENSIÓN, UN MISMO FUNDAMENTO Y, PESE A ELLO, UN FALLO QUE NIEGA LA MEDIDA SOLICITADA Y OTRO QUE LO ACUERDA.....	401
5.7.3.	Otras incoherencias observadas en las decisiones.....	404
	Bibliografía	406

A manera de introducción. Dos problemas sobre racionalidad y Juicio.

Una vez más, las instituciones se encuentran a merced de la insuficiencia de la justificación racional de sus acciones normativas de autoridad (*auctoritas*) y jurisdiccionales de potestad (*potestas*), en ambos casos dirigidas al control social justo para lograr el mantenimiento de un grado de cohesión social que pueda ser aceptada y/o tolerada por todos.

Así, tanto el Poder Ejecutivo y su administración pública, como el Poder Judicial y el ordenamiento jurídico que lo sostiene -y que al mismo tiempo él ayuda a sostenerse encuentran sometidos a la presión proveniente de un nuevo esquema de publicidad y de procedimientos democráticos, que denotan dos cuestiones importantes:

- el primero, la imprescindibilidad de la justificación razonada de sus acciones,

- el segundo, la confrontación de dichas razonabilidades justificativas -gracias a la publicidad y procedimientos demandados con el añadido de la exigencia de funcionalidad del sistema allende sus declaraciones de principios y su anidamiento normativo de toda suerte de derechos, expectativas, aspiraciones y valoraciones- con otras razones de menor, igual o mayor validez, coherencia, eficacia y legitimidad.

Esto apuntalará, posiblemente, a un nuevo mecanismo de justificación de las decisiones normativas y jurisdiccionales, cuyo contexto, por su amplitud, lo reducimos aquí -al menos de modo preponderante- a éstas últimas, esto es, a lo que corresponde a la justificación de las decisiones jurisdiccionales y administrativas que resuelven los problemas de justicia entre particulares.

En fin, nos encontramos ante la presencia de lo Ferrán Requejo Coll denomina “la revuelta de la visión neokantiana de las instituciones que conforman al Estado, es decir, la configuración de un contexto de obligatoriedad de las garantías racionales de la acción administrativa cuyo centro principal es la relatividad de una razón que progresivamente se va moralizando y de una moral que se racionaliza, sin que esto implique que la técnica se apodere de la moral, ni que la moral se convierta en técnica

para ser aceptada como principio de apoyo y legitimación de las instituciones públicas”¹.

Este contexto (de regreso a la visión neokantiana) resulta adverso a la praxis de un conjunto de instituciones cuya crisis radica, principalmente, en el desgaste de sus fuerzas imaginativas, lo cual las ha sumido -como afirma Claus Offe- en una profunda crisis, referida a la cantidad, la organización, el diseño y la utilización de los recursos normativos de autoridad legítima para solucionar los conflictos de interacción y socialización excluyentes de la sociedad capitalista y democrática Occidental.

Ya George Simmel² y Jürgen Habermas³ han teorizado sobre el doble propósito de legitimación de las consécuencias negativas producidas por las interacciones sociales vinculadas, bien como causa bien como efecto, a los procesos de acumulación de capital; sin embargo, es Claus Offe quien mejor describe la crisis en el manejo de las crisis políticas: atendiendo a que el concepto mismo de las crisis es producto de los mecanismos de reproducción social, entre los que se encuentran los mecanismos normativos propios de las ciencias sociales, el intercambio -y su consecuente acumulación de capital- asumido como principio de interacción social universal produce en su haber una interferencia sistémica en el núcleo familiar y en el núcleo del sistema legal.

Esta interferencia agota los recursos de autorreferencia y autoreproducción de estos subsistemas (familiar y legal) y como consecuencia, se producen socializaciones de parte del sistema de intercambio destinadas a la integración de los individuos al sistema de mercado, y al mismo tiempo, socializaciones destinadas a la desintegración de aquellos subsistemas que podrían agotar la autoridad y los recursos necesarios para el

¹ Requejo, F. *Teoría Crítica y Estado Social. Neokantismo y Socialdemocracia en J. Habermas*. Prólogo de Eugenio Trías. Anthopos. Barcelona. 1991. pág.104.

² Simmel, G. *Sociología. Principios Generales de la Ciencia de la Sociedad*. Revista de Occidente. Madrid. Trad. J. Pérez Bances. 1958.

³ Habermas, J. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Amorrortu. Buenos Aires. 1995.

mantenimiento de la economía de Mercado, es decir, la desintegración del núcleo de socialización –incluyente- de la familia y el Ordenamiento Jurídico⁴.

Ante tal situación, las instituciones desgastan sus recursos tratando de llenar los espacios de autoridad y de socialización desgarrados por la economía en el interior de las instituciones familiares y de las instituciones encargadas de la cohesión social; los recursos prontamente se hacen insuficientes y la normatividad de la praxis de las instituciones del Estado se convierte en mera técnica repetitiva, burocrática y sin sujeciones a ninguna racionalidad política o jurídica externa a la ya desgastada racionalidad del Estado de Derecho Liberal y/o del Estado Social de Derecho⁵ (Venezuela dixit).

Ha sido uno de los grandes aportes de la utopía científica de finales del siglo XX, empezando por La Teoría de la Justicia de John Rawls⁶, la consolidación de un proceso político y jurídico cuyo resultado es la revuelta de la publicidad justificativa de la praxis jurisdiccional y de la praxis administrativa. Como consecuencia de tal revuelta, correspondería a los Poderes Públicos la responsabilidad de contratar constitucionalmente un consenso racional entre los ciudadanos y las necesidades universales de cohesión y control social, de manera que, en cada decisión de jurisdicción y de administración sea reactivado dicho contrato a través de dos mecanismos político-democráticos:

1.- En primer lugar, la entrega de cuentas -accountability- a través de la justificación de los Juicios institucionales y la garantía de que en cada decisión particular se encontrará inmersa la destrucción de los obstáculos a los proyectos de vida individuales, lo cual se logra a través de la garantía de los Derechos Fundamentales;

2.- En segundo lugar, la inclusión de un reparo expreso a ellos por parte

⁴ Offe, C. *Contradicciones en el Estado del Bienestar*. Ed. John Keane. Trad. Antonio Escohotado. Alianza. Madrid. 1994.

⁵ Keane, J. *El Liberalismo Sitiado*. Cuadernos de Estudios Públicos. Universidad de Oxford. Centro Editorial para las Ciencias Sociales de América Latina. Buenos Aires. 1984.

⁶ Rawls, J. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.

de los distintos órganos del poder público estatal involucrados en cada controversia en la que los mismos tomen decisiones referidas a los derechos fundamentales, debido a que, en el paradigma del estado social y democrático de derecho, toda controversia es susceptible de ser incardinada hacia un problema de derechos fundamentales⁷, y con ello, nunca hacia una respuesta correcta ni única sino, más bien, hacia una respuesta relativa contextual y relacional, pero nunca exacta y unívoca⁸.

Las ciencias sociales en general, y la filosofía analítica del Derecho y la Política en particular, que han dado un giro pragmático a sus fundamentos de estudio -lo que incluye a sus métodos y a su propio objeto de estudio-, se han mostrado desbordadas, en alto grado, en su capacidad de dar respuesta a las insuficiencias críticas de la praxis institucional del Estado Social y democrático de Derecho, el cual hace aproximadamente una década y media se ha pretendido dismantelar desde la ideológica ciencia liberal, especialmente desde las propuestas de la teoría de los sistemas sociales complejos. Sin embargo, y a pesar de la lógica sistémica, este proceso de dismantelamiento progresivo -al menos en los países de capitalismo tardío- se ha realizado de una manera ensayística y pragmática, es decir, a través del *trial and error*.

En efecto el *trial and error* se evidencia en el sentido de que los fundamentos jurídicos y políticos (constitucionales) fundantes de dicho Estado Social y democrático de derecho han sido obviados (vulnerados y, hasta, violentados) en el referido dismantelamiento, toda vez que las propuestas normativas y funcionales de ese proceso de deconstrucción institucional no han reparado en el impacto que dicho proceso supone

⁷ Vid., entre otros, a Dworkin, R.- *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 2003; Ferrajoli, L.- *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, 2ª edición, Trotta, Madrid, 1997; Atienza, M., y Ruiz Manero, J.- *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁸ En efecto, según R. ALEXY, “en cuanto idea regulativa, el concepto de corrección no presupone que exista ya para cada cuestión práctica una respuesta correcta que sólo haya que descubrir. La única respuesta correcta tiene más bien el carácter de un fin al que hay que aspirar” (*Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 302). Así, el Tribunal Constitucional español, en sentencia 42/1993, de 8 de julio —en la que se planteaba la contradicción de diversas sentencias de la sala social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid—, declara la normalidad de <<la existencia de dos criterios distintos que alternan concepciones jurídicas también diferentes pero ambas razonadas y fundamentadas>> (vid. Nieto, Á.- *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, pág. 69).

(en el contexto de aquellas vulneraciones) para la democracia y los derechos fundamentales.

Así, desde esta perspectiva, la deconstrucción así desarrollada ha supuesto que las acciones de la política, la legislación y la jurisdicción no sean llevadas a cabo por magistrados cuya filosofía de la praxis institucional radique en el respeto y la materialización de los derechos fundamentales sino que, muy contra, ha sido el conjunto de corporaciones que se han quedado excluidas del sistema de compensación financiera ante las –sucesivas– crisis del capitalismo las que, al efecto, han empujado a los representantes políticos a desconocer el paradigma del Estado Social y democrático de Derecho sin reconstruir, en base a las garantías y materializaciones de los Derechos Fundamentales que se han aprendido a proteger en este Estado, un principio paradigmático trascendente del propio Estado de Derecho.

Ese doble incrementalismo-pragmatismo (uno *vulgar*, correspondiente a la acción política sin basamentos racionales que lo convierte en una ciencia del ‘salir del paso’, y el otro *racional*, correspondiente a la corriente filosófico-positivista-utilitarista que lo hace desentenderse de la validación racional de las propuestas allende de una simple subsunción a la voluntad de una ‘democrática’ mayoría) al comportarse como guía fundamental de las acciones jurídicas y políticas de las instituciones públicas contemporáneas, ha traído como consecuencia un nuevo contexto histórico de transición filosófico-fenomenológica:

Por un lado, se encuentra la deconstrucción de los fundamentos del paradigma Estado Social de Derecho ante la imposibilidad de crear una etapa histórica de verdadera transcendencia de los Derechos Fundamentales y de sus poseedores, a lo que se suma la incapacidad institucional de imaginación alternativa en lo que respecta a la creación de nuevos programas jurídico-políticos de cohesión social. Estos dos productos del desgaste de las fuerzas utópicas institucionales han dado como resultado la construcción de una generalizada posición científica centrada en la reversión de los efectos perversos del paradigma del Estado Social de Derecho, obviando las ventajas que para el desarrollo del sistema de garantías correspondiente a los Derechos Fundamentales ha traído consigo la Constitucionalización social y democrática del Estado de Derecho.

Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, se ha creado un intenso proceso de transición histórica, donde al parecer las "buenas acciones de la política y el Derecho se encuentran a merced de la crítica destructiva y excluyente de la opinión pública, de modo que las acciones perjudiciales y llenas de vicios en sus formas y sus contenidos son premiadas con actos de apoyo de la voluntad de un maleable 'pueblo', quien las legitima a través de su 'voluntad popular', la cual termina refrendando el apoyo que los órganos del Poder Legislativo y del Judicial otorgan a los excesos del Poder Ejecutivo del Estado.

Al parecer, la desmitificación técnica del mundo, anunciada otrora por la crítica nietzscheana, freudiana y weberiana, no sólo ha generado, a los efectos de las explicaciones y justificaciones autoritativas dentro de lo que las ciencias sociales pretenden echar a andar, la consecuencia unívoca de la destrucción de aquella figura cálida y segura de Dios como ser supremo, sino también la posibilidad de destruir la capacidad de la imaginación racional humana para construir -junto con la contemplación y la reflexividad- una sociedad cohesionada y dispuesta a encaminar sus fuerzas hacia la 'vida buena'.

He allí donde comienza nuestra investigación: en esta profunda etapa de transición histórica, donde los paradigmas son desarmados sin las herramientas adecuadas, lo cual no le permite, ni a los defensores ni a los detractores, reconstruir o conservar, con sus piezas originales o a partir de modelos análogos, una alternativa viable, válida y coherente para disminuir los altos grados de irresponsabilidad institucional y de déficit democrático presentados en el momento de dar una respuesta gerencial a la crisis del sistema social en general, del sistema político en particular y, en especial, del sistema jurídico normativo y jurisdiccional.

Estas consideraciones implican la necesidad de transformar y/o construir las herramientas propicias para que la -al parecer inevitable- debacle del paradigma del Estado Social de Derecho se realice con, al menos, un grado de conciencia sobre la necesidad de amortiguar sus impactos directos, no sólo en la economía como hasta el momento se ha determinado, sino también en la democracia especialmente en la democracia como forma de vida, en la legitimidad de la y las políticas públicas y en los

mecanismos de cohesión social que resguardan los Derechos de los ciudadanos, sin que el camino para alcanzarlo implique pasar por ser siervos para luego ser esclavos, es decir, sin que haya que someterse a un poder humano que presume de supremo (humano-supremo) para alcanzar una investidura justificatoria y legitimadora (aunque fuere sólo de manera mediata y solapada) que, así insuflada, pretende inmolar a los ciudadanos por una senda por cuyo recorrido les promete que los liberará posteriormente en una mejor etapa de la historia.

Y aún luego de esta pequeña y pesimista disertación nos interrogamos: ¿cómo lograr que este referido proceso de transición no desemboque en una vuelta a las fundamentaciones irracionales y totalitarias propias del oscurantismo cognoscitivista, ni en otro totalitarismo, aún peor, referido a la autoridad casi absoluta de la ley del estadio positivo de la historia donde todo está dado y donde la conmesurabilidad de ese todo convierta en innecesaria la praxis de una filosofía social (jurídico-política) comprensiva, reflexiva, adaptativa, heurística e imaginativa?.

Tal interrogante se muestra como la parte inicial de un macroproyecto de reconstitución y trascendentalidad de los fundamentos que algunos autores de la modernidad han construido para dar validez justificativa a las decisiones de los magistrados de justicia y de la administración pública.

No es un proyecto único, aunque si subraya en la originalidad de ser un proyecto que ha pretendido desde sus inicios completar e importar una filosofía analítica y comprensiva del Juicio -entendido como el proceso de contemplación, reflexividad, contraste normativo-valorativo y de decisión en sí mismo- desde los ámbitos de la reflexión filosófica en torno al Ser magistrado de justicia y administrador público y a la racionalidad de las instituciones jurisdiccionales, a la fenomenología de los juicios y a la justificación de los Juicios que se producen en nuestras contemporáneas instituciones democráticas.

Reflexionamos sobre estos fundamentos desde el racionalismo empirista de principios de la modernidad, haciendo uso de la lógica cartesiana, del empirismo baconiano, de la teoría del conocimiento de John Locke, de la crítica a la axiomática en las ciencias morales de David Hume, hasta llegar a la ilustración francesa, inglesa y

especialmente alemana, siempre, claro está, desde nuestra particular perspectiva de estudio en esta investigación.

Si las instituciones del Estado Social de Derecho se radican, como afirma Luigi Ferrajoli, en la construcción continuada de la esencia del Estado de Derecho mismo, no entendemos el por qué de la necesidad de una gran mayoría de autores contemporáneos del Derecho y la Política, de colocar un límite espacio-temporal a las discusiones en torno a la construcción de esas instituciones jurisdiccionales.

Y no lo entendemos porque, muy al contrario, entendemos que si bien el iusnaturalismo fue superado por la crítica formulada por los empiristas clásicos antes mencionados -especialmente Hume⁹- es en los tratados de Francisco Suárez¹⁰, de Thomas Hobbes¹¹, de John Locke¹², de Baruh Spinoza¹³, de Jean Jacques Rousseau¹⁴ y del mismo Immanuel Kant¹⁵ donde se encuentran las bases fundantes de las instituciones de la modernidad, puesto que han sido ellos quienes fundaron el paradigma histórico filosófico de lo que se reconoce como la modernidad, ese paradigma que, luego de fundado, llevó a que Thomas Kuhn¹⁶ le denominara la revolución científica más trascendental de nuestra era, es decir, la revolución copernicana, la revolución que demostró que el mundo no es plano y que tampoco debe ser oscuro.

A partir de estas reflexiones se inicia el recorrido por la trascendentalidad de la justificación de las sentencias pertenecientes a los magistrados de justicia y de las

⁹ Hume, D. El Contrato Original. En Escritos Políticos. Segunda edición. Unión Editorial. Madrid, 2005.

¹⁰ Suárez, F. Tratado de las Leyes y de Dios Legislador. Clásicos Jurídicos. 11 Volúmenes. Madrid. 1921. Trd. Torrubiano Ripio.

¹¹ Hobbes, T. Leviatán. Fondo de Cultura Económica. México. 1999. Locke, J. Segundo Ensayo Sobre el Gobierno Civil. Aguilar. 1969.

¹² Locke, J. Segundo Ensayo Sobre el Gobierno Civil. Aguilar. 1969.

¹³ Spinoza, B. Tratado Teológico Político. Trad. Enrique Tierno Galván. Tecnos. Madrid. 1996.

¹⁴ Rousseau, J. El Contrato Social. Orbis. Madrid. 1984.

¹⁵ Kant, I. La Paz Perpetua. Porrúa. México. 1996.

¹⁶ Kuhn, T. La Revolución Copernicana. Tomo I. Orbis. Madrid. 1985.

decisiones pertenecientes a los miembros del sistema administrativo y representativo del Estado. Una trascendentalidad que se origina en la propuesta del contrato social en que se ha convertido el modelo constitucional de la democracia representativa de finales del siglo XX en Occidente, sobre la necesidad de justificar las decisiones de las instituciones jurisdiccionales apelando a la inexistencia de una razón universal única y homogénea, lo que genera que la validez de dicha sentencias y decisiones se convierta, entre otras cuestiones, en un proceso de coherencia y contraste entre una pluralidad de verdaderas razones políticas y jurídicas.

En ese proceso, sólo el poder del mejor argumento racional y de la lógica de una explicación coherente puede presentarse y trascender momentáneamente a la competencia plural de justificaciones para convertirse parcialmente en la justificación fundante de esas sentencias y esas decisiones administrativas. Es, pues, el imperio pleno del uso público de la razón y del mejor argumento como mecanismo de lo que ya Pericles anunciaba como la *veritas odium parit*.

Observado del modo presentado, pareciese un proyecto inabarcable para una extenuada y tecnificada voluntad científica, un trabajo investigativo que al trasluz de visiones técnicas y simplistas se convertiría en parloteo metafísico sin posibilidad de aplicabilidad ninguna; sin embargo y a pesar de aquellos quienes creen en la servidumbre necesaria a una técnica que '*os hará libres*', es en la fenomenología donde radica la fortaleza de nuestra investigación: es en la conquista de un modelo intermedio entre el cognoscitivismo ético puro y creador y el positivismo técnico de autoridad totalitaria, cuya función radique en el análisis y la propuesta racional de las justificaciones de las sentencias jurisdiccionales y de las decisiones administrativas, donde se haya la sustancia de una versión epistemológica crítica del proceso mismo de decisión y de la justificación en su forma y contenido propiamente dicho.

Entendemos que las fronteras disciplinarias son parte de la geografía de las ciencias sociales, pero también comprendemos la necesidad de extender esas fronteras para realizar el objetivo que nos lleva a la construcción de tal modelo intermedio; es, en palabras de Albert O. Hirschman¹⁷, el arte de los traspasos y las autosubversiones

¹⁷ Hirschman, A. *Essays in Traversing*. Cambridge. 1991.

científicas, arte que se denotará inherentemente una vez que nuestra investigación inicie su recorrido por la filosofía social, la filosofía política y especialmente la filosofía jurídica.

Una particularidad necesaria de denotar subyace a nuestra investigación, referida a la existencia de una doble contingencia y un doble riesgo presentes en el sistema social e institucional en el que hemos determinado la inscripción de la fenomenología a investigar: Venezuela se presenta como un paradigma de estudio en sí mismo original, complejo y paradigmático. Echado a andar el proceso de desmantelamiento del Estado de Bienestar, nuestra clase política ha reconquistado la lucha por el mantenimiento de un Estado con justicia social, un Estado mucho más interventor que el modelo de bienestar experimentado en Europa desde finales de la segunda guerra mundial, a lo que se suma la construcción prescriptiva de una democracia "participativa y protagónica".

Por estos derroteros, la Constitución de 1999 contiene los principios fundantes (constitutivos¹⁸) de una forma de Estado (y del poder) y fundamentales (de obligatorio cumplimiento en la creación, interpretación y aplicación de la legislación ordinaria que de aquella deviene en vigente, válida, obligatoria y eficaz) que se pretendía casi desmontado, más en nuestra región, donde en más de tres décadas de operatividad de un modelo de Estado interventor propio del modelo de desarrollo por sustitución de importaciones no se consiguió un esquema eficaz de cohesión social y de bienestar económico.

Pero ante la avasallante propuesta neoliberal de retracción inmediata de las funciones del Estado, donde la macropolítica vuelve a convertirse en el centro de atención del Estado, lo cual trajo consigo una década de hipermovilidad social representada por la presión ciudadana, por el descontento de los electores y por el desmantelamiento de los partidos políticos tradicionales, la propuesta de la reconstrucción de un Estado de bienestar ha sido bien recibida por la voluntad legitimadora de la ciudadanía.

¹⁸ Porque, como atinadamente resalta G. Zagrebelsky al diferenciar entre los principios y las reglas del orden jurídico, "sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, <<constitutivo>> del orden jurídico" (Zagrebelsky, G.- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad., de M. Gascón Abellán, 3ª edición, Trotta, Madrid, 1999, pág., 110).

Y ha sido ésta voluntad quien refrendando el contrato social de 1999, aún con desconocimiento de causa de los riesgos tomados en dicha decisión, ha colocado en un mismo tiempo y momento histórico –a priori- toda la validez democrática de la Constitución (en lugar de concebirlo como un proceso histórico en permanente construcción), insertándolo –paradójicamente- en un contexto de doble contingencia y riesgo, propio de un dual contexto de transitoriedad como, al efecto, queda evidenciado en el sistema social venezolano, dada sus peculiares características de capitalismo tardío y de modernidad inacabada: *jextraña paradoja!*.

Una nueva interrogante se cierne sobre nuestra investigación: ¿cómo lograr que estos doble y problemáticos elementos contingentes y de riesgo no hagan sucumbir a las instituciones jurisdiccionales y a las instituciones administrativas en un sistema anárquico-populista-corrupto, en un sistema totalitario de técnica de compensación, en un esquema de justificaciones diáfanos de las sentencias y las decisiones administrativas y, en definitiva, en un conjunto de instituciones colonizadas por razones antidemocráticas y antipluralistas?.

De aquí que consideremos imprescindible que la construcción un modelo de Juicio¹⁹ sea operativamente eficaz en el control de los excesos jurisdiccionales de quienes apelando a la vigencia de la Ley otorgan validez unívoca a esta, o de quienes basándose exclusivamente en la 'capacidad de interpretación' puedan convertir el espíritu de las leyes y las instituciones en la materia prima de una nueva y totalitaria ideología cuyo fin teleológico sea la eliminación del pluralismo propio de nuestras instituciones democráticas, si es que de pluralismo pudiera hablarse allende las declaraciones de intención de construir, siquiera teóricamente, un mecanismo que permita una verdadera interacción social plural, lo que, en todo caso y sea como fuere, persuade a dar por bueno los deseos de la construcción de un sistema plural.

¹⁹ Diferenciamos en nuestra investigación el uso de la palabra *Juicio* que se determina a sí mismo como el núcleo del pensamiento que determina una decisión ubicado en un punto intermedio entre la razón y el entendimiento, desde la perspectiva kantiana, es decir, la facultad de juicio como facultad del pensamiento producto de la reflexión seguida de la fundamentación sobre una razón universal y universalizable; y *juicio* como el proceso de escogencia entre distinguibles opciones presentadas.

Antecedentes.

No podríamos empezar nuestra investigación sin el reconocimiento de los trabajos científicos y los debates filosóficos que aperturaron la disputa sobre la justificación y la validez de las sentencias y las decisiones administrativas en el contexto de una democracia representativa, con fundamentaciones de acción deliberativa y pragmática dentro de un Estado Social de Derecho.

En este punto destacan los trabajos de *Luigi Ferrajoli: Derecho y Razón . Teoría del Garantismo Penal (2001)*, los dos trabajos de *Jürgen Habermas: Verdad y Justificación (2002)*, y *Facticidad y Validez (2000)*, el trabajo de *Ronald Dworkin: Los Derechos en Serio (1999)*, de *Richard Rorty: Contingencia, Ironía y Solidaridad (1996)*, de *Paolo Comanducci: Razonamiento Jurídico (2004)* y de toda la corriente de pensamiento analítico jurídico encabezada por Norberto Bobbio y que tanto Ferrajoli y Comanducci integran. A estos estudios se debe la consideración de (re)constituir el esencial fundamento científico de la reflexión axiológica sobre la construcción de un verdadero *Juicio* acorde con las instituciones jurídico-políticas del Estado de Derecho y del Estado Social y democrático de Derecho.

El trabajo de Luigi Ferrajoli es el punto de inicio de nuestra primer interrogante: reconsiderando los aspectos filosóficos que dieron cuerpo en la época de la ilustración a las instituciones del Estado de Derecho y a la constitucionalización de los Derechos Fundamentales, Ferrajoli reaviva aquel viejo, pero nunca obsoleto ni innecesario, debate sobre la sujeción a la garantía expresa que a los derechos fundamentales -justicia, igualdad, libertad e integridad ética- deben ofrecer las instituciones del Estado y los magistrados de justicia y de la administración pública que, sujetos a las disposiciones jurídico-normativas y a su autoridad, deciden de modo vinculante para el conjunto de ciudadanos en general.

Así, la garantía de los Derechos es un tema que ha atravesado el interior de los tratados y teorías filosóficas de Derecho y Política escritas en la modernidad, aunque también ha atravesado los rencores más innominables de aquellos tratados filosóficos que no reflejan la relatividad de sus aserciones de manera sucinta. De manera contraria, el garantismo como conjunto de mecanismos procesales y filosóficos de control del

Juicio y de los procedimientos de juicio, si que data de una recientemente creada disputa en las ciencias sociales y la filosofía jurídico-política, especialmente de la disputa de aquellos adeptos a la Escuela Analítica del Derecho Italiana.

Desde el *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador de Francisco Suárez y la Política Methodice Digesta de Johannes Althusius*²⁰ las garantías -entendidas como mecanismo de control y limitación de las acciones del poder del soberano eclesiástico o secular- han sido parte de los escritos de filosofía iusnaturalista, empírico-criticista, ilustrada, idealista, crítico-economicista e iuspositivista.

Es la Garantía como verbo la que ha permitido la defensa de los ciudadanos ante la consagrada voluntad de los absolutismos y totalitarismos de irrespetar u obviar las determinaciones en torno a los Derechos que son inherentes a la racionalidad natural del ser humano, especialmente a la racionalidad responsable y artificial del ciudadano de un Estado. En los inicios de la modernidad, la garantía se disponía, pues, construir los principios de tolerancia religiosa, de proceso jurisdiccional debido, de representación política de los ciudadanos y de Constitucionalización de los Derechos que una vez contratados se convertirían en Derechos Fundamentales y Universales.

Sin embargo, de manera semejante a los inicios de la modernidad, en la época contemporánea la realización fenomenológica sustancial de las garantías más allá de los adjetivos institucionales se enfrenta a dos grandes oposiciones políticas y jurídicas.

Por un lado, la insuficiencia de las fuerzas ideológicas de confrontarse en un debate sobre las alternativas de construcción de un régimen político verdaderamente republicano, donde el compromiso y la responsabilidad recíproca entre las instituciones y los ciudadanos sea el elemento de cohesión social privilegiado.

Por otro lado, la incapacidad de las ciencias sociales, especialmente de las ciencias de la política y del Derecho de asegurarse una posición complementaria y reconstructiva del totalitario positivismo jurídico e institucional, que no termine por aceptar ciegamente los presupuestos fundamentales de un cognoscitivismo ético

²⁰ Althusius, J. *Política Methodice Digesta*. Edición de Johannes Whinkelmann. Bonn. 1932.

extremo como el realismo americano y el sistema totalitario de compensación de las acciones unilaterales de la política que hace uso del procedimiento legal para fines ideológicos, tal como ya lo apuntaba, en su momento y para los problemas de su época, Otto Kirchheimer²¹.

Ante estas dos problemáticas, de gran tamaño y harto complicadas, Luigi Ferrajoli trata de dar respuesta desde la ciencia del Derecho, específicamente desde el Derecho penal:

“sólo un Estado de Emergencia ha propiciado un certero golpe al positivismo jurídico rancio y caduco, pero un Estado como este sin los compromisos con los Derechos Fundamentales y sin la Garantía de estos como norte de actuación, es un Estado que se pervierte a sí mismo, un Estado cuyo Ordenamiento se disuelve en la autoridad de la vigencia y en la validez de la existencia operativa de las normas jurídicas”²².

Por ello, no podemos esperar a que un nuevo Estado de Emergencia se haga necesario ante nuestra sociedad, y de ahí que el trabajo de la ciencia del Derecho es la consagración normativo-conceptual del Derecho mismo.

En efecto, como afirma Ronald Dworkin: “la Constitución funde problemas jurídicos y morales, en cuanto hace que la validez de una ley dependa de la respuesta a complejos problemas morales”²³, y con ello, “ir más allá de lo que es necesario para hacer posible la democracia implica socavarla”²⁴.

²¹ Decía O. Kirchheimer que “en asuntos políticos la justicia es más tenue que en cualquiera otra rama de la jurisprudencia, ya que fácilmente puede trocarse en una mera farsa. Utilizando los recursos normales de la justicia, los políticos contraen ciertas obligaciones espurias y mal definidas; y por ser de tipo circunstancial y contradictorio, el eslabón entre la política y la justicia se caracteriza clásicamente tanto por la promesa como por la blasfemia”.

²² Ferrajoli, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta. Madrid. Pág.22.

²³ Dworkin, R. *Los Derechos en Serio*. Traducción de M. Guastavino. Ariel. Barcelona. 1999. pág., 277.

²⁴ Dworkin, R.- *Impera el Derecho Sobre la Política*. En *La Política*, Revista de estudio sobre el Estado y la Sociedad, núm., 4, editorial Paidós, Barcelona, 1996, pág., 11.

Así, la ciencia jurídica al modificar la observación de propios y extraños del Derecho modifica al Derecho en su justa proporción; en el presente la realidad ha colocado a la Constitución en proporciones de autoridad nunca antes vista, y esto representa un impulso interno del Derecho hacia la ciencia jurídica, un impulso que es necesario de aprovechar y de ampliar través del trabajo científico. Por este motivo ya no resulta imprescindible para la ciencia jurídica y la ciencia política esperar que la voluntad de la historia y que la divina fortuna se apiaden de los individuos desvalidos para colocar ante la teoría y la filosofía del Derecho el objetivo de su nueva investigación, y la necesidad expresa de dar respuesta a los problemas de totalitarismo y de violación de los Derechos Fundamentales inmersos en los procesos totalitarios de autoridad absoluta de una norma incompleta y de un procedimiento técnico avalorativo.

Las quejas de Ferrajoli son bien fundadas al comprender la necesidad de las ciencias sociales y de la ciencia jurídica de dar respuesta al sistema hiperestático en que se ha convertido el conjunto institucional de la administración pública, de la legislación representativa y especialmente de los órganos de jurisdicción.

La *estricta legalidad* (a la que se refiere Ferrajoli) ya no puede subordinarse a la *mera legalidad*, y de manera similar la *validez* ya no puede interactuar como una relación causa-efecto de la *vigencia de la Ley*; el imperio de la Ley no es sólo el imperio de la norma, esta es insuficiente puesto que la norma no lo abarca todo y que tras de la Ley y la Legislación se encuentran principios fundantes del contrato social que aunque no expresamente, si hacen e integran los elementos que convierten al rule of the law en un sistema de pesos y contrapesos, ya no únicamente entre los órganos que constituyen al Estado, sino también entre estos y la garantía responsable de y hacia los Derechos de los ciudadanos.

En este contexto de subversiones al positivismo, sus defensores argumentan apoyados en el origen mismo de la codificación del estadio positivo de la historia: la ley fundamental del estadio positivo en que nos encontramos gratamente, es la ley de la constante subordinación de la imaginación a la observación, y aún cuando los ojos se conviertan en ciegos, así como los de aquella diosa vendada, la ley por sí misma hablará a través de su apéndice máximo, el juez.

Las palabras de Auguste Comte²⁵, expuestas en sus Discursos sobre el Espíritu Positivo, al ser retomadas por la sociología jurídica de Emile Durkheim y su voluntad de construir una ciencia sociológica autónoma, dieron como resultado la tecnificación de los procesos de pensamiento racional del ser humano, y como toda técnica terminó por perfeccionarse y proveer un gran aporte a la construcción de la democracia y del Estado Social de Derecho, contribución que se dio, incluso, con las limitaciones de dicho positivismo que, al efecto, impulsaron la necesidad del Estado de bienestar.

Sin embargo, la tecnificación del pensamiento que significó la reactivación del juez ‘boca de la ley’ de Montesquieu, ha caducado en muchas de sus expresiones de seguridad y certeza, puesto que ya no se encuentran altos grados de validez en el encierro entre las cuatro paredes de la regla (norma) positiva, así como de un hecho (y de una realidad) que no dice(n) nada de sí mismo(s) ni por sí mismo(s) y no “tiene(n) ninguna pretensión jurídica, porque su <<verdad>> no tendría nada que ver con la voluntad (del legislador) de la que la norma jurídica se deriva”, como dice Zagrebelsky al criticar la más rígida incomunicabilidad y/o dualismo entre ser y deber ser de la doctrina del positivismo²⁶,

Por estos derroteros del estadio positivista, tampoco en fin, resulta satisfactoria la existencia de un sujeto que sometido a unas reglas y a un proceso legal, no tiene ni puede acceder a los elementos demandados por el discurso positivo que, previamente, ha legitimado de manera autoritativa los instrumentos únicos y adecuados para, por un lado, evidenciar según las premisas de una regla jurídica que, generalmente es desconocida por el sujeto, su inocencia o inconciencia ante aquello que se le acusa, adjudica o repara desde las instituciones jurisdiccionales del Estado.

²⁵ Palabras adaptadas de la cita textual sobre “El Carácter Principal del Estadio Positivo: La Ley o Subordinación Constante de la Imaginación a la Observación”, extraída de *Discurso sobre el Espíritu Positivo*, Editorial Orbis, Madrid, 1984. págs.112-113.

²⁶ Zagrebelsky, G.- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, ob., cit., pág., 118.

En otras palabras: el discurso positivo coarta al sujeto la posibilidad de una reconstrucción histórica del hecho que no siga una línea discursiva tan tecnificada como, en el supuesto de que dicha tecnificación sea, en su iter lógico y cronológico, desconocida por el sujeto que invoca la aplicación del derecho, anulatoria de los resultados que deben corresponderse con la referida reconstrucción.

Por otro lado, dicho sujeto no puede hacer la reconstrucción histórica en un ámbito de verdadera reproducción (reconstrucción) fáctica dirigida a provocar las consecuencias jurídicas de una realidad a la que, allende el estadio positivista, se le atribuye relevancia jurídica o, mejor, como dice Zagrebelsky, “a las exigencias de carácter jurídico que la realidad lleva consigo”, dado que “la realidad, al ponerse en contacto (antes que con la regla jurídica) con el(los) principio(s), se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor.

>>En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla —como razona el positivismo jurídico— la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de <<tomas de posición>> jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio. La incidencia directa de los principios sobre la realidad, es decir, la posibilidad de que confieran a los hechos un valor normativo propio, es algo no sólo no previsto, sino incluso excluido por el positivismo jurídico”²⁷.

La paradoja de la justicia como procedimiento y como legalidad expresada por Hans Kelsen fue necesaria para que los totalitarismos no emplearan el procedimiento extralegal como parte de la justicia social y política a su favor; sin embargo, esa

²⁷ Zagrebelsky, G.- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, ob., cit., pág., 118.

paradoja, que afirma como irresponsabilidad la acción de un juez que, apelando a la trascendencia de los derechos fundamentales, complementa lo que reducidamente se encuentra en la norma escrita, proponiendo al efecto una interpretación jurídica con razones suficientes como para lograr mayores niveles de validez y justicia de y en sus decisiones, en el presente se muestra como una paradoja perversa.

Dicha paradoja pertenece, además, a una fórmula del Derecho, mágico-teológica, que afirma 'lo no prohibido está permitido, la vigencia conlleva a la validez, la eficacia del Derecho hace referencia únicamente al control social y no, como lo demanda el Estado democrático y social de Derecho, a la perfección del sistema de Derechos Fundamentales'; se trata, en definitiva una fórmula caduca que, por tanto, ha de dársele una ubicación precisa y justa y, al efecto, integrarla a un sistema garantista que sí aboque sus esfuerzos a la perfección del respeto y la garantía de los principios de igualdad, libertad, justicia e integridad ética.

A partir de este punto tres corrientes de pensamiento apuntalan sus esfuerzos para dar solución a los problemas de absolutismo normativo antipluralista y antidemocrático de nuestras sociedades Occidentales:

1.- la propuesta de los neopositivistas como Karl R. Popper²⁸, Paolo Comanducci²⁹, Luigi Ferrajoli y Norberto Bobbio³⁰;

²⁸ Popper, K. *Conjeturas y Refutaciones. El Desarrollo del Conocimiento Científico*. Paidós. Barcelona. 1994. Popper, K. *La Lógica de la Investigación Científica*. Tecnos. Madrid. 2001.

²⁹ Comanducci, P. *El Razonamiento Jurídico. Elementos para un Modelo*. Fontamara. 2004. Véase también en una línea crítica. Canaris, C. *Función, Estructura y Falsación de las Teorías Jurídicas*. Civitas. Madrid. 1995.

³⁰ Al plasmar sus palabras introductorias para tratar las cuestiones referidas al formalismo y al positivismo jurídico, Bobbio admite que: "los que nos iniciamos en el estudio de la jurisprudencia en la década del 30, sabemos que la teoría del positivismo jurídico (sobre todo en la forma presentada por *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen) dominaba entonces en Italia. Estábamos obligados a admitir que, fuera de algunos cánones transmitidos por las escuelas positivistas, no había posibilidades para el jurista que quisiera ejercitar seriamente su tarea. El derecho natural era considerado como el residuo de actitudes no científicas y debía ser eliminado en cualquier parte que apareciera. Por el contrario, al final de la guerra, las posiciones se invirtieron, pues hemos visto a muchos juristas, una vez realizado su examen de conciencia, pronunciar una completa y presurosa palinodia, arrojarse en los brazos del rechazado derecho natural y dejar caer sin remordimiento al positivismo entre las antiguallas donde, hasta pocos años antes, yacía el derecho natural en completo abandono. Nos encontramos así divididos entre la fidelidad a nuestro origen y la inevitable seducción de aquello que se presenta configurando lo inesperado y lo nuevo". Luego, al finalizar su análisis, referido al formalismo, al positivismo jurídico y al iusnaturalismo, no tiene empacho en admitir en las conclusiones de su estudio que:

“en la medida en que se presentan como dos diversas ideologías de la justicia, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico son incompatibles (en su forma extrema); además representan una alternativa frente a la cual no es posible dejar de elegir. Tienden pues a comportarse como dos proposiciones contradictorias que no pueden ser ambas aceptadas o ambas rechazadas.

>>Cuando se presentan como dos diversas teorías generales del derecho, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico son también incompatibles, en el sentido de que no se puede sostener simultáneamente la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo y la exclusividad del derecho positivo. Pero tienden a comportarse más bien como dos proposiciones contrarias que no pueden ser aceptadas a la vez aunque puedan ser rechazadas ambas: una teoría, por ejemplo, que sostuviese que el derecho natural y el derecho positivo son dos *species* del *genus* derecho, no sería iusnaturalista ni positivista, sino un *tertium quid* entre los dos extremos.

>>Finalmente, cuando se presentan como dos formas diferentes de aproximarse a la experiencia jurídica: el modo de la toma de posición y el modo de la toma de conocimiento, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico *son perfectamente compatibles ya que operan sobre dos planos diversos*; por un lado el de la valoración de la justicia de las leyes con miras a su reforma, por otro, el de la interpretación de las leyes con miras a una mejor sistematización teórica y, por consiguiente, una mejor aplicación práctica; en este caso la controversia entre los partidarios de una y otra posición es totalmente estéril. Cuando más, se puede agregar que así como en esta tercera situación es posible comprobar una relación de conflicto cuando se entiende -como hemos hecho notar en el párrafo precedente- la insistencia iusnaturalista como exigencia de una definición valorativa del derecho, así también en la primera situación, (oposición entre las dos ideologías), *es posible comprobar una relación de convergencia, en donde se encuentran el iusnaturalismo moderado y el positivismo moderado*. Esto es una confirmación posterior del tema principal de este trabajo, o sea que las relaciones entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico -éstos, por así decirlo, enemigos fraternales- son muy variadas y complejas. Se podría decir *scherzosamente* que cuando se enfrentan como ideologías son enemigos pero no hermanos; cuando se enfrentan como teorías no son ni hermanos ni enemigos; cuando se enfrentan como modos diversos de acercarse a la experiencia jurídica, son hermanos y no enemigos.

>>Si volvemos ahora al punto de partida, es decir, a las definiciones de iusnaturalismo y de positivismo jurídico, dadas en el párrafo primero (y se refiere aquí a las tres formas bajo las que Bobbio considera que se han presentado históricamente las relaciones entre iusnaturalismo y positivismo jurídico), llegamos a comprender mejor los diversos significados que toman -en las tres diversas zonas de encuentro y desencuentro, examinadas en los tres párrafos precedentes y resumidas en éste- la mencionada superioridad del derecho natural, característico del iusnaturalismo y la mencionada exclusividad del derecho positivo, característica del positivismo jurídico. En el plano de la relación ideológica, la superioridad del derecho natural significa que existen reglas de conducta cuya validez es fundamento de la validez de las reglas de derecho positivo y en cuanto tales, deben ser obedecidas con preferencia estas últimas. En el plano de la relación teórica, la superioridad del derecho natural significa que el recurrir a la naturaleza antes que a la voluntad del legislador ofrece una explicación más adecuada del fenómeno jurídico y una base más sólida para construir una teoría general del derecho. En el plano metodológico, la superioridad del derecho natural significa que si junto al estudio científico no valorativo del derecho se da cabida a la llamada crítica de las leyes, el mejor modo de llevarla a cabo es valerse de las sugerencias que provienen de la tradición del derecho natural. Análogamente, la exclusividad del derecho positivo significa, en el primer caso, que se debe obedecer incondicionalmente las leyes que establece el legislador porque no existen otras superiores a ellas; en el segundo caso, que el derecho natural no es una forma del derecho que se pueda colocar a la par de las diversas formas de derecho positivo; en el tercero, que el derecho positivo es el único objeto de estudio de la jurisprudencia como ciencia”.

Así, según Bobbio, se puede ser “positivista desde un cierto punto de vista y iusnaturalista desde otro. En la medida en que sea útil, continúa diciendo Bobbio, pongo como ejemplo, mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro” (Bobbio, N.- *El Problema del Positivismo Jurídico*. Versión castellana de E. Garzón Valdés, Distribuciones Fontamara, núm., 12, págs., 8 y 86-89).

2.- la propuesta de Jürgen Habermas³¹, Claus Offe³², Hans Albert³³ y el resto de la Escuela de la Teoría Crítica entre los que destaca en nombre de Otto Kirchheimer³⁴;

3.- y por último, la propuesta de Ronald Dworkin³⁵.

Los neopositivistas han concedido certeza a la inevitable llegada de una etapa de la historia en que la metafísica no debe ocupar un lugar privilegiado en el interior de las ciencias y la filosofía sociales.

Por tanto, la comprobación, la corroboración, la confrontación y la verificación son premisas fundamentales para que las ciencias se conviertan en un reflejo de lo que debe estar ocurriendo en la sociedad abierta, y, de manera complementaria, debe ser un mecanismo de evaluación de la apertura del universo social y político-jurídico que compone el sistema de interacción democrático, y sin embargo, ¿cómo verificar, corroborar, comprobar y confrontar un sistema jurídico que funciona y se describe a sí mismo como autopoietico y autorreferente, lo que le permite desligarse de cualquier autoridad externa a la existencia de sus propios elementos constitutivos?

Las Conjeturas y Refutaciones no son parte de la autorreferencia de una totalitaria autoridad del legislador, no lo pueden ser en la medida en que el procedimiento de construcción y/o modificación del ordenamiento jurídico no incluye los valores del *bios* democrático expresado como voluntad, sino que incluye los valores culturales de la sociedad expresados como técnica de coacción y coerción para el mantenimiento de una cohesión social estable.

³¹ Habermas, J. *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*. Trotta. Madrid. 2000.

³² Offe, C. *Las Nuevas Democracias. Transición Política y Renovación Institucional en los Países Postcomunistas*. Hacer. 2004.

³³ Albert, H. *Razón Crítica y Práctica Social*. introd.Margarita Boladeras. Piados. Barcelona. 2002.

³⁴ Kirchheimer, O. *Justicia Política. Empleo del Procedimiento Legal para fines Políticos*. Comares. Granada. 2001.

³⁵ Dworkin, R. *Los Derechos en Serio*. Ariel. Barcelona. 1999.

La lógica de los grados de verificación y corroboración tampoco son parte de las justificaciones de las sentencias de los tribunales y, menos, de la entrega de cuentas de los administradores públicos a la opinión pública ciudadana; y esto es así, puesto que las justificaciones y las entregas de cuenta se realizan, en buena parte, sin contenidos de derechos (Dworkin), sin sustancias de principios (Ferrajoli), y sin formas democráticas de validación y comunicación (Habermas).

Teóricos como Jürgen Habermas se comprometen a realizar los proyectos inacabados de la modernidad: la tolerancia, la pluralidad, la representación, la participación, la convivencia entre propiedad privada e igualdad político-jurídica; pero encuentran en las instituciones del Estado las principales trabas a sus proyectos de crítica y de investigación.

No se podría reactivar el modelo de Asedio Político ni el modelo de Exclusas³⁶, propios de la evolución de la acción comunicativa y la publicidad neokantiana, cuando los magistrados de Justicia y de la Administración pública no apelan en sus justificaciones a una motivación sustentada sobre una razón universal suficiente, de principios realmente contenidos en las decisiones de tal manera que, una violación a alguno de ellos implique la destrucción del fundamento sobre el que se ha sustentado la justificación de los Juicios jurisdiccionales y de los Juicios administrativos.

Así que, es en lo más profundo de las instituciones, es decir, es en los propios fundamentos de constitución de las instituciones de jurisdicción y de administración pública donde la ciencia jurídica y la filosofía política deben enmarcar su objeto de estudio. Esto representa aquella vieja distinción entre formas y contenidos, es decir,

³⁶ En su proyecto de Investigación académica de filosofía social, Jürgen Habermas ha construido dos modelos normativos de participación política ciudadana desde la teoría del discurso, un modelo de Asedio y un posterior modelo de esclusas: en el primer modelo, la 'fortaleza política de las instituciones' queda asediada por vía de que los ciudadanos, por medio de debates públicos, tratan de ejercer influencia sobre los procesos de deliberación y decisión, pero sin intención de conquistar la fortaleza; en el segundo modelo, el sistema político estructurado en términos de Estado de Derecho consta de un centro y una periferia. Para que los ciudadanos puedan ejercer influencia sobre el centro, es decir, sobre el Parlamento, sobre los Tribunales y sobre la Administración, los flujos de comunicación procedentes de la periferia han de pasar por las esclusas de los procedimientos democráticos y los procedimientos que el Estado de Derecho comporta. En la circulación del poder político, el Derecho es el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en poder administrativo. Habermas, J. *Sobre Facticidad y Validez. En Más Allá del Estado Nacional*. Fondo de Cultura Económica. México. 1999. pág.152.

entre formas del problema, fáciles de aprehender por una ciencia descriptiva, y contenidos del problema, imposibles de ser convertidos en objeto de estudio por una ciencia acrítica y meramente empírica.

La justificación de las sentencias y las decisiones de los magistrados de justicia y de los magistrados de la administración pública, es resultado del giro pragmático de la Política y el Derecho a nivel fenomenológico y a nivel de su praxis institucional³⁷.

Desde esta perspectiva, la ciudadanía es parte integral de la democracia y de cualquier régimen que se pretenda constitucionalmente republicano, por lo tanto, la responsabilidad de las instituciones es parte integral de la obediencia a un imperio de la Ley producto de un neocontrato social entre los ciudadanos y las instituciones a través de los principios fundamentales. De tal manera que, ante el desgaste y las flexibilizaciones que el Estado de Bienestar trajo consigo de los controles institucionales y administrativos, la praxis política de los ciudadanos de una democracia debe activarse como mecanismo de concienciación de las acciones de aquellos magistrados de justicia y de la administración pública cuya praxis se inscribe en el contexto institucional del Estado de Derecho.

Ronald Dworkin se hace eco de estos antecedentes del problema de los principios y de las deficiencias justificativas de las acciones institucionales: Cada ciudadano es un todo al cual atender, es -como expresa Charles Taylor³⁸- un proyecto de vida individual que reconstruye a la sociedad misma en la medida en que despliega sus derivaciones en todos los subsistemas de interacción social, de ese despliegue efectivo depende la cohesión social, la tolerancia política, la libertad de los ciudadanos, la igualdad ante la Ley y la legitimidad de un conjunto de instituciones jurisdiccionales justas.

Pero en nuestras democracias los proyectos de vida están a merced de las contingencias que se originan a partir de lo existente, y no de lo necesario a construir; si los mecanismos de respeto y garantía de los derechos humanos no son suficientemente

³⁷ Igartua, J. *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003. pág.23.

³⁸ Taylor, Ch. *La Ética de la Autenticidad*. Paidós. Barcelona. 1994.

efectivos para salvaguardar a los miembros de la sociedad de poderes externos, entonces cómo apegarnos al *parágrafo único* de una ciencia social y jurídica que afirma que con lo que actualmente poseemos es suficiente para cumplir este objetivo, con el añadido de que para ello basta sólo con realizar las acciones siguiendo las recetas al pie de la letra. Sin embargo, ni las prescripciones jurídico-normativas son un recetario unívoco e infranqueable, ni las instituciones pueden dejar su dinámica política y jurídica en manos de un legislador que, por más escrupuloso y culto que sea, tiene el monopolio de la verdad.

Y es que, en efecto, las instituciones no pueden dejar su dinámica política y jurídica en manos de un legislador así concebido, por dos razones fundamentales:

1.- la primera, porque como ya lo indicó Ronald Dworkin en uno de sus artículos más célebres, el derecho no es sólo ni principalmente un sistema de reglas.

Al preguntarse si es el derecho un sistema de reglas, Dworkin pretendía, y lo logró, impugnar lo que el propio Dworkin denominaba <<la versión más poderosa del positivismo jurídico>>, esto es, la teoría del derecho de H. L. Hart, entre cuyos defectos capitales se hallaría, según apunta Dworkin, su incapacidad para dar cuenta de la presencia en el Derecho de pautas distintas a las reglas —esto es, de principios—, lo que privaría también a la construcción de Hart de la posibilidad de comprender aspectos esenciales del razonamiento judicial y en los llamados casos difíciles³⁹, esto es, en los que posiblemente pueda ensayarse más de una solución correcta;

2.- la segunda, porque en el derecho hay mucho más de política y de interpretación que lo que, habitualmente, pueden imaginarse quienes, internamente y desde la jurisdicción y la administración (abogados, jueces y administradores), trajan con el derecho.

Resulta, pues, que la práctica jurídica, como atinadamente afirma Dworkin, “es un ejercicio de interpretación y esto no sólo cuando un abogado interpreta un

³⁹ Cfr., Atienza, M., y Manero, J. R.- *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 1.

documento, una ley o un código específico sino de manera general. El derecho, así concebido, es una cuestión profusa y profundamente política. Abogados y jueces no pueden evitar lo político tal y como lo entiende, en términos generales, la teoría política. No obstante, las leyes, el derecho, tampoco son un asunto de política personal o partidista, y *una crítica del derecho* (y, agregamos, de la justicia) *que no entienda esta diferencia ayudará muy poco en la comprensión del problema y servirá muchísimo menos como guía*⁴⁰.

Al hilo de lo indicado, conviene precisar, como lo apunta el autor en referencia, que “hoy por hoy, es una vieja verdad establecida en la sociología de la literatura, y no sólo en la contribución marxista a esta disciplina, que el modo o la moda en el arte de la interpretación siempre ha sido muy sensible a, y expresa en sí misma, estructuras políticas y económicas más amplias”⁴¹.

Lo anterior parece ignorarse por algunos, al extremo de que “abogados conservadores han alegado sin tregua –aunque no con igual consistencia- a favor de un tipo de interpretación de esta cláusula del tipo intencional (y aquí se refiere a la interpretación de la cláusula que protege la igualdad en la Constitución de los Estados Unidos), y han acusado a otros que utilizaron otro tipo de interpretación con resultados más ecuanímes, de haberse inventado la ley antes que interpretarla. Sin embargo, no eran más que disputas con las que pretendían ocultar el papel que sus convicciones políticas personales jugaban en su haber optado por el estilo interpretativo. Los grandes debates sobre la cláusula que protege la igualdad hubieran sido muchísimo más iluminantes si sólo se hubiera aceptado de modo más general que recurrir a la teoría política no constituía una corrupción de la interpretación sino que hacía parte de lo que toda interpretación significa”⁴².

De ahí que el mencionado autor insiste en la necesidad de fundar la teoría

⁴⁰ Dworkin, R.- *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre editoriales, Universidad de los Andes, 3ª reimpresión, Colombia, 2000, pág., 143.

⁴¹ Dworkin, R.- *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre editoriales, Universidad de los Andes, 3ª reimpresión, Colombia, 2000, pág., 178.

⁴² Dworkin, R.- *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre editoriales, Universidad de los Andes, 3ª reimpresión, Colombia, 2000, pág., 177.

jurídica en una sólida filosofía moral y política: una reconstrucción liberal de la moralidad, anclada en la teoría de los derechos. Entre sus múltiples aportaciones vale la pena destacar la reflexión sobre el lugar de la aplicación del derecho en la teoría jurídica, con especial atención a la cuestión de la discrecionalidad judicial⁴³.

Richard Rorty asume posición con respecto a estas críticas científicas: la democracia debe imperar en todas las instituciones de la sociedad, aunque Ferrajoli y los positivistas afirmen que la legitimación de las instituciones jurisdiccionales no depende de la voluntad popular, y esto es cierto pero no en toda su extensión, pues no necesariamente esto implica que las instancias de jurisdicción se encuentren por encima de la democracia misma, y que las justificaciones de las sentencias se realicen sólo en base a un sistema ordenado de normas, muchas veces caducas, y no en base a razones de peso suficiente como para reactivar en cada una de esas decisiones lo *contratado* a través de la Constitución y la democracia republicana.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la opinión pública tenga discrecionalidad decisiva ante los poderes tribunales, puesto que esto implicaría lo que Paolo Comanducci denomina la caída en un cognoscitivismo ético extremo, ya no de parte exclusiva del juez, sino de parte del juez y de parte del conjunto de ciudadanos⁴⁴ y de los medios de comunicación política de estos para con sus instituciones y viceversa.

En este punto, entramos en verdadera materia, referida al tratamiento de los antecedentes normativos del problema a estudiar en nuestra investigación: no se puede aceptar ni un sistema de justificaciones basados en razones poco o nada universalizables pertenecientes a las motivaciones éticas de un juez todo poderoso, ni se puede aceptar la validez de las justificaciones de los jueces que se apoyan, exclusivamente, en el autoritarismo del legislador y de su correspondiente ordenamiento legislado y vigente.

El Juicio no puede ser conformado por ninguna de las dos posiciones

⁴³ Cfr., Casanova, P., y Moreso, J. J., (eds).- *El Ámbito de lo Jurídico*. Crítica, Barcelona. 2000. pág., 475.

⁴⁴ Comanducci, *Op., cit.*, pág.52.

excluyendo una a la otra; un verdadero Juicio es un punto intermedio entre las razones del imperio de la Ley -lo que incluye a los principios fundamentales- y el entendimiento propio de un juez educado en principios de Derecho y de Política, cuyos valores sustantivos quedarán impresos en el proceso de decisión, sin que esto implique que sólo juicios valorativos y, lo que no es igual, juicios con arreglo a valores constituyen la esencia de la decisión, ni cuestión contraria con respecto a las normas que hablan en lugar de que los hechos expresen su propia pretensión jurídica conforme a las exigencias de carácter jurídico que la realidad lleva consigo⁴⁵.

De allí que, ni los debates en torno a la interpretación científica en filosofía e historia social puedan obviarse como antecedentes de este trabajo, ni las contribuciones de la sociología comprensiva de Max Weber⁴⁶ puedan quedar excluidas de nuestra investigación. Debemos, de igual manera, a Michael Foucault⁴⁷ la apertura de la crítica a los sistemas de fórmulas mágicas positivistas del Derecho, y a Hans George Gadamer⁴⁸ la capacidad de interpretación como necesaria condición de las estructuras de decisión y justificación de aquellas decisiones tomadas en el seno de las instituciones democráticas contemporáneas.

Por último, presentamos dos críticas a las contribuciones de autores propios de las regiones tardocapitalistas de América Latina, especialmente de los autores venezolanos: existe una paradoja intelectual en nuestras sociedades, difícil de dismantelar, que atenta contra la creación de las condiciones epistemológicas necesarias para la creación de una revolución científica definida como el inicio de los aportes científicos en ciencias sociales desde esta parte de la geografía mundial. La paradoja hace referencia a la invertida sustitución que nuestros autores más reconocidos realizan de las teorías importadas desde Europa y Estados Unidos.

⁴⁵ Zagrebelsky, G.- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad., de M. Gascón Abellán, 3ª edición, Trotta, Madrid, 1999, pág., 120.

⁴⁶ Weber, M. *El Sentido de la Libertad de Valoración en las Ciencias Sociológicas y Económicas*. En *Sobre la Teoría de las Ciencias Sociales*. Península. Barcelona. 1971. También, *El Problema de la Irracionalidad en las Ciencias Sociales*. Tecnos. Madrid. 1985.

⁴⁷ Foucault, M. *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Gedisa, quinta reimpresión, Barcelona, 1998.

⁴⁸ Gadamer, G. *Verdad y Método*. Tomo I y II, Sígueme, décima y quinta edición respectivamente. Salamanca, 2003 y 2002. Véase también en línea crítica, Austin, J. *Cómo Hacer Cosas con Palabras*. Paidós, quinta reimpresión, Barcelona, 1998.

Así, cada investigación no corresponde a respuestas expresas a problemas del sistema jurisdiccional o del sistema político-administrativo, de manera tal que, empezarían los proyectos de investigación con un sistema (completamente impropio) de compromiso entre la ciencia social y la ignorancia de las premisas de solución de un cúmulo inmenso de problemas, propios de instituciones democráticas de modernidad inacabada. De esta manera, los proyectos de investigación corresponden a los paradigmas de moda de cada sistema cognoscitivo propio de las universidades europeas y norteamericanas.

Así por ejemplo, tenemos la necesidad de presentar proyectos de investigación en torno a la sociedad civil y su importancia para el fortalecimiento de la democracia, en momentos en que las corrientes de pensamiento social –en los espacios donde realmente se desarrollan los debates importantes de nuestros tiempos- disputan en el interior de las instituciones por un rumbo político hacia el liberalismo de los derechos o hacia el comunitarismo de los deberes.

La consecuencia de tal moda fue una gama inmensa de proyectos sobre la sociedad civil que obviaron una parte importante del debate entre liberales y comunitaristas, esto es, que su objeto de estudio era la necesidad de establecer un norte político, jurídico y económico para la reforma de la Constitución de Estados Unidos - aún discutida- y para la construcción de una Constitución para la Unión Europea, lo que, evidentemente, no era de incumbencia en nuestros espacios concernidos.

Paradójicamente, en el debate sobre la Constitución de 1999 en Venezuela, ninguno de los proyectos de investigación dio cuenta de las derivaciones sobre los debates académicos de Charles Taylor, Alasdair MacIntyre⁴⁹, John Rawls, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Robert Nozick⁵⁰ o cualquier otro autor que se inscribiera en una de las corrientes de pensamiento antes mencionadas. De allí nuestra crítica a la incompletitud de una voluntad de investigación propia que se origine, como afirma Karl R. Popper, del compromiso de la ciencia con la construcción de una sociedad abierta,

⁴⁹ MacIntyre, A. *Tras La Virtud*. Crítica. Barcelona. 2001.

⁵⁰ Nozick, R. *Anarquía, Estado y Utopía*. Fondo de Cultura Económica. México. 1988.

democrática, libre e igualitaria.

Trabajos como el presentado por esta investigación son parte de un esquema de esclusas de los sistemas cognitivos de nuestro país, puesto que aún la autorreferencia de estos subsistemas no ha permitido una relación sistema-entorno meramente comunicativa donde la carga informativa contenga elementos de acción social imprevistos, originales, binómicos que provengan desde el entorno social, y donde la carga informativa del subsistema de conocimiento aporte solución descriptiva, operativa, analítica, explicativa y comprensiva de estos primeros contenidos informativos, de manera tal que, la relación entre sistema y entorno se establezca como una relación de interdependencia sistémica entre problemas presentados como parte de los proyectos de investigación y las soluciones a los problemas como conclusiones del proceso investigativo en sí mismo.

Sería difícil establecer una relación unívoca entre una sola causa y un único efecto de los problemas de interacción sistémica que presenta nuestro subsistema cognoscitivo, especialmente el universitario correspondiente a las ciencias sociales; sin embargo, la paradoja antes planteada trata de dar una explicación de los elementos que constituyen el problema principal de los proyectos de investigación en nuestro país.

El referido problema nos obliga (de modo impropio para la discusión que debería generar el alcance de una investigación como esta, en un contexto –distinto al nuestro- en el que existieran múltiples alternativas a los problemas aquí planteados en función de los trabajos existentes) a presentar una descripción teórica de tipo decorativa en el preciso momento en que debemos exponer, y analizar, los antecedentes de nuestra investigación.

Lo anterior a la vista de la inexistencia de investigaciones que apunten a posibles soluciones a los problemas que se presentan en nuestro entorno, descripción decorativa que pretendemos desplazar o, cuando menos, disminuir su impacto, una vez que la resolución de los problemas aquí presentados se haga eco de la necesidad de transformar la interacción entre un subsistema, como se ha comportado el nuestro hasta ahora, que vive de la importación de las teorías de análisis y de la exclusión de los objetos de estudio propios de nuestro entorno, y una realidad habida de proyectos que

incardinan sus recursos a la construcción de un sistema de respuesta efectiva y coherente a los problemas institucionales que comúnmente se presentan en nuestra sociedad.

En efecto, los miembros de nuestro sistema científico universitario parecen haber olvidado lo que ya apuntaba M. Bunge.

“El darnos cuenta de la condición mutable de los presupuestos pueden ayudarnos a entender la relatividad de los caracteres de bien concebido y significatividad de las preguntas. No hay preguntas que sean *intrínsecamente* bien concebidas o significativas: una cuestión está bien concebida, como se ha dicho, si y sólo si su trasfondo en el mismo contexto es coherente”⁵¹.

De modo, pues, que “los que buscan ante todo la seguridad deben escoger problemas pequeños; sólo los pensadores más amigos del riesgo tomarán el de gastar muchos años en luchar con problemas de grandes dimensiones que no les asegurarán ni continuidad ni ascensos en su carrera. Las grandes revoluciones se han producido siempre en la ciencia pura (y también se podría decir lo mismo de las ciencias sociales) por obra de personas de este carácter, más que por descubrimientos casuales de investigadores prolijos y sin imaginación dedicados a problemas aislados y reducidos; e incluso los descubrimientos causales (como el de las ‘enanas blancas’ obtenido durante el examen rutinario de espectros de estrellas) se deben a personas que estaban dispuestas a percibir cualquier novedad y cuya personalidad era conocida en este sentido: otros investigadores habrían visto lo mismo sin interpretarlo del mismo modo”⁵².

De lo que antecede, M. Bunge concluye que “los problemas son la fuente de la actividad científica, y el nivel de investigación se mide por la dimensión de los problemas que maneja”⁵³.

⁵¹ Bunge, M.- *La Investigación Científica*, Ariel, Colombia, 1993, pág., 205.

⁵² Bunge, M.- *La Investigación Científica*, Ariel, Colombia, 1993, pág., 192.

⁵³ Bunge, M.- *La Investigación Científica*, Ariel, Colombia, 1993, pág., 193.º

Pero los miembros de nuestro sistema científico también parecen olvidar lo que, en el mismo sentido anteriormente apuntado pero proveniente de otro origen contextual, refería K. Popper: “que sólo hay un camino hacia la ciencia, o, a propósito, hacia la filosofía: encontramos con un problema, ver su belleza y enamorarnos de él; casarnos con él y vivir felizmente en su compañía hasta que la muerte nos separe, a no ser que nos encontremos con otro problema aún más fascinante o que obtengamos su solución. Pero, aunque logremos resolverlo, podemos descubrir toda una prole de problemas encantadores, quizá arduos, por cuyo bienestar podemos trabajar hasta el fin de nuestros días”⁵⁴.

Queda, pues, rubricado por la posición de tan conspicuos autores la equivocación de nuestro sistema científico universitario, al proscribir intentos investigativos no sólo interdisciplinarios sino, además, que casen directamente con la necesidad de nuestras instituciones democráticas y las soluciones a sus problemas más acuciantes, al tiempo de prescribir y, hasta, imponer programas de investigación que importa la moda al uso y sin determinaciones adecuadas a nuestro entorno.

www.bdigital.ula.ve

Planteamiento del problema.

La racionalidad Occidental de la modernidad ha logrado lo que ninguna otra racionalidad había logrado en anteriores etapas de la historia: La disolución de aquel presupuesto aristotélico que expresaba una relación estrecha entre la imaginación valorativa de la cultura de un sistema social dado, y su preferencia por un tipo de régimen político que mejor satisfaga sus necesidades.

Esa racionalidad ha colonizado la imaginación, los valores, la cultura y las preferencias de los ciudadanos, y como toda dominación externa ha tratado de eliminar los elementos que mayor oposición puedan presentar a su poder, es decir, eliminar a la

⁵⁴ Popper, K.- *Un Mundo de Propensiones*, traducción de J. M. Esteban Cloquell, Tecnos, Madrid, 1996, pág., 53.

utopía imaginativa que daría como resultado la construcción de fundamentos de alternatividad en cuanto a lo dado y, al parecer, únicamente aceptado.

Se ha proscrito el intento de construir una sociedad no democrática, aunque la democracia no haya sido en ninguna otra etapa de la historia un ejemplo a seguir, al tiempo que se ha proscrito, incluso, la construcción de un régimen republicano donde los compromisos de las instituciones con los ciudadanos y de los ciudadanos con los valores políticos de libertad, igualdad y justicia (hoy encerrados en la normatividad constitucional), sean el elemento cohesionador de un inestable sistema de interacción social, económico y, especialmente, jurídico político.

Ha sido este proceso histórico de colonización y deconstrucción de la imaginación el que ha contextualizado nuestra investigación, y se podría afirmar que tal situación no tiene en absoluto relación con la justificación de los Juicios de decisión del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, puesto que ello correspondería a un sistema aparte de Códigos, Leyes Orgánicas y de influencias políticas internas y externas.

Sin embargo, tal afirmación obviaría que cada decisión del Tribunal Supremo y de la Administración Ejecutiva del Estado, están permeadas por este proceso de colonización, en la medida en que ellos defienden aún a costa de la estabilidad misma de la sociedad una democracia de instituciones débiles, una Constitución cuya amplitud hace imposible encontrar coherencias más allá de dos artículos continuos, y un sistema jurídico positivo donde el legislador no sólo es un agente de autoridad absoluta, sino también donde el Juez no tiene otra justificación de sus decisiones que el apego a las derivaciones de aquella totalitaria disposición legislativa inscrita en el ordenamiento jurídico.

Acusaban los historiadores de principios del siglo XX en Venezuela, la existencia de un tirano liberal, poco ilustrado en términos científicos pero que cuya providencia hacia la política y el poder lo convertían en un modelo maquiaveliano bien adscrito a las premisas políticas del autor del siglo XVI; este tirano acomodaba el ordenamiento jurídico a los contextos políticos y económicos que sobrevenían a sus intervenciones políticas directas cuya meta era la creación de una sociedad organizada y

moderna, además de la construcción de un Estado moderno como el descrito por Max Weber⁵⁵.

Ayudado por la teoría del positivismo de Hans Kelsen, el referido tirano asumía que el procedimiento a seguir para lograr tal cometido era simple: las instituciones se encuentran necesariamente por encima de la sociedad y del conjunto de ciudadanos, de tal manera que, se hacen necesarios todos los bodrios jurídicos y políticos específicos para salvaguardar la racionalidad de las instituciones del Estado de cualquier elemento de corrupción que provenga de la sociedad, puesto que allí sólo existen, como decía Platón, Opiniones encontradas de hombres particulares cuyas razones no son ideales de justicia sino ideales de apasionamiento por los lujos y los placeres.

Esta es una herencia con la cual ha tenido cargar la historia de la evolución institucional en Venezuela, y pareciese una maldición semejante a aquella de Sísifo⁵⁶ de cargar agua en un cedazo hasta llenar un estanque que ya previamente ha sido intencionalmente perforado.

Así, por un lado, nuestras instituciones se encuentran a merced de los problemas propios de las sociedades de modernidad y capitalismo tardío, nuestra conciencia ciudadana de responsabilidad con nuestros semejantes no ha necesitado construir elementos de respeto hacia el otro y hacia las instituciones, de manera que nuestra conciencia ciudadana tiene que, y debe, ser dispuesta en sus partes constitutivas por las premisas racionales del Estado y las Instituciones que lo conforman.

Por otro lado, nos encontramos a una distancia enorme de las condiciones científico tecnológicas del resto de Occidente, en la medida en que la crítica a los resultados perversos de nuestras formas de interacción social e institucional no son parte de nuestros proyectos de investigación, y ello simplemente porque no hemos aún encontrado las formas de determinar cuáles son los males institucionales que debemos abordar, ni cuanto nos falta por construir.

⁵⁵ Weber, M. *Estructuras de Dominación*. Alianza. Madrid. 1987.

⁵⁶ *La Maldición de Sísifo*, en Sófocles.- *Tragedias*, Porrúa, México, 1992, págs., 127-164.

Volviendo aquí a la maldición de Sísifo, de aquel tirano ilustrado, nuestra clase política ‘aprendió el guión’ de construir un sistema normativo acorde con sus preferencias ideológicas, lo cual es una de las características principales del relevo de las elites en Venezuela, puesto que cada elite ha construido, sobre la base de la destrucción de la anterior, un sistema normativo nuevo, y en esto han desgastado gran parte de su poder político (en tanto poder político orgánico que, instituido dentro de la sociedad y de las instituciones públicas, busca la cohesión del sistema social, con prescindencia de quienes los detentan en un momento histórico concreto),

Lo anterior tiene una consecuencia perversa: aún cuando no se han matizado los proyectos de construcción de los elementos normativos, un nuevo relevo histórico se hace presente, destruyendo aquel sistema que aún no se ha matizado, esto es, aquello que aún no se ha convertido (o, cuando menos, no se han sacado todas sus derivaciones y consecuencias para que se convierta) en un sistema susceptible de colocarse ante los miembros de la clase política y ante los miembros de la ciudadanía como un sistema normativo eficiente, coherente y racional.

De ahí el deterioro (y desgaste) del poder político en tanto mecanismo de cohesión social: no se exploran y, menos, se ensayan hasta sus últimas consecuencias las posibilidades que permite un sistema normativo con sus opciones ideológicas preferidas y, ello no obstante, se pretende cambiar por otro sistema que, al igual que lo ocurrido con el que pretende sustituir, se desconoce en su sentido y alcance, especialmente en lo referido a los específicos problemas concernidos en el tiempo histórico de su configuración e implementación.

El poder político desgastado, al trasluz del *trial and error* pasa de un sistema normativo a otro sin siquiera explorar sus posibilidades y alcance, pierde toda oportunidad de buscar una verdadera cohesión del sistema social, empleando las principales energías institucionales en la concepción de un nuevo sistema normativo cuyas implicaciones continúa ignorando.

Esta evolución histórica institucional es el punto de partida de nuestro problema de estudio: la racionalidad del sistema social de capitalismo tardío en Venezuela no es

una racionalidad que se haya dado cuenta de la necesidad de colocar cortapisas a los totalitarismos producto de las aplicaciones ideológicas de dicha misma racionalidad.

Un ejemplo de ello es lo ocurrido con la construcción de una V República en Venezuela, lo cual se debió convertir, al igual de lo que ocurrió con la sustitución del Estado de Derecho liberal por el Estado social y democrático de derecho, en un proceso de crítica –y construcción sustitutiva inclusiva- continuada, y no, como ha sido, en la destrucción de un sistema anterior y en la legitimación del nuevo sistema en base a los males de aquel ya deconstruido.

Sin embargo, es aquí donde las contingencias del uso conciente de la racionalidad institucional con fines ideológicos y para la construcción de una hegemonía institucional, se convierten en riesgos continuos de la operatividad funcional de los órganos que constituyen el Estado.

Una aclaratoria se hace presente en nuestro planteamiento: cuando se hace referencia a las utilidades concientes de la racionalidad institucional para fines ideológicos, no se pretende describir exclusivamente aquellos usos que la ideología anarquista, socialista o totalitaria han realizado a lo largo de la historia Occidental, sino también a los usos que de una racionalidad institucional positivista se realicen, es decir, a los usos de la autoridad absoluta de un positivismo jurídico que se pretende legitimar autorreferentemente y que, al mismo tiempo, puede ser utilizado por un magistrado de justicia o de la administración para justificar sus decisiones y sus acciones políticas y jurídicas.

Este punto tiene especial interés debido a la evolución misma de la historia institucional del Occidente: ya a mediados del siglo XIX Harold Laski proyectaba un final de la historia, un fin de las ideologías en manos del capitalismo no inclusivo y la democracia insustancial, es decir, un capitalismo constituido por modelos de socialización excluyentes y de una democracia cada vez más alejada y manipuladora de la cultura ciudadana de participación política. Ambos modelos de interacción aparecen históricamente sostenidos por el avance de la técnica racionalizadora del positivismo jurídico y de la derivación política del positivismo filosófico referida a la construcción estructural-funcional de las instituciones del Estado.

Las derivaciones del positivismo lógico sólo empezaron a ser controladas y a diferenciarse de un unívoco destino de las ideologías y de la historia en su evolución civilizada a partir de la demostración fenomenológica de la insostenibilidad de estos artificiales procesos de interacción social, económica y político-jurídica, demostración que tuvo lugar en la década de los sesenta y setenta (del siglo XX) en los países desarrollados y en la posterior década de los noventa en los países tardo capitalistas como Venezuela.

El estadio positivista de la historia anunciado por Auguste Comte trajo consigo un siglo de confrontaciones que permitió la legitimación misma del positivismo jurídico y de la construcción estructural funcionalista de las instituciones democráticas como mecanismo idóneo para frenar las consecuencias que en el sistema social nacional traerían consigo los conflictos de uno de los siglos más anticonsensuales y violentos de la historia. Al final las ciencias no encontraron otro camino para la legitimación de las estructuras de dominación capitalista y democrática que dar un giro pragmático a los objetos de estudio y a las metodologías de aprehensión de dichos objetos de estudio.

En esta etapa de la evolución del entendimiento político y jurídico de los ciudadanos, las instituciones no podrían seguir desligadas y escindidas de una realidad social adversa que su propia acción había construido: la democracia no podía seguirse justificando como una máquina de legislación procesal –en el caso del parlamento– ni como un sistema que ofrece respuesta a ciertas demandas de la sociedad, respuestas suficientes como para mantener un estándar de estabilidad, pero no suficientes como para construir un sistema de bienestar social y político –en el caso de la administración pública–, y mucho menos, el sistema de administración de justicia podía seguirse justificando desde la univocidad de las decisiones correctas, fundamentadas en la autoridad absoluta del ordenamiento jurídico y de la investidura institucional del juez ‘boca de la ley’.

Se observa, pues, que tanto la práctica positivista referida a la rancia y rígida incomunicabilidad absoluta, y con ello, el más rígido dualismo, entre ser y deber ser, como su correlato de acusar de incurrir en <<falacia naturalista>> a todas las

concepciones que pretenden establecer un puente entre la realidad y el valor haciendo derivar el actuar del conocer, la voluntad de la razón, los juicios de valor de los juicios de hecho⁵⁷, objetadas por el positivismo, llegaban a su final, al menos como mecanismo de justificación de las acciones institucionales.

El giro pragmático de las ciencias implicó el empuje de las instituciones a la consideración de la democracia deliberativa, de la acción institucional dirigida a la construcción de una justicia social, y a la inclusión de la voluntad ciudadana en la elaboración de los objetivos y mecanismos de respuesta no corporativa a las demandas de toda la sociedad, incluyendo las minorías que en el anterior sistema estructuralista se encontraban en la periferia más alejada del centro de decisión.

Un nuevo contrato social fue firmado entre ciudadanos descontentos e instituciones ineficientes, con el objetivo de obtener el apoyo de los ciudadanos y el reparo a las problemáticas sustanciales de las instituciones. El Estado Social de Derecho empezó a convertirse en el punto central de discusión, en el preciso momento en que se determinó que eran las derivaciones del paradigma que él había creado las causantes de la crisis que (des)estructuró las premisas de legitimación estructurales de las instituciones democráticas Occidentales.

Norberto Bobbio es un partidario de esta conflictividad entre ciencias sociales y derivaciones perversas de los deficientes e inentendidos usos de las derivaciones del contenido paradigmático del Estado Social: es necesario reconocer algo al Estado de Derecho que tenemos en la actualidad, y es precisamente esa gran confianza que ha otorgado a los ciudadanos de creer que en un momento dado ya no serían necesarios los conflictos ni las peticiones, lo que ha generado dos consecuencias también perversas a finales del siglo XX:

Por un lado, ha abierto las instituciones a la necesidad de reentender el principio de representación política, al tiempo que ha producido un intento más organizado de integrar a la participación política en la función institucional de la democracia; sin

⁵⁷ Zagrebelsky, G.- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad., de M. Gascón Abellán, 3ª edición, Trotta, Madrid, 1999, pág., 118.

embargo, la consecuencia negativa radica en la falta de voluntad de las clases políticas de Occidente para dismantelar y/o replantear, con la ayuda de las ciencias sociales, especialmente de las ciencias del Derecho y de la Política, un aparato estatal que no permite la integración en el conjunto de Derechos Fundamentales de los necesarios Derechos sociales, en los cuales se fundamentan las posibilidades y esperanzas del conjunto de ciudadanos de nuestras democracias.

Por otro lado, esta reflexión dio paso a una posición crítica de la ciencia jurídica y de la ciencia política con respecto a los procesos de democratización en América Latina: Cada nuevo espacio de participación política creada desde las instituciones para los ciudadanos implica la capacitación de los individuos con plenos derechos para activar los nuevos mecanismos de acción política, pero de manera contraria este proceso de construcción de espacios de participación ciudadana se convirtió en otra promesa incumplida para la democracia como forma de vida y como mecanismo de organización de las instituciones del Estado.

La construcción de nuevos espacios de participación en Venezuela implicó la incapacidad de los ciudadanos para dejar atrás aquellas viejas y caducas estrategias partidistas estructuralistas, es decir, los espacios recién constituidos de participación se limitaban a la participación electoral y la relación entre ciudadanos y representantes democráticos se subsumía a las prácticas estructurales cuya máxima expresión es "ya he sido electo, ahora callád y obedeced".

Esta situación generó que el paradigma del Estado Social de Derecho activara su característica principal, esto es, la materialización de los derechos fundamentales como condición de representación política de las instituciones democráticas: en efecto, una vez conquistados los espacios de respeto de los derechos de libertad e igualdad en el Estado de Derecho Liberal (contenido negativo), su evolución en el Estado Social implica una trascendencia de este respeto, dirigida hacia la materialización de dichos derechos, implicando con esto que unas instituciones verdaderamente democráticas y representativas deben ser responsables con el mandato constitucional de materialización de los derechos y eliminación de las trabas presentes en la sociedad para el desarrollo de los proyectos de vida individuales (contenido positivo).

Como consecuencia, por un lado, del mantenimiento de las formas de legitimación legal-racionales, propias del positivismo jurídico y del estructuralismo institucional, y por otro, de la apelación ciudadana a la responsabilidad de la democracia y sus instituciones para la materialización de los derechos ciudadanos, se sigue la crisis de gobernabilidad más extensa e intensa de toda América Latina en el siglo XX.

La década de los noventa (del siglo XX) denotó la necesidad de una reforma profunda en los mecanismos de legitimación política de las instituciones de un desmontado Estado Social interventor en la economía según los presupuestos del Modelo de Desarrollo por Sustitución de Importaciones, necesidad que se vio consumada con la demanda por parte del Ejecutivo nacional, a principios de 1999, de una Asamblea Constituyente para la Reconstitucionalización de un conjunto de ciudadanos, y de sus instituciones, que buscaban la justicia social como fin teleológico.

Dentro de este contexto, dos premisas jurídico políticas deben explicarse:

La primera hace referencia a la capacidad que el modelo de desarrollo constituido en América Latina otorga a las instituciones para la materialización inherente a su acción de intervención de los derechos fundamentales, cuestión que no se pudo lograr en la etapa de operatividad de dicho modelo en la medida en que se reconstruyó el sistema corporativista propio del Estado Burocrático Autoritario presente en el sistema político de América Latina hasta la entrada de la tercera ola de democratizaciones a nivel mundial.

La segunda hace referencia a la característica propia de las democracias latinoamericanas, especialmente de la democracia venezolana, la cual, en la medida en que se consolidaba como forma de vida se iba desintegrando a nivel institucional, es decir, en la medida en que la ciudadanía empezaba a tomar conciencia de que la responsabilidad de las instituciones no es una responsabilidad económica sino política, en esa misma medida las instituciones del Estado se fueron desmoronando y como consecuencia los avances de la conciencia ciudadana hacia la responsabilidad política se detuvieron por completo, y no sólo esto, sino que también experimentaron un retroceso involutivo de al menos unas dos décadas de socialización política.

La primera premisa permite dar cuenta de la capacidad institucional de construir espacios sociales burocráticos óptimos para la operatividad de mecanismos de legitimación estructurales, donde el procedimentalismo burocrático, el corporativismo representativo y los mecanismos positivistas de legislación representaban los elementos esenciales del sistema institucional democrático.

La segunda premisa permite observar la necesidad de una socialización política en base al paradigma de responsabilidad entre instituciones-ciudadanos meramente política, que permita que estos últimos exijan de sus instituciones una justificación de los procesos de elaboración de las políticas públicas, que esta exigencia se convierta en parte del ordenamiento jurídico constitucional y se extienda desde las instituciones del poder Ejecutivo hasta las instituciones del Parlamento y especialmente hasta las instituciones de jurisdicción.

De esta manera las promesas incumplidas de la democracia van adquiriendo forma de necesidad de materialización, es decir, la activación del principio de representación política fuera de los actos electorales debe presentarse como mecanismo cotidiano del hacer institucional de una democracia.

Sin embargo, y para llegar a este punto, es necesario aprovechar aquellas dobles contingencias producto de nuestra situación histórica tardo moderna y tardo capitalista: por un lado, en la medida en que nuestras instituciones vayan avanzando a la consolidación de la democracia, se debe asistir a un proceso de construcción de mayores espacios de participación política no sólo regionales y municipales -todos enmarcados en la lógica de legitimación de corte estructural- sino de mejores espacios de participación, acercando a los poderes constituidos a la observación más directa de los otros poderes constituidos (vigilancia intrainstitucional) y de los ciudadanos con plenos derechos y deberes (relación horizontal y extra-institucional de la personificación subjetiva de las instituciones con los ciudadanos).

Por otro lado, resulta necesaria la consideración de la inclusión de los derechos sociales dentro del marco de Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución, como una fórmula de manifestación de una voluntad político-estatal para la garantía de los derechos fundamentales y su correcta materialización.

Es en la fenomenología de las adversidades conflictivas a este deber ser donde se inscribe nuestro problema de estudio: la revolución política de finales del siglo XX en Venezuela no ha transformado los parámetros de legitimación estructural de las acciones político-administrativas ni de las acciones jurisdiccionales de los magistrados de justicia. Como afirmaba Carlos Marx, el problema de la revoluciones de este tipo, es decir, de las revoluciones que no cambian la esencia de los procesos de reproducción social, es que los revolucionarios prontamente se convierten en conservadores, se hacen del poder político, hacen alianzas con las corporaciones lo cual deja intactos los mecanismos de reproducción social y de legitimación de las instituciones de dominación; es, en definitiva, un simple relevo de elites y no un relevo de procesos de legitimación y de formas de dominación.

Ante esta tendencia histórica, la respuesta implícita de parte de la clase política de nuestro país no desdice la tendencia: los magistrados se han convertido en colaboradores de la conservación de un tipo específico de poder político y para ello han optado por desenterrar los más profundos y totalitarios eslabones que unen al positivismo jurídico y a los mecanismos procedimentales y estructurales de legitimación y justificación de sus decisiones.

Al hilo de lo indicado, la Motivación como modelo de justificación y de complemento de las justificaciones de las sentencias no ha sido aún estudiada suficientemente (ni entendida en su alcance) por los magistrados doctos y habidos de irresponsabilidad ante la garantía de los Derechos Fundamentales. El garantismo como mecanismo de control del poder político y jurídico de las instituciones de jurisdicción, y de resguardo de los débiles ciudadanos ante las instituciones y el mal uso por los magistrados del ordenamiento jurídico, no es siquiera parte secundaria del proyecto de reforma del Poder Judicial en el país.

Aún más deprimentes para una evolucionada democracia son los mecanismos de justificación de las sentencias de los magistrados de Justicia, especialmente de los Magistrados de Tribunal Supremo de Justicia. Sucede con estos lo que Luigi ferrajoli denomina la antiilustración de los Jueces, es decir, la fundamentación de las acciones y decisiones jurídicas trascendentales para la validez del ordenamiento jurídico, *sobre*

una base epistemológica inexistente, más que aquella base dada por la vigencia de una norma que no necesita otra inferencia de parte del Juez que la reducción cuantitativa del número de normas que se deben aplicar a un caso determinado para, investidos de la autoridad institucional, simplificar hasta lo sumo (y hasta obviar) la complejidad inherente al proceso decisional y, así, poder decidir bajo el paradigma autoritativo –y simplista– del ‘juez boca de la ley’.

La figura del Juez boca de la Ley es parte fundamental de los mecanismos legitimación y justificación de las acciones y decisiones del Poder Judicial en Venezuela. Sin embargo, como afirma el mismo Ferrajoli, el principio de mera legalidad es propio de aquellos sistemas positivistas de ordenamientos jurídicos autoritarios, cuyas normas no necesitan interpretación, ni inclusión de los principios fundamentales ni reparo en ellos en el momento en que un principio fundamental se encuentre en contraposición con otro principio fundamental y sea necesaria la intervención de la máxima institución jurisdiccional.

El problema más trascendente de la operatividad de tal mecanismo de justificación es que las razones del Derecho se convierten en meras razones del ordenamiento jurídico legislado; sin embargo, hay que resaltar que "el derecho no es un mero conjunto de normas, sino es una expresión, causa y consecuencia de la Justicia como principio de control social y de cohesión de un sistema social libre e igualitario".

Es así que, en este contexto, siendo la justificación de las sentencias un principio sustancial de una democracia que se legitima a través de la deliberación y la eliminación de las irreducibles totalidades, acudir a una justificación de las sentencias del Tribunal Supremo expresando razones de un legislador con autoridad totalitaria y absoluta, es acudir a una destrucción de la supremacía del pacto social Constitucional que consagra los principios sustanciales antes mencionados como mecanismos irrefutables de legitimación de las acciones y decisiones de todas las instituciones de integran los cinco Poderes públicos del Estado.

Las extensiones de esta problemática, y sus posibles soluciones, no se limitan al uso de la razón positiva en un ámbito limitado al Juicio de decisión del magistrado de Justicia y del magistrado de la administración.

En la construcción de los parámetros procesales necesarios para la constitución de las razones de justificación que tratan, primero, de legitimar el sentido de una norma y su significado otorgado en un contexto espacio temporal específico, y después, de dar razones suficientes para determinar la triple relación del significado entre significado/sentido significado/referencia sentido/referencia, se hace necesario que los datos otorgados por los hechos (que en definitiva no son datos que otorga el hecho en sí ni por sí mismo sino son adscripciones de algunas características de los hechos que pueden ser aprehendidas por las limitadas visiones de un ordenamiento jurídico que se pretende perfeccionado en extremo), no sigan geométricamente (pese a que no las desconozcan y, al efecto, las sigan aritméticamente) las prescripciones técnicas de un discurso también positivista.

Para el discurso positivista lo importante no es el hecho ocurrido sino la descripción del hecho ocurrido según las derivaciones del proceso institucional que se sigue, de suerte que, aún comprobando que el hecho haya ocurrido no bastará tal comprobación para que el hecho sea suficiente basamento para la determinación de una decisión, sino que tiene que estar complementada imprescindiblemente por una explicación del hecho no según ocurrió sino según lo haya expuesto la observación técnica y en cuya observación y descripción haya fundado sus conclusiones.

Consecuencia de lo anterior, y muy contra el sentido común según el cual los ojos sirven para ver y los oídos para oír, el hecho ¡estaría equivocado! si se determina y decide lo contrario a su ocurrencia fáctica desde la perspectiva del manejo (y manipulación) de la información prescrita por la investigación y el procedimiento legal que, allende el contenido fáctico, ha seguido una forma y un procedimiento legal que, en este contexto, alcanzaría nivel prioritario y preferente sobre la ocurrencia fáctica, supuesto de que ambos aspectos entren en contradicción y en competencia.

Este es el contexto propicio para indicar lo que, con la elocuencia que le caracteriza, ha resaltado Bentham: “puede el hombre de leyes ignorar lo que es conocido por todo el mundo? Indudablemente, no. Sin embargo, hay que distinguir en él dos seres, extraños uno de otro: el hombre natural y el hombre artificial. El hombre natural puede ser amigo de la verdad; el hombre artificial es su enemigo: el hombre

natural puede razonar con buen sentido y sencillez; el hombre artificial no sabe razonar más que con la ayuda de sofismas, suposiciones y ficciones. El hombre natural puede ir derecho a su objetivo; el hombre artificial no sabe llegar a él más que mediante vueltas infinitas. Y si le preguntaseis: *¿qué hora es?*, *¿qué tiempo hace?*, sentiría la necesidad de comenzar poniendo dos o tres personas entre vosotros y él, de inventar alguna ficción astrológica y de emplear algunas semanas o meses en escrituras y cuestiones preliminares. En el seno de su familia, el hombre de leyes vuelve por la fuerza del buen sentido a ese método simple del que se ha alejado, en el foro, por la locura de la erudición. No hay ninguno entre ellos tan atrapado por sus prácticas judiciales que las aplique a sus asuntos domésticos. Toma sus máximas junto con sus vestimentas ceremoniales y lo aparta todo al mismo tiempo. Si quisiéramos imaginarnos una idiocia —pero una idiocia triste e incomprensible—, no tendríamos más que suponer un abogado inglés que quisiera llevar a la vida normal las ficciones, las reglas y la lógica del foro⁵⁸.

Enmarcados en dicho contexto, el anteponer como ha ocurrido, una solución extrema como la presentada por el cognoscitismo ético a las justificaciones y formación de razones de justificación de corte positivista como las descritas anteriormente, implica un error cuyas consecuencias podrían ser aún peores para la democracia y para los mandatos constitucionales recogidos en el paradigma del Estado Social de Derecho.

El cognoscitismo ético de un magistrado de Justicia o de la Administración está sustentado en la capacidad creadora de Derecho del Juez y el Administrador, y esa capacidad creadora sugiere que la función principal de los jueces y administradores es reconocer los nervios de la jurisdicción y la administración institucional, de suerte que una vez reconocidos estos se determinen las deficiencias y las posibles complementariedades que se pueden insertar en el ordenamiento jurídico, que por lo general está sustentado en normas producidas a partir de este reconocimiento y, en este contexto, la jurisdicción estaría incardinada, desde dicho cognoscitismo, a corregir la

⁵⁸ Bentham, J.- *Tratado de las pruebas judiciales*, 2 vols., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, págs. 243-244). Hemos tomado la cita de Ferrajoli, L.- *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, 2ª edición, Trotta, Madrid, 1997, pág. 86.

ley, y a convertirse (ya no en el legislador negativo sino) en tan legislador como el Parlamento y, en definitiva, a subvertir el orden jurídico de las reglas normativas emanadas del Parlamento.

En los países de tradición jurídica romana y germánica, el cognoscitivismo ético ha tenido una derivación que se inserta en la propuesta Constitucional sobre la necesidad de proveer razones de justificación y legitimación de las decisiones de los magistrados de justicia y de los magistrados de administración.

Este cognoscitivismo ético, limitado por el contexto de un ordenamiento jurídico estrictamente legislado a través de los procedimientos jurídico-positivistas, se ha propuesto como un elemento de complementariedad de la incapacidad del positivismo de inscribir en el interior del ordenamiento al acaecimiento fáctico al cual se le han de atribuir consecuencias jurídico-prescriptivas.

Por virtud de esa incapacidad, el positivismo convierte al dato fenomenológico, por obra de esa particular concepción del ordenamiento jurídico, en un hecho susceptible de manipular de manera impropia (dado que, en cuanto tal y según la concepción positivista, dicho dato no tiene ninguna pretensión jurídica), y es aquí donde la complementariedad del cognoscitivismo puede contribuir al logro de los fines del ordenamiento jurídico, esto es, la cohesión y control social y, con ello, la finalidad de solución justa de conflictos intersubjetivos, no sólo en los casos expresamente previstos en la legislación sino también en supuestos fácticos que no se encuentren adscritos a las descripciones de las normas previstas en el Ordenamiento mismo.

Sin embargo, ante la voluntad y la tradición de un magistrado antiilustrado y desconocedor de aquellos nervios del ordenamiento jurídico y de los avances cognitivos de la ciencia del Derecho, difícilmente en nuestro sistema institucional este modelo tendría alguna tipología efectiva y coherente, y ello tanto para la actuación del juzgador desde esta perspectiva como para la limitación de la actividad cognoscitiva ética del Juez y del Administrador, de manera tal que, esta función se convierta en un verdadero complemento de los procesos de construcción de razones y premisas de justificación de las decisiones jurisdiccionales y administrativas en un régimen democrático y Constitucional como el de Venezuela.

Por tal motivo, asistimos a una doble problemática en el sistema jurisdiccional del país.

La primera de ellas hace referencia a la imposibilidad de construir mecanismos de constitución de razones de validez y justificación de las decisiones jurisdiccionales y administrativas que integren en su *corpus* gramatical los principios fundamentales, la corroboración de sus premisas fundantes y la confrontación de estas con otras premisas de igual, menor o mayor peso epistemológico y veritativo, así como la existencia de un modelo valorativo-prescriptivo que comprenda, para su explanación en cada decisión, los elementos que, adicionalmente a los ya indicados, pueden justificar las decisiones en el marco de un Estado Social y democrático de derecho y, para nuestro entorno, de justicia.

La otra de las problemáticas tiene que con las alternativas teóricas de (posible) solución que existen, referidas a esta imposibilidad de construir modelos de elaboración de razones de validez y justificación de las decisiones judiciales, imposibilidad necesaria de resolver para la legitimación de las instituciones democráticas y para la construcción de aquellos sistemas de control intrainstitucional y extrainstitucional democrático-liberales:

- por un lado, las soluciones han asumido consecuencias aún más extremas y tendencialmente corruptas que los problemas que se han pretendido desbancar, puesto se ha hecho uso de las incompletitudes del ordenamiento y de la etapa de transición política de principios del siglo XXI en Venezuela para, a través de un mismo procedimiento positivista, justificar las decisiones del tribunal supremo de justicia, fundamentando las premisas y las razones en la autoridad absoluta del legislador y de su legislación, es decir, en la autoridad absoluta del Ordenamiento jurídico⁵⁹;

- por otro lado, la problemática se ha incrementado en el momento de conocer que las justificaciones y legitimaciones de las decisiones de jurisdicción no se han

⁵⁹ Un problema jurisdiccional cuya resolución es emblemática de lo indicado en el texto lo constituye, como se verá en el cuerpo de esta investigación, la discusión que se originó en el país con respecto a las llamadas firmas planas con ocasión del referéndum revocatorio presidencial.

limitado al uso de estos deficientes procedimientos, sino que atendiendo a las necesidades de la teleología de poderes ocultos (y no tan ocultos), se ha intentado la utilización de procedimientos propios del cognoscitivismo ético sin reparar en los límites precisos que, incluso, constitucionalmente se han establecido para la actividad ético-cognoscitiva del magistrado de justicia⁶⁰.

Se trata, pues, como ya queda indicado por los párrafos que anteceden, de, como indica Bunge, “estudiar problemas viejos con planteamiento originales”⁶¹ o, cuando menos, con planteamientos hasta ahora no abordados por la ciencia social en Venezuela.

Justificación de la investigación.

Las figuras geniales que daban al Hades del auditórium científico las almas de la justificación de un macroproyecto de investigación han fenecido y su lugar lo han tomado las llamadas *teorías y estudios de alcance intermedio*, cuyos alcances son tan limitados como reducido es su objeto de estudio; en otras palabras, las disciplinas científico-humanísticas se han enclaustrado en la dictadura de los análisis limitados, cuyo objeto de estudio es reducido al igual que sus derivaciones, y cuyas aportaciones a la crítica de la sociedad y a la solución de los problemas de cohesión y estabilidad social subrayan en la nulidad.

La gran teoría no se encuentra de regreso, tal como la afirmaba Quentin Skinner en la década de los ochenta del siglo pasado⁶², las teorías sistemáticas que inician en la referencia a un problema de los procesos de reproducción social y terminan en una solución no limitada únicamente a este problema, son ya casi imposibles de justificar. Sin embargo, esta contrariedad a la utopía y a la crítica representa, como dice Vladimir Nabokov, el origen histórico que dará como resultado el resurgimiento del espejo del genio que observa al centro desde la periferia y lo logra aprehender y del superhombre

⁶⁰ De lo indicado en el texto es emblemático el razonamiento que, respecto a la pluralidad democrática, fue elaborado en la decisión que resuelve el conflicto de la mayoría, simple o calificada, que, conforme al artículo 203 constitucional, ha de votar las leyes orgánicas en el parlamento, tal como se analizará en el contenido de esta investigación.

⁶¹ Bunge, M.- *La Investigación Científica*, Ariel, Colombia, 1993, pág., 189.

⁶² Skinner, Q. *El Retorno de la Gran Teoría*. Alianza. Madrid. 1988.

que desde la cúspide define a la base y los fundamentos de la sociedad⁶³.

En el presente, bajo las condiciones cognitivas de las ciencias sociales, que muestran un apego estricto al alcance intermedio, sería observada como una verdadera osadía científica tratar de revivir, más allá de los intentos de la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, una filosofía social comprensiva; más especialmente cuando el avance de las Escuelas Analíticas de la Sociología y el Derecho han dejado pocos espacios de acción para una metodología investigativa de distinguibles fundamentos pragmáticos.

Sin embargo, representa una grata osadía que responsablemente se denota en nuestra investigación, y al contrario de lo que podrían prodigar algunos académicos, *no se pretende desintegrar las ventajas que la teoría analítica de la sociedad ha otorgado a las revoluciones científicas de la filosofía social.*

Lo que se pretende, muy al contrario, es desmitificar que dichos aportes representan un final de la historia evolutiva de la ciencia, y además, se pretende complementar las ventajas y las soluciones pragmáticas a los problemas del 'discurso institucional', con una ciencia comprensiva del Derecho, una ciencia que hunde profundamente sus raíces en los debates epistemológicos de finales del siglo XIX cuando parecía inevitable la aceptación de la llegada de un estadio positivo de la historia científica que lograría desmitificar los totalitarismos epistemológicos de las ciencias sociales, especialmente de las ciencias del Derecho y de la Política.

La primera de las Justificaciones de nuestra investigación es producto de la necesidad de (re)determinar la figura funcional del Juez en el interior de las instituciones jurisdiccionales, un Ser jurídico que no puede, como hasta ahora ha ocurrido, elegir exclusivamente entre *ser* una figura Boca de la Ley o, y necesariamente, convertirse en una figura ética de poder de legislación y jurisdicción absoluta.

La redefinición del *Ser* jurisdiccional ha tenido dos objetivos principales: la figura sujeta de Derecho y la figura dinamizadora de Derecho, ambas figuras son parte

⁶³ Nobokov, V. *En las Postrimerías de la Modernidad*. Disponible en Versión Electrónica de Iñigo Lomana: <http://www.ucm.es/info/especulo/numero13/lomana.html>

integral de nuestra investigación, y en ambos supuestos sin subvertir el sistema normativo de reglas establecido, siempre que con el mismo se añada la necesidad de su permanente perfeccionamiento.

Así, la primera figura sugiere la referencia obligatoria a los mecanismos contruidos y por construir de respeto, materialización y garantía de los Derechos Fundamentales de quienes estos no son sólo sujetos sino también manejadores de su contenido.

La segunda figura se refiere a la sujeción del Juez a los Derechos contenidos y dinamizados por la Constitución, lo que los convierte en sujetos a los Derechos, pero no necesariamente y en todo supuesto a los mecanismos normativos de las reglas contruidas por el ordenamiento jurídico infraconstitucional para tal sujeción; esto debido a que al Juez como figura Boca de la Ley se le objeta la posibilidad de incluir en su accionar jurisdiccional cualquier tipo de control extraprescriptivo formal.

Facilitar esa inclusión (de prescripciones allende las reglas formales, esto es, instrumentación de la racionalidad general en los juicios jurídicos) es uno de los grandes objetivos de nuestra investigación.

En efecto, se pretende contribuir a que estas prescripciones sean incluidas permanentemente en las actividades de los magistrados de justicia a través de la construcción de un modelo de control de las razones de justificación que prescriban la necesidad de incluir en los discursos de justificación propiamente dichos, los principios fundamentales del contrato social constitucional y la garantía de los Derechos fundamentales instituidos a partir de aquel pacto originario de nuestras nuevas instituciones democráticas.

No justificamos nuestra investigación en la pretensión de reconstruir el superhombre nietzscheano como figura predilecta del *Ser* jurisdiccional contemporáneo, puesto que ello implicaría volver a aquellos ilimitados poderes decisionistas y cognoscitivistas de los totalitarismos ético-teleológicos que en el presente ya han sido superados y, por tanto, esto no justificaría siquiera parte de nuestra investigación, de modo que el superhombre Nietzscheano debe reconstituir su propio lugar dentro del

conjunto de categorías conceptuales-normativas de la filosofía social.

Miradas así las cosas, tal lugar constituye la capacidad para eliminar la constante subordinación de la imaginación científica a la incompleta capacidad de observación empírico-sensorial, y con ello, darse paso entre las utopías jurisdiccionales y dejar que los objetos en sí se determinen por sí mismos, es decir, impedir el totalitarismo normativo de las reglas jurídicas que, de manera omnicomprendensiva, determina(ba) todas las connotaciones, clasificaciones, configuraciones, valoraciones y operaciones que puedan provenir del hecho en sí, con prescindencia de si dichas reglas sean positivistas o ético-particulares, al tiempo que se impida que las pretensiones jurídicas de la realidad impongan, a su vez, un autoritarismo sustitutivo de aquél impuesto por las reglas positivas del derecho y, también, de y para la política.

Justificación de requerimiento administrativo.

Esta investigación constituye de igual modo un requisito del subsistema cognitivo de compromiso intracientífico, es decir, es parte de los procesos de reproducción autorreferente del sistema académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes.

Ante todo, las ciencias representan en nuestro país un eslabón débil de las referencias institucionales, dentro y fuera de los subsistemas académicos, cuestión que se agrava desde la observación del desempeño de las ciencias sociales en nuestro país. De tal suerte que este trabajo académico representa un aporte a la dinámica de las ciencias sociales que, al parecer, en Venezuela requieren de una transformación de su propia cosmovisión del mundo y de los mecanismos de comunicación con el entorno sociopolítico y sociojurídico que las rodea.

Una de las ventajas del subsistema cognitivo universitario, en nuestro caso del subsistema de postgrado, viene representada por la exigencia de la presentación de un trabajo investigativo que conduzca las etapas de formación normativa hacia etapas de formación fenomenológico-constructiva, es decir, que los resultados de las investigaciones y los estudios correspondan a una única conclusión, esto es, la

aplicación de los elementos cognitivos predispuestos a la formulación de soluciones prácticas a los problemas más inmediatos de la sociedad.

Sin embargo, es aquí cuando el conflicto intrasistémico se convierte en parte de nuestra justificación investigativa: la exigencia del subsistema de postgrado no requiere de combinaciones sistematizadas y transdisciplinarias de los elementos normativos de la investigación, al tiempo que, con ello, pretende la organización de elementos denotados e inmunes a las críticas de un simple elemento psíquico-cognitivo (investigador) particular dentro del subsistema de formación académica de la Maestría de ciencia política; con lo cual, las investigaciones terminarían siendo resultado de las formas metodológicas requeridas expresamente en catálogos predeterminados que, a su vez, encierran en límites específicos las posibilidades de un conocimiento que, por su esencia inherente, no posee ninguna frontera que lo demarque.

Asistimos, pues, a la protesta de Karl Manheim sobre la sociología no comprensiva: dicho problema radica en que aquellas teorías expuestas en los proyectos de investigación y las conclusiones de estos deben estar necesariamente abiertos a las críticas y los conflictos internos propios de la naturaleza del conocimiento.

De esta manera, no se justifica una investigación que llegue a una conclusión sobre la eliminación de los conflictos de la sociedad, el Estado o el mercado, o llegue a la conclusión de la univocidad de un método para, ahora por reducción de la capacidad explicativa y la cantidad –también reducida– de la información manejada, acercarse, ilusoria románticamente, a tal eliminación. Ello no implica que dicha protesta sea convertida en un anarquismo metodológico que sigue sus propias reglas caóticas de investigación; antes bien, sirve de justificación de una investigación que no puede ser enclaustrada entre fronteras reducidísimas del conocimiento.

Si es necesario respetar fronteras, que lo sean las líneas que ligan a la ciencia con el compromiso de la solución a los problemas de la sociedad, que sean los límites fijados por la voluntad y la disciplina de investigación, es decir, que sean límites internos del espíritu y la conciencia del investigador los que se correspondan como fronteras de la investigación y no los límites fijados externamente por subsistemas que incardinan los recursos, por un lado, hacia paradigmas de moda, que, por cierto, muchas

veces lo son sin fundamentos epistemológicos, y por otro, a exigencias formales que destruyen la capacidad del pensamiento para expresar una idea novedosa.

Justificación de interacción cognitiva entre fenomenología y ciencia jurídica y política.

Por último nuestra investigación se justifica gracias a la activación del principio de responsabilidad de la ciencia social y la filosofía jurídica y política con respecto a la construcción de elementos normativos que complementen los recursos institucionales del Estado para el manejo de las crisis y las inestabilidades de nuestra sociedad. Este principio de responsabilidad parte de la convicción esencial de una ciencia apologética olvidada, se origina en la teoría y su fundamentación, a saber, una teoría descrita sistemáticamente por un *teorem*, un individuo orgánico dentro de la sociedad, que vive de la ciencia y para la ciencia, tal *teorem* construye sus análisis de la observación contemplativa de la sociedad, de la evolución de sus instituciones, de los nervios de los procesos de reproducción social y sistémica de las instituciones público-políticas y no de la reflexión pura del *Ser como afirman los antimetafísicos*.

Nuestra investigación se pretende como un trabajo cercano, sino simbióticamente ligado, a la teoría y a la filosofía de la ciencia, del Derecho y de la política.

Puesto que compartimos la expresión de un arrepentido politólogo italiano que afirmaba que “el hombre práctico sin teoría puede creer que sólo sigue la inspiración de su voluntad. Lo puede creer porque su problema no es el de autoobservarse. Pero el estudioso sabe bien que también la praxis más instintiva implica siempre premisas mentales, propósitos, cálculos, ideas, justificaciones; y su misión (también la de la ciencia) es precisamente extraer o abstraer de esa praxis que parece ateórica, el elemento mental que ella presupone y del que está informada”⁶⁴, por ello, una ciencia y una filosofía social alejada de la teoría y reñida con la teoría es una ciencia pobre, y es

⁶⁴ Sartori, G.- *La Política. Lógica y Método de las Ciencias Sociales*. Traducción de M. Lara. Fondo de Cultura Económica. México, 1996. pág., 106-107

necesario para la ciencia misma y su olvidada evolución combatirla.

Es esa responsabilidad con la solución a los múltiples males de nuestra sociedad la que nos ha llevado en buena medida a la realización de este trabajo de investigación. Por encima de los requisitos administrativos, es el reparo a este compromiso contratado desde el nacimiento de la ciencia y su alusión clásica a la virtud de la sociedad, el que ha conducido los derroteros que en principio parecen intransitables para cualquier empresa científica contemporánea que, sin justificación social y sin medida, se ha autotecnificado y ha dispuesto un alcance intermedio a sus objetos de estudio y a sus metodologías y categorías epistemológicas.

Sin embargo, son derroteros que se abren por sí mismos en el momento en que el compromiso autonomiza a la voluntad de la ciencia, llevándola, incluso, a la exploración de nuevas vías de conocimiento y aprendizaje de los objetos de estudio, en definitiva a una revolución científica que parte desde problemas nuevos y antiguos y desde categorías caducas vigentes, hasta llegar a la constitución de nuevos conceptos normativos que permiten superar la complejidad de la sociedad y del objeto de estudio que se encuentra en el núcleo de las interacciones interciudadanos y entre estas interacciones y los recursos vinculantes de las instituciones públicas.

Formulación del Problema.

Procuraremos determinar si existe alguna importancia y, en su caso, determinar sus posibles alcances, en los vínculos y relaciones de las razones del juicio jurídico con la legitimidad del sistema institucional democrático, en indagar cómo puede establecerse, al respecto, un programa político jurídico y epistemológico que, desde lo que corresponde a las instituciones que administran justicia, sea capaz de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales en lo atinente a la lógica y a la razón del juicio jurídico político, y en definitiva, si para estos fines basta con que los magistrados de justicia (en la administración y en la jurisdicción) se muevan entre el formalismo jurídico propio del positivismo legalista y el cognoscitivismo ético o si, antes bien, es necesario buscar algunos aportes en otras opciones, como la de la exigencia, racional y constitucional, de motivación de las sentencias y/o decisiones, lo cual supone la

implementación de otras razones de justificación y, con ello, otro programa democrático de legitimación que se corresponda con las exigencias de justificación de las decisiones al tiempo que suponga:

a.- por un lado, el cumplimiento de los fines del pluralismo y,

b.- por otro, la conciencia y la voluntad de la clase política nacional para imbricar las transformaciones que, desde la búsqueda de la legitimidad, son necesarias para el nuevo programa político-constitucional consentido por la clase política actual.

Hipótesis.

La ausencia de un programa político, jurídico y epistemológico coherente, efectivo e integrador de las garantías a los derechos fundamentales en las instituciones de jurisdicción venezolanas, dirigido a la construcción de razones (y de los controles democráticos y racionales) de justificación de los Juicios, es generada a partir de una doble contingencia negativa que se expresa:

1.- En primer lugar, en la voluntad del subsistema científico sobre la irrevocabilidad con la que el magistrado de justicia elige entre un positivismo jurídico-institucional autoritario y un cognoscitivismo ético-jurídico totalitario (lo que excluye alternativas medianamente efectivas como la constitucional motivación de las sentencias), y

2.- En segundo lugar, en la inconciencia de la voluntad de una clase política nacional, que no reconoce la necesidad de eliminar las perversiones institucionales corruptas de un programa de legitimación democrático (político y jurídico) estructural, y hace uso de las razones de justificación para el sólo cumplimiento de fines teleológicos no pluralistas que, en definitiva, irrespetan la constitucionalizada garantía de los Derechos Fundamentales, e irrumpen contra la exigencia de funcionalidad del sistema constitucional.

Objetivo General.

1. Determinar los complejos elementos que integran un programa normativo y reglamentario para los procesos de construcción de razones que justifiquen la capacidad vinculativa de los Juicios institucionales de jurisdicción en un régimen democrático, entendiendo que estos juicios deben convertirse en núcleo intermedio entre las razones universalizables del ordenamiento jurídico y las razones ético-reflexivas de la contemplación cognocitivista del Juez magistrado de justicia.

Objetivos específicos.

- 1 Estructurar un modelo epistemológico jurídico-político de *Juicio Institucional*, que lo ubique entre una razón de los procedimientos positivistas y el entendimiento político-jurídico de las informaciones que el hecho en sí provee al magistrado de justicia.
- 2 Construir un modelo de Crítica comprensiva de las deficiencias de los modelos positivistas de construcción de razones de justificación tanto del positivismo jurídico como del cognoscitivismo ético, aprovechando al máximo las ventajas que contextualmente ofrecen ambos modelos, sin radicalización de la validez de sus premisas fundantes y fundamentales.
- 3 Realizar una crítica epistemológica jurídica a los procesos de construcción de razones de Juicio de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela.
- 4 Comprender la cosmovisión de las razones de justificación explañadas en las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela.
- 5 Explicar los elementos constituyentes de la justificación de las decisiones de jurisdicción según los parámetros epistemológicos del positivismo y neopositivismo científico y según los conceptos constructivistas propios del cognoscitivismo ético.

Capítulo I.

**SOBRE EL JUICIO COMO INSTRUMENTO DE LA RAZÓN. LA
INTERPRETACIÓN METAFÍSICA DEL JUICIO.**

www.bdigital.ula.ve

1. Sobre el Juicio como instrumento de la Razón. La Interpretación Metafísica del Juicio.

El *Juicio* puede entenderse como una expresión procedimental de la razón práctica, por pertenecer a esta razón, se convierte en un proceso de la acción política y del Derecho que vincula a los miembros de un orden social contractual. Este *Juicio* que denota acción, se define como la capacidad de materializar una interpretación desde la razón práctica dando razones relativamente suficientes para conservar o transformar una visión particular-universal o particular-singular del mundo como cosmovisión o de una cosmovisión del mundo, así lo apoya PLATÓN, quien expresa la importancia del Juicio para la *Constitución de la Sociedad*,

No existe en la sociedad^{an} en sus instituciones otro Juicio supremo que el de la Justicia, Pero el Juicio de la Justicia no es sino el Norte del Derecho y la Política, Sólo a través de la vinculación de las instituciones se puede decir que un Juicio es parte de la decisión y no lo contrario. El Juicio así con mayúscula hace referencia al poder comunicativo, de igual forma hace referencia al poder soberano, es el juicio de los magistrados, lo instituye, por ello, no es cualquier escogencia entre distintas alternativas, puesto que eso se podría hacer en la administración del *oikos*, representa la escogencia por un destino de la polis, de la constitución de las clases, de la Ley que regirá a los ciudadanos, de los medios para conquistar la paz y la estabilidad, representa en definitiva la institución de la justicia en los hombres y en sus instituciones, y representa la diferencia entre la autoridad del hombre individual y la autoridad de las instituciones colectivas, y puesto que la polis es un fin en sí mismo, todos los elementos que la constituyen así deben serlo (Platón 1994, p.128)

Con H. ARENDT, se redescubrió que la máxima expresión de la razón del ser humano (político y racionalmente dotado como lo describía Aristóteles) es la *contemplación libre*, puesto que esta operación une dos espacios fenomenológicos constituidos a partir de elementos contrapuestos, es decir, de elementos fenomenológicos del *ser* como pensamiento y del *ser* como materialización de ese pensamiento. La contemplación como proceso dual lleva a la producción ética de un *Juicio* vinculante para todos los miembros de una comunidad.

La máxima expresión de la vida es la acción de la *vita activa*, la *vita del bios*, ese *bios politiko* denota sólo el reino de los asuntos humanos acentuando la acción, praxis, necesaria para establecerlo y mantenerlo, y la *tecne* no se consideraba que poseyera suficiente dignidad para constituir un *bios*, una auténtica y autónomamente humana forma de *vita*, puesto que todo en la *tecne* sirve para producir lo necesario y útil, no puede hacer libres a los hombres en su completitud, de necesidades y exigencias humanas. Cualquier decisión en este *bios* no se refería a la eliminación progresiva de alternativas, puesto que todas las alternativas que entraban en ella eran producto de la contemplación, y la contemplación es parte del Juicio de manera que, ninguna alternativa pertenecía a la *tecne*, sino a la ratio suprema del *bios*

politiko, único que podía unir dos distintos mundos en una misma esfera de acción (Arendt, 1998, pp.26-27).

Inmanuel Kant expresaba que el procedimiento más adecuado para constituir un *Juicio*, es la formación de un *cogito ergo sum cartesiano* y una *ley moral suprema*. Se tendría que incluir en este proceso la reflexividad propia del agustinianismo, aquella que se convierte en razón ética particular para posteriormente, luego de un profundo examen reflexivo sobre el "cómo de las formas de interacción particular"; exteriorizar a través de un fundamento válidamente racional, el proceso de pensamiento que se ha formado interiormente, confrontándolo con el *auditórium* de la razón y convirtiéndolo en posible integrante de éste¹.

2.1. Sobre los Prejuicios y la Razón de los Juicios.

Cuestión contraria se presenta cuando la irreflexividad interior se propone como fundamento del Juicio, sólo la reflexión permite la constitución de un proceso interno de desmembramiento de los *prejuicios*, o como lo dejaría sentado Platón, de las aserciones incompletas de razón, de la *doxa* común que no ha sido producida por el pensamiento, sino por la experiencia vaga de la naturaleza social humana, la mínima expresión de la racionalidad política e institucional. Expresa lo sentado por PLATÓN,

Pues con toda fuerza digo que existen en el mundo tres niveles de la razón, una inadecuada para hombres dóciles e indisciplinados para quien la reflexión y la disciplina no ha sido hecha, el nivel del ser, un nivel de maestría, hecho para los hombres de disciplina pero sin reflexividad; y el nivel de los vulgares. donde los prejuicios convierten los conceptos de la razón en sus conveniencias particulares y hacen uso de ellos para su utilidad propia (Platón, 1992, pp.153-157).

Los prejuicios son, en palabras de Hannah Arendt, el resultado de la eliminación del proceso profundo de reflexividad interior: desde Agustín de Hipola

¹ Durante la escritura de su crítica a la razón práctica, I. KANT, *trataba de* construir un sistema de pensamiento político-filosófico que equilibrara a las leyes de las instituciones con las leyes de la voluntad, expresando que ante el peligro de que la legislación se convirtiera ella misma en subordinada a los intereses de los beneplácitos del ser requería de una voluntad suprema, proveniente de la razón universal, esa ley partía de un primero pienso...reflexivo y desembocaba en una voluntad tal que pueda tenerse a sí misma al tiempo como universalmente legisladora respecto del objeto, pues sólo entonces

los hombres han olvidado la reflexión interior, la comunidad de las corporaciones medievales no permitía el refugio primario -más no único-, en el interior de la razón particular, en el *yo* expresivo. Correspondería a Lutero convertir las enseñanzas de Agustín en un verdadero *Juicio* político, en una reforma del entendimiento como lo expresó Baruh Zpinoza,

El *yo* expresivo es el refugio de las cualidades de reflexión, es un *yo* profundo que tiene un sistema propio de lenguaje, en esquema religioso comunicación con Dios, en esquema secular comunicación con la razón universal, la razón de la comunidad, la razón de las instituciones (...) La reforma intentó ofrecer al hombre post medieval un sustitutivo del medieval ser-ciudadano, una tarea contraria a la llevada a cabo por la Iglesia católica durante siglos tras el hundimiento del Imperio romano. Sin embargo, a pesar de sus deficiencias, la Reforma logró encontrar otra versión del ser-reflexivo, distinto al Platónico y agustiniano, por secularizado, pero internamente igual de reflexivo (Arendt, 1997, p.88).

La eliminación de la comunicación del *yo* expresivo con la razón universal se denomina totalitarismo, como afirma K. POPPER, esta pérdida de la comunicación es parte del todo sistema totalitario, que se niega a abrirse a la libertad, la coarta y disminuye con ello lo que mejor pretende lograr, la justicia de las instituciones públicas, por ello, se consideran, en el caso de la justicia de modelo platónico, que,

Los ideales políticos de Platón entre los que se encuentra la comunicación, se detiene sólo a observar la conexión ideal de ese *yo* expresivo con los ideales del Estado perfecto. De Las Leyes es una representación de totalitarismo al cual se puede acceder desde esta idea. El *yo* del individuo se muestra impotente ante el interés del Estado perfecto, su propia perfección disminuye la esencia misma del individuo, quedando su *yo* encerrado en la propaganda de la capacidad limitada, lo que hace afirmar que la conexión entre el *yo* individual y la razón ideal del Estado y la justicia es sino reducida, inexistente, viéndose en peligro la libertad de los ciudadanos (Popper, 1984, pp.97-98)

En el momento en que el *yo* expresivo es colonizado por alguna fuerza exterior con o sin su consentimiento, en ese momento su particularidad se revierte en homogeneidad o pretensiones de homogeneidad, dando como consecuencia la imposibilidad de construir los puentes comunicativos hacia la razón universal sin perder las particularidades propias del *yo* expresivo, es decir, sin que las características de ese *yo* desaparezcan en el proceso comunicativo; en palabras de T. ADORNO y M. HORKHEIMER,

es incondicionado el principio práctico y el imperativo al que obedece puesto que no puede tener ningún interés como fundamento (Kant, 1996, pp.47-48).

La vida espiritual, es decir, ese yo reflexivo es, en sus orígenes extremadamente frágil y delicada. Tanto igual que un caracol retrae su cabeza ante el miedo y se vuelve a convertir en uno sólo con el tanto, tanto igual es el yo cuando advierte la presencia de un enemigo de la razón, pero ante tantos enemigos que ha tenido hasta la ilustración, tantas sucesivas retracción y reconversiones en el todo lo ha hecho mermar en su esencia, debido a que el todo que lo protegía se ha ido alimentando de él progresivamente, ahora aquel todo que lo fortalecía en otros tiempos se queda con parte de su extremadamente frágil fortaleza (Adorno y Horkheimer, 2001, p.302)

2.1. El Juicio como Equilibrio de la Razón:

I. KANT, alegaba que la existencia de un equilibrio entre la razón universal que proponía los principios de acción y los fines y medios de las instituciones, y la razón práctica particular que proponía los mismos principios en los individuos; es un complemento necesario para la construcción de una sociedad libre, de allí que se convierta en imprescindible el definir ciertamente,

La importancia de la antinomia sutil presentada entre la libertad exterior del ser - jurídica de razón universal-institucional-y el consentimiento que ofrece el ser particular-ciudadano de razón práctica- para no obedecer más que aquella razón a la cual parece obligado por las instituciones a obedecer, aunque sea la voluntad la que termine decidiendo sobre esta cuestión trascendental. De modo que queda sentado un intermedio necesario entre aquella razón universal y aquella razón particular, sintetizada en la voluntad de consentimiento (Kant, 1996, p.222).

Una razón universal que respeta los elementales contenidos de la particularidad y que no homogeneiza, puesto que este es un proceso contranatura del ser social, no puede construir por sí misma y a partir de su imaginación técnica aquellos fundamentos de acción, fines y medios de las instituciones y de los individuos, puesto que romperían por fuerza, la máxima de que las instituciones políticas de libertad y el sistema jurídico-administrativo funcionan para el individuo particular, es decir, para los fines últimos del género humano; sin embargo, a pesar de la certeza de este planteamiento kantiano, resulta necesario el planteamiento crítico de H. MARCUSE, "al ser *el nosotros* producto de una experiencia moderna que ha sido sacudida en su seguridad y abrumada por el sentimiento de no poseer toda la verdad, tal y como lo suponía la razón práctica del idealismo kantiano, a la razón práctica universal sólo le queda el camino a la ignorancia, el sentimiento de inseguridad la lleva a andar por sendas oscuras y a entregarse a un absoluto aparente,

no real (Marcuse, 1995, p.172).

Cuestión similar sucede con la razón práctica individual, una vez cedidas las funciones de lucha utópica por alcanzar la libertad y la vida buena, a la ignorancia y a la fuerza -sea por entrega a una fuerza superior, sea por constitución de una fuerza superior- la individualidad desaparece y en cambio aparecen las homogeneidades propias de una técnica que avanza y encuentra en la experiencia de la ignorancia un espacio virginal sobre el cual sustentarse. A diferencia de la modernidad, recuerda H. ARENDT, “la esfera de la polis era la de la libertad y la esfera de lo privado estaba constituida por el dominio de las necesidades vitales. Aunque la esfera pública dependiera de la eficacia de la producción de la esfera privada bajo ninguna circunstancia podía ser la política solo un medio destinado a proteger la sociedad puesto que la protección implica conservación y la conservación estabilidad; la función de la esfera pública en la antigüedad era altamente dinámica por ser el espacio de la libertad y la conservación no se permitía como fundamento de su existencia” (Arendt, 1998, pp.37). Es aquí donde las consecuencias de la contemplación no realizada se hacen presentes, la ignorancia se forma a partir de la imposibilidad triple de contemplación, de reflexión y de comunicación consensual.

De contemplación, puesto que los procesos de socialización de la modernidad, como afirma Hannah Arendt no tienen un basamento político de trascendencia, sino un basamento de mera operatividad, esto permite que el espacio público se convierta en un espacio conservador y que el espacio de interacción privado se convierta en un espacio que busca incesantemente la estabilidad, aunque ninguno de los dos logre su cometido, el relevo de la técnica no ha implicado aún el relevo de los fines de racionalización del mundo, cuestión apoyada por T. ADORNO y M. HORKHEIMER,

La Odisea desde Troya a Ítaca es el itinerario del sí mismo, infinitamente débil en el cuerpo frente al poder del exterior natural y siempre en estado de formación en cuanto autoconciencia; peligrosamente tentado a ser desviado de la senda de su órbita, se constituye en su rigidez solo a través de una contradicción con la aventura: unidad solo en la diversidad

de aquello que niega la unidad (Adorno y Horkheimer, 2001, p.100).

Desde Platón y Aristóteles el 'conócete a ti mismo' no ha tenido *sentido de ser*, dicho conocer representa un punto intermedio entre la contemplación y la reflexividad: la contemplación no es una función de la razón meramente externa, es parte de la razón estética del pensamiento crítico, es decir, es parte de una razón no conservadora en cuanto a sus valores de fundamentación, es parte de una razón trascendente, así,

El basamento externo de la reflexividad está signado por la inmediatez material de aquello que quiere *ser*; de aceptar sólo este basamento la reflexión se sumiría en la inocencia de lo inmediato y la contrastación con una razón trascendental que dé cuenta del mundo, sería abordada por dicha inmediatez. Cuestión contraria es lo referido a su *debe ser*, puesto que la inmediatez está por debajo del ser reflexivo; siendo así, la inmediatez constituye siempre una componente material y no la totalidad de la reflexividad. (Adorno, 1975, p.87-88).

La trascendencia del conocer reflexivo también tiene un doble basamento, uno *interno* sobre la contemplación de los fundamentos de la razón y uno *externo* sobre la contemplación práctica de su aplicación como cosmovisión interpretativa del mundo de la vida, de esta manera lo describe HEGEL, para quien,

Al ser el mundo visto como una multitud de cosas determinadas, demarcadas unas de otras, cada cosa representa una entidad distinta que está delimitada y relacionada como tal con otras entidades igualmente delimitadas. Como consecuencia, en el *no absoluto*, contrario a la comunidad política, las determinaciones del individuo se excluyen unas a otras como si fuesen átomos; en el *absoluto*, en cambio, una cosa no puede ser otra o convertirse en otra, y a pesar de ello las unidades no se presentan aisladas aunque sí delimitadas. En el *no absoluto* a la cosa aislada y delimitada se denomina de finita reflexividad (Hegel, 1991, p.86).

El *sin sentido* de la reflexividad es el sentido de la individuación propia del oscurantismo y de la modernidad. Los procesos de socialización de la modernidad pretendieron construir procesos insuflados con racionalidad inmediata, es decir, socialización para medios y no para fines ulteriores, cuya máxima expresión política es la *Externalidad Negativa* producto del proceso de formalización de los Principios fundamentales representa la capacidad de las instituciones de la modernidad para reducir la originalidad propia del ser individual. El derecho natural fue la mejor herramienta que la modernidad encontró para llevar a la originalidad reflexiva, generadora de la voluntad individual, a un mayor grado de homogeneidad político

jurídica, formándose a partir de allí lo que se denominó la voluntad general (Cfr. Adorno, 1975, p.38).

1.3. Juicio y Modernidad.

En la transición hacia la modernidad, cada partícula de la sociedad había degenerado en una partícula faccionaria como la descrita por el estado de naturaleza Hobbesiano y Lockeano; ante esta situación, a la modernidad -como proceso racional de la historia- le quedó dos sendas históricas por recorrer para corregir dicha problemática: *la primera*, que consistía en sumar a todos los miembros para formar a través de su voluntad la sociedad civil -civilizada-, reduciendo de esta manera los límites de expansión de las originalidades, de tal suerte que la capacidad de las instituciones no se agotara en tal proceso de sumatoria.

La segunda, como consecuencia de la anterior, consistió en la reducción de la fuente de constitución de la originalidad del pensamiento (esto es, la contemplación y la reflexión).

Por ello, J.J. ROUSSEAU, afirmaba que,

Son las instituciones 'civiles' las que han conducido al hombre a una etapa de esclavitud, esta nueva etapa se encuentra signada por la metafísica del *ser* de autoridad, es decir, por una inconmensurable fuente totalitaria de dominación: la razón de los modernos (...) aún cuando, para John Locke, la fuerza no puede constituir, en ningún caso, el principio de legitimidad de las instituciones públicas, tal como la presenta Thomas Hobbes, y aunque sea diametralmente opuesto a este último modelo el sistema institucional de LOCKE, sustentado sobre un estado liberal y representativo, con división de poderes y, así, proteger celosamente el principio de su legitimidad (esto es, la libertad), dicho modelo, sin embargo, ha de guardarse para sí -como garantía del cumplimiento de la función de protección- un alto margen de autoridad, que, a fin de cuentas, reprime gran parte de la libertad de los ciudadanos (Rousseau en Rodríguez, 1984, p.103)

El autor inglés e historiador de la libertad, LORD ACTON, contribuiría luego a la reafirmación de estas posiciones críticas; en su comparación de la libertad de los antiguos con la de los modernos, ACTON, confesaba haber encontrado una veta problemática sobre el estudio de las libertades:

El conocimiento no es ya la base fundamental de la libertad de los hombres en la modernidad, al contrario la trascendencia se ha revertido en una acción negativa exterior, más que en una

trascendencia del interior del yo mismo de los hombres (...) la historia de las instituciones que defienden las libertades, es decir, las instituciones que ofrecen la garantía de que todos los hombres contarán con la protección para hacer lo que creen que es su deber frente a la influencia de la autoridad, de las mayorías, de las costumbres y de la opinión, se observaba en la antigüedad como una historia de la dependencia de estas respecto de las ideas que las producen y del espíritu que las preserva, pues la forma puede permanecer inalterada cuando la materia ha desaparecido (Lord Acton, 1907, p.4)

La no inclusión de dominación ha sido la conquista de la modernidad, el espacio de los vicios de los antiguos se ha convertido en el nuevo refugio de la libertad, donde los hombres no son libres; en ese espacio del *ser* social es donde los hombres han encerrado la posibilidad de su libertad, esto es, la esfera privada de las necesidades. Así, como afirmaba B. CONSTANT,

La libertad de los modernos es el derecho de los individuos a no estar sometidos más que a leyes, es la garantía a no ser tocado en su integridad por parte de poder arbitrario alguno, es la libertad en la sociedad civil, la libertad a producir los bienes necesarios para el mantenimiento mínimo de una vida privada como lo afirmaba Hobbes. Comparándola con la libertad de los antiguos, aquella consistía en ejercer de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía [...] Así, entre los antiguos, el individuo soberano casi siempre era libre en los asuntos públicos, y era un esclavo en todas las cuestiones privadas [...] Entre los modernos, por el contrario, el individuo, independiente en su vida privada, no es soberano más que en apariencia; incluso en los Estados más libres (Constant, 1989, p.239).

A esta libertad se le ha de denominar negativa y proviene de dos fuentes: la eliminación de la contemplación interna, proyectada reflexivamente hacia el interior y, comunicativamente, hacia el exterior; y la supresión de la reflexividad como proceso de orientación de la contemplación.

Por último, se presenta la incapacidad comunicativa como elemento constitutivo de la ignorancia. Existe, a partir de la contemplación, un esquema dual de comunicación: primero, *en el* interior del *Ser*, debido a que, en el preciso momento de la contemplación, se observa un proceso de comunicación del mundo hacia el interior del *ser*, lo que lo convierte en un *ser-en-el-mundo*. Y luego, *desde* el interior del *Ser*, puesto que no sería una *ser-en-si-en-el-mundo*, si aquél primer proceso no se completara con un esquema (como este segundo esquema) de retroactividad comunicativa desde el interior del *ser* hacia el mundo en que se inscribe.

En este punto, huelga recordar que, uno de los grandes problemas de la filosofía y los filósofos alemanes de principios del siglo XX, era la recuperación del Ser como elemento privilegiado de una cosmovisión de desarrollo integral de la nación. Al contrario de lo que había soportado el resto de Europa Occidental desde la revolución francesa y la revolución industrial inglesa, la presencia de aquellos procesos de socialización inversa, consecuencia de la socialización del dinero, de la llamada era de las neutralizaciones parlamentarias, de la exclusión social y, en fin, del alejamiento de los ciudadanos que experimentaron las instituciones del Estado, la sociedad alemana no estaba preparada para confrontar una situación histórica similar y, como consecuencia, se le encargó a su filósofo oficial M. HEIDDEGER, que reuniera un conjunto de escritos que recuperarían la discusión en torno al Ser como sujeto de la historia.

Sin embargo, las consecuencias no se tradujeron directamente en los escritos de HEIDDEGER, sino que se tradujeron a partir de estudios posteriores, como el de *Los Escritos y Conferencias* de WITTGENSTEIN, donde se critica profundamente la contribución de una ciencia positiva a la construcción de un Ser-en-el-mundo, y no de un Ser-en-si-en el mundo, un verdadero ser comunicativo, un ser de acción de la politika pragmateia. Mostrándose de esta manera las consecuencias de la eliminación de la comunicación en el hombre que se enfrentaba a destruir los vestigios del Ascien Regimen en la Alemania de principios del siglo XX. (Cfr. Wittgenstein, 1983, p.255).

El problema de la modernidad, es que se ha convertido en un estructurador de comunicaciones de elementos informativos unívocos del mundo hacia el *ser*, y como consecuencia el interior del *ser* se aliena, quedando sin originalidad, cuando alguna de las originalidades del ser quedan al descubierto, se produce un proceso de anomia. Correspondería a E. DURKHEIM, insertar en el lenguaje técnico sociológico el término anomia: como consecuencia de la alienación que los procesos de interacción social, entre los que destaca la socialización para un sistema de eficiencia e inmediatez, ha dejado a la misma interacción social sin su esencia comunitaria. Sería

difícil conceptualizar a la sociedad como un conjunto de interacciones sociales entre individuos y grupos de individuos, debido a que la misma sociedad ha empezado a construir, como afirmaba C. MARX, un sistema de individuación interactiva, es decir, que los individuos se comunican altruista o egoístamente con otros individuos, pero ante las instituciones y la costumbre, dicho individuo no ha realizado tal acción social, por lo cual no existe recompensa en el altruismo, sino solamente en el egoísmo, de suerte que las instituciones encarrilan a los miembros de la sociedad hacia una individuación mayor; el resultado de esto es una sociedad contractual que excluye de las recompensas y reconocimiento institucional a los individuos que intentan ir más allá de sus convicciones egoístas (Cfr. Durkheim, 1951, p.70)

Ante tales incapacidades, queda por recuperar los elementos de reactivación de la contemplación, la reflexividad y la comunicación para recuperar con ello una versión más acabada del Juicio y por ende una versión más próxima a la justicia verdadera.

2. Juicio y Validez. Una Interpretación epistemológica del Juicio.

Los juicios sobre lo sublime y lo bello no pueden tener una relación contrastante con lo universal, puesto que su punto de partida ético es la razón subjetiva de los individuos. De manera contraria, los Juicios correspondientes a la acción jurídica y política, en los cuales se cognitiviza la razón del destino del orden social, deben realizar, por obligatoriedad, una fundamentación de su proceso de configuración ante una razón universal. Dicha razón no es otra que la razón práctica, la razón que sustenta la libertad entre los hombres; así por ejemplo, para Organizar la estructura del Estado de Derecho, tanto I. KANT como G. HEGEL, necesitaron destruir las características del Juicio institucional que existía hasta el momento: Los juicios sobre *lo sublime y lo bello* determinaban la característica de los juicios institucionales, es decir, que aquel cuadro burocrático administrativo descrito por WEBER con el cual nació el Estado moderno, aún no contaba hasta los escritos de KANT y HEGEL con una razón suprema secular sobre la cual sostener los Juicios

Administrativos y Jurídicos.

No sería sino hasta la diferenciación de una razón práctica subjetiva y de una razón práctica universal, que los juicios sobre lo sublime y lo bello dejaron de contribuir determinadamente en la formación de los Juicios institucionales. A partir de allí los procesos de legislación incluso lo procesos de legislación constitucional empezaron a fundarse sobre razones universales, sobre principios, sobre costumbres y jurisprudencias, y la soberanía para su determinación empezaba y terminaba en las instituciones del Estado, doblemente sometidas a la propia legislación (Cfr. Kant, 1996, pp.205-247/ Hegel, 1999, p.223)

2.1. Los Juicios y lo Sublime y o Bello.

Los primeros juicios sobre lo sublime y lo bello hacen referencia a las consideraciones particulares de la razón, aquellas que aún sin perder las pretensiones de validez universal, cuestionan y se producen en las originalidades de la contemplación y la comprensión. Por este motivo, estos primeros juicios no corresponden a los fines de la vida en sí, ni a su transformación, ni a su cumplimiento expreso, sino que corresponden a la expansión de los campos de interacción del ser, es decir, a los espacios de ocupación racional del ser en la naturaleza. Una de las ventajas de I. KANT, sobre los escritores de la ilustración que lo acompañaron es representada por el viraje roussoniano que tomó, que le condujo a cambiar de aptitud ante la racionalidad. La razón instrumental ante la cual se presentan los fines es un punto de equilibrio entre la razón trascendental universal y la razón técnica. Aquella se apeg a los fines previstos por la trascendencia correspondiente a la moral y a la historia; sin embargo, los medios que utiliza no son necesariamente trascendentes, no se apegan al imperativo categórico, no tratan de conquistar directamente las instituciones, pero tampoco son simples medios de la técnica, no son inmediatos irracionales, experienciales y sensibles. Por esta razón, se encuentra por debajo de la razón universal, pero por encima de la razón técnica, y representa un

camino seguro a la independencia de un mundo colonizado por la técnica, aunque prefiera el inmediato como punto de referencia y no el trascendente como fundamento de actuación (Kant, 1991, p.32-33).

La trascendencia posible de estos juicios se sostiene a partir de la conquista del mayor número de particulares para una sumatoria total de preferencias, cuyo resultado sería una generalidad. Se encarga de este proceso de adición la razón instrumental, es decir, la razón que con arreglo a fines sustituye la trascendencia de la libertad por la trascendencia del inmediato. Al corresponder a esta razón ni lo absolutos ni las universalidades se pueden materializar a partir de estos juicios sin afectar los espacios de funcionamiento de la razón práctica. La ley moral, que debe el control de los fines a las consideraciones de libertad, no puede pretenderse como funcional en este ámbito de la razón, cuestión que de ser posible, se supondría como una colonización de la razón práctica y como una extra-jurisdiccionalidad de la razón instrumental. El problema que Hans Albert observa al respecto hace referencia a que,

Al existir la posibilidad de que la razón instrumental, representada en nuestros días por la razón científico-pragmática, empiece a recorrer los mismos caminos totalitarios que hasta el momento ha caminado la razón técnica, existe la posibilidad del totalitarismo latente, siempre amenazante de nuestras libertades. Por ser un punto de equilibrio, podría suponer el descubrimiento de una ciencia que no tenga un fundamento único, de un conjunto de disciplinas entrelazadas cuyos fundamentos únicos se entrecruzan y a partir de allí abarcar mejor sus objetos de estudio; sin embargo, por esta misma característica podría suponer una atracción infalible de para los científicos, una antimetafísica que parte de las mismas consideraciones de esta, pero que en cambio no se defina como tal, y esto podría representar un grave problema científico para la definición de la razón como trascendencia y libertad (Albert, 2002, pp. 12, 42).

2.2. El Juicio como Acción.

Al contrario de esto, El Juicio como acción política y jurídica destinada a la trascendencia del *ser*, materializa de hecho la acción de la ley moral para encauzar a los medios y a los fines a la construcción de un orden social conquistador de libertades individuales, por tal motivo aduce ALBERT,

Es fundamental que las autoridades encargadas de ejercer el de vinculación sistematizada de la sociedad en nuestros días, ya no se fundamente exclusivamente en la violencia y el autoritarismo, aunque esos Juicios provengan de las razones del Derecho [positivo]. Al contrario, debe ser la convicción el fundamento de dicha autoridad, una convicción de justificaciones por razones, de prácticas democráticas de la discusión y la

crítica (...) Los magistrados que se proyectan a sí mismos como boca de la Ley ya no pueden tener el monopolio del sentido, puesto que la convicción no puede abandonar nunca la ley moral del sujeto que la practica. Ahora el desarrollo de las convicciones racionales exige el pluralismo de las ideas, apegadas a los principios morales de la Constitución, para asegurar el ejercicio de la libertad(Albert, 2002, pp.12-13).

La autonomía es el primer paso que se sigue, puesto que la autonomía, como posibilidad de ejercicio de una libertad limitada por normas artificiales, representa la fundación de un proceso más complejo, esto es, la posibilidad de construir una libertad sin reglas más que aquella moral que incardina la acción procedimental de la formación del Juicio.

De esta forma, un Juicio producto de una fundamentación de razón pura, cuyo objetivo es la trascendentalidad del *ser* hacia la libertad y que puede construir espacios institucionalizados de autonomía y está apegada a una ley moral suprema como es la libertad, su respeto y su formación en todos los ámbitos de la vida del ser, debe ser el encargado de juzgar sobre los derechos de los ciudadanos, puesto que de estos depende y para ellos se ha de realizar. Esta es una de las características propias del Juicio, un proceso el cual se sustenta -o debe sustentarse- la acción pública de decisión institucional del Estado de Derecho.

Sin embargo, debido a las contradicciones presentadas en el interior de la razón, expuestas en todos los apartados anteriores, a lo que agregamos las inexcusables incompletitudes de realización de la contemplación, la reflexividad y la comunicación de los resultados de estas acciones del *ser*, las limitaciones de la validez de los enunciados del Juicio aquí expuestas se muestran como insalvables. Aún así, en comparación con las propuestas positivistas del Juicio se muestran en mejores condiciones de acceso a la Justicia a través de un procedimiento de decisión jurídica que estas últimas.

2.3. Juicio Político y Racionalismo Positivo, al encuentro del positivismo jurídico.

A continuación trataremos de encontrar un esquema de análisis del Juicio desde las perspectivas del positivismo como corriente filosófico-epistemológica

general y posteriormente como corriente filosófico-jurídica particular. Auguste Comte, basado en el racionalismo cartesiano, baconiano y lockeano, acotó fanáticamente que el único sistema de pensamiento que podía proveer a la mente humana de una cantidad de información reflexiva -que posteriormente se convertiría en conocimiento a través del entendimiento- es la experiencia, puesto que,

Llegado el estadio positivo de la historia y la mente humana, el único sistema de pensamiento válido es la experiencia que observamos y que es observable. La moral no puede ser observada por lo tanto, aunque sea un vestigio de épocas anteriores, ya no puede entrar en la clasificación de las ciencias, y todos los conceptos que en ella reproduzcan y que se relacionen con ella no tienen otra connotación que la expulsión de la observación realizada por las ciencias positivas, de esta manera, todo bajo la sombra de la observación, muy poco fuera de ella (Comte, 1984, pp.113-114)

Por este motivo, las contrastaciones de la imaginación han de ser cercenadas a partir de una subordinación de este proceso de pensamiento a la lógica de la experiencia y su posterior entendimiento.

La imaginación como parte del sentido común, es decir, no como parte de una lógica no racional empírica, pero sí como parte de una lógica de simplificación y posterior sistematización de un mundo de la vida inabarcable debería, según el positivismo, subordinarse constantemente a la observación, pero no una observación como contemplación del ser, sino una observación sensible de las características físicas del mundo de la vida. A. COMTE, coloca a la imaginación como una partícula innecesaria de la ciencia, puesto que, la evolución de las ciencias se colocan como un sistema circular en el cual es la experiencia y la evolución de la experiencia lo que determina el progreso de la conceptualización y sistematización del conocimiento científico. Ha llegado el momento, afirma el autor francés,

De que la imaginación se deje a la metafísica y que la observación sea una labor exclusiva de las ciencias positivas"; como consecuencia, dos décadas después de sus escritos los positivistas aseveraron que, incluso, el pensamiento debía subordinarse a lo positivo, a la experiencia, y ante los brazos cruzados de la ciencia, esta aseveración se ha convertido en ley fundamental del pensamiento positivo (Comte, 1984, p.113).

Como consecuencia, la eliminación funcional de la imaginación retrotrae las características de la contemplación y de la reflexividad. El entendimiento se convierte

en un sistema de clasificación y sistematización referencial de los datos otorgados por la realidad, de esta manera, los sentidos, convertidos en operatividades de comunicación del mundo hacia el sujeto observador, se convierten en el marco limitativo del pensamiento; como consecuencia, los principios fundamentales a los cuales apelar se encontrarán en un estadio metafísico o, como lo denominaba A. COMTE, 'abstracto'.

La colonización del pensamiento por el positivismo ha provocado que la esencia del pensamiento se haya perdido por completo: ya el pensamiento no inicia, como afirma POPPER, en la ignorancia de una solución ante un problema grave para la integridad social. Tampoco parte de la contemplación que requiere de la imaginación y las categorías de la imaginación. De igual forma, no se convierte, como lo afirmaban los filósofos clásicos de la antigüedad, en un esquema teórico a corroborar, puesto que los conceptos y definiciones no parten de la imaginación del *teorem* que contempla, sistematiza y expone críticamente. Ahora (con el positivismo), el pensamiento que sirve de fundamento de Juicio se ha convertido en un sistema de clasificación, es decir, en un sistema que con conceptos totalitarios [en el que se inscriben las normas positivas] tiende, no a analizar verdaderamente la esencia de los objetos de estudio sino, más bien, a clasificarlos y encerrarlos según sus características particulares (no sus universales), y siempre en los límites de aquellos conceptos prefijados por el positivismo; y de ahí que dos objetos distintos podrían contribuir a una relación causa efecto idéntica, aún cuando no se encuentren en el mismo nivel de acción, no partan de la misma voluntad y, en fin, no se conviertan en acciones sociales necesarias para la estructuración de los valores generales que sustentan las instituciones y la sociedad en general.

Sin embargo, para la aprehensión de estos principios fundamentales -libertad, igualdad, justicia, integridad ética- que sostienen el contrato social del orden de interacciones humanas contemporáneo, sería imposible hacer un ejercicio de abstracción para aprehenderlos y, como consecuencia, sería necesario

institucionalizarlos en un sistema conceptual y operativo procesal, donde el juicio se realice en base a la experiencia y no en base a la conquista y respeto de un conjunto de principios que han nacido abstractos, toda vez que pertenecen al fin de trascendencia humana. Las libertades se transforman en libertades formales, aún cuando la libertad no haya tenido en ninguna otra etapa de la historia sustantivos

En la historia de la filosofía jurídica y política, correspondería a J. RAWLS, eliminar parte de las consecuencias que el constitucionalismo contractualista trajo consigo: la positivización de las ciencias. Si la Constitución es la máxima representación de la pluralidad del conjunto de ciudadanos que la contrata, y este conjunto de ciudadanos apela a su libertad, su igualdad y a la justicia de las instituciones democráticas para refrendar aquel contrato, entonces la sola observación de dichas libertades, igualdades y justicia, convertiría en imposibles y falaces los fundamentos mismos de la Constitución y el contrato social anterior. Con ello, aunque la Constitución presuponga los principios del Ordenamiento, nunca llegaría a conformar los principios de la democracia y de uso de las libertades y demás derechos ciudadanos, puesto que ante el magistrado no serían aprehensibles a través de la observación y serían descartados inmediatamente. (Cfr. Rawls, 1995, p.75-82).

Sobre la formalización inicial sobreviene una formalización superior: la de los procesos de Juicio sobre las libertades y, consecuencia de ello, la incapacidad del hombre subjetivo y moralmente limitado para decidir sobre ellas concientemente. En este punto, el Juez se convierte en 'Boca de Ley', y el Administrador en 'burócrata', ambos seguidores de procedimientos específicos y presupuestos, en los que, basados en las formalizaciones anteriormente descritas, pueden convertir y, hasta, revertir los principios fundamentales en meros principios formales, aún cuando sigan siendo fundamentales, con límites específicos y con supuestos de prohibición contrariamente al *deber ser* de estos, a saber, la trascendencia.

El sistema de Juicio positivista - debido a su alcance sería injusto denominarlo

de otro modo- se presupone unívoco a partir de supuestos a priori limitativos, es decir, consiste y se estructura a partir de una supuesta evolución estadística de la historia, donde la colonización de la teología y la metafísica por parte de los supuestos de la razón positiva, han generado un profundo proceso de desplazamiento de esa teología y esa metafísica (en sí misma considerada) como fundamentos valorativos del pensamiento y el conocimiento. Uno de los problemas fundamentales del positivismo es que se sustenta en aquella metafísica que pretende desbancar con la experiencia y la observación. Esta metafísica se encuentra basada en la fundamentación arquemidiana del sistema teórico:

Atendiendo a la necesidad de los teoremas matemáticos para convertirse en teoremas aceptados por la matemática como ciencia, los matemáticos como Arquímedes dieron por descontado que la única metodología posiblemente aceptable es la fundamentación del teorema sobre una única base, y a partir de allí extraer sus derivaciones. En nuestros días, gracias a la teoría de la relatividad, ese único fundamento no es suficiente para los teoremas matemáticos, en menor medida para las teorías de las ciencias sociales y la filosofía del Derecho y de la Política (Lakatos, 1981. pp.36-37).

Las conclusiones son simples: el individuo se muestra incapaz y limitado en nuestras sociedades, su acción no debe concentrarse en otra disposición que no sea la construcción de identidades sociales. En efecto,

En el presente de la modernidad, el presupuesto aristotélico de que un hombre sin sociedad es un animal o un dios, se ha convertido positivamente en una verdad infranqueablemente real, y así, el estrechamiento de las relaciones sociales se convierte en la muestra fáctica de validez del positivismo, que a su vez, encuentra en la institucionalización normativa de todos los espacios del mundo de la vida, el instrumento óptimo para el progreso positivo (...) al contrario de los principios de la edad media y de la misma modernidad, la comunidad colectiva se muestra hoy como un mito a realizar, imprescindible meta del yo', es decir, la posibilidad de integración social. De manera tal que, los fundamentos de la institucionalización social, política y económica, no son fundamentos reales, sino que representan una meta a construir. Aún así, siguen estando en el ámbito de lo positivo-observable, como si positivo fuese sinónimo de necesario y metafísico al mismo tiempo (Giddens, 1993, p.75).

2.4. La Necesidad de un Juicio no sólo Positivo.

Ante la complejidad de la realidad y ante la complejidad de los principios como la Justicia, la Libertad, la Igualdad y la Integridad Ética, son únicamente las instituciones quienes, junto a sus normas, pueden sobrevivir al cúmulo de presiones a las que son sometidos estos principios en el mundo de la vida.

Las normas de prohibición y limitación -normatividad negativa- representan la máxima expresión de la razón positiva y como consecuencia nada que se pretenda racional en el mundo fáctico se presenta fuera de las instituciones. Frente a aquella fundamentación metafísica y positiva al mismo tiempo, el individuo,

Se ve realmente limitado para dar razones que se encuentren a la altura metafísica de las razones que dan las instituciones del Estado y del Mercado. Y ante los riesgos propios de la sociedad global contemporánea, el refugio en estas instituciones se convierte en una solución óptima y obligatoria para disminuir las consecuencias negativas que provienen de la complejidad social. Las normas prescriptivas se convierten en el refugio de los ciudadanos y de las mismas instituciones, y la esperanza en que estas prescripciones se transformen en solución se convierte en fundamento de su validez. Ante tal situación, el individuo es observado como un incapaz por convicción propia (Luhmann, 1997, p.123)

La validez de estas resumidas caracterizaciones del positivismo se encuentra, según este sistema positivo, en *la incapacidad del pensamiento y la imaginación para aprehender la realidad, y en la incapacidad de los individuos para soportar las cargas que históricamente han de soportar puesto que de no ser así, no habrá fundamentos históricos para los principios fundamentales*, y esto a su vez se encuentra basado en que,

En la medida que la teoría del conocimiento comprensivo fue perdiendo el basamento en la figura del superhombre de Nietzsche, en ese mismo momento la carga que debe soportar el Ser como individuo o como ciudadano pasa a ser carga insoportable para este, trasladándose a otras figuras sociales, especialmente a las figuras de una política representativa y de un Derecho positivado (Habermas, 1996, p.426).

Una corriente de pensamiento se superpone a estas últimas conclusiones fácticas: el realismo epistémico. Los realistas convienen en afirmar que una metodología de aprehensión del objeto de estudio no puede convertirse en la realidad misma sin abstraerse de la propia realidad. La validez del positivismo sustentada sobre un principio de restricción e incapacidad es contradictoria a la acción social misma. Por este motivo, la sociología de M. WEBER y la de T. PARSONS, han acordado en determinar que,

Las acciones que se presentan como praxis institucionales y como base de las praxis institucionales, se deben denominar acción social, de tal suerte que, cuando hablamos de acción social no nos referimos a cualquier actividad humana, sino a aquella actividad social, que tiene como punto de referencia el otro social -desde el punto de vista institucional el todo social- y que se justifica y comprende a partir de la subjetividad de quien ejecuta dicha actividad (Weber, 1999, p.20-21).

La acción social proviene de un sujeto que es sujeto de acción y es objeto de la acción, en algunos casos de una misma acción social. El *Juicio* como acción real, si bien pasa por el tamiz de la revolución normativa formalizadora, no se queda en ella, sino que disuelve las normas generales en la autoridad subjetiva de su utilización unilateral.

Los procesos de legislación, a pesar de estar sustentados en una razón contractual constitucional, no son unívocos, ni la realidad ni las acciones sociales pueden atravesarse y pretenderse abarcar desde una metodología estática de la ciencia, como lo es el positivismo. La legislación y la jurisdicción no puede ser parte de un Juicio exclusivista de las instituciones, puesto que dentro de las instituciones las acciones reales desbordan los límites normativos constantemente y, por tanto, el mismo fundamento de validez se convierte en fundamento de desplazamiento e invalidez del positivismo. A diferencia de los juristas y practicantes de aquellos sistemas codificados y normados,

Los juristas del Llamado *Common Law* no tienen frente a sí cuerpos codificados a los cuales prestar la profesión de fe del positivismo al conjunto de normas del Ordenamiento (...). Al no tener la oportunidad de subyugarse a códigos con pretensión de ser encarnación de la única razón existente, los juristas del sistema realista han advertido, que las normas jurídicas están lejos de tener propiedades formales que se les pueda asignar, ya sea que tales normas jurídicas estén dictadas por un legislador, integrando un código o no, o se las infiera de los fundamentos de las decisiones judiciales (Nino, 1999, pp.44-45).

La institucionalización formalizadora del positivismo, al basarse en la prohibición y en la demostración de la incapacidad del individuo, no sabría qué afirmar en presencia de las consecuencias materiales de una fenomenología cuyo contenido sean los intereses, los valores ético-subjetivos y las presiones sociales y políticas, como premisas de acción intra-institucional.

2.5. *El Juicio y la Razón, las particularidades complejas de la ética del Juicio.*

El *Juicio* depende de las perspectivas particulares de los individuos que lo asumen como proceso de decisión, pero el *Juicio* presentado por el realismo es un

punto absoluto del entendimiento, y no un punto intermedio de entre la razón práctica y el entendimiento. Ronald Dworkin afirma que esta posición resulta imprescindible para el estudio del Derecho y para la operatividad real de Ordenamiento jurídico: el Derecho no es sólo el conjunto de normas institucionalizado a través de normas e institucionalizador de normas; al contrario, el Derecho va más allá, aunque no tanto, de un conjunto de presupuestos derechos naturales, y se dirige a un conjunto de procesos que, si bien se han positivizado, no han de convenir en convertirse en normas exclusivamente (Cfr. Dworkin, 1992, pp.16-19), estos elementos y sus conclusiones pueden denominarse "principios", tanto del ordenamiento, como de las razones del ordenamiento, de manera tal que el presupuesto positivista de una razón superior impermeable -a cualquier realidad -el cual representa la capacidad institucional jurisdiccional máxima- dejaría de tener validez en el momento en que estos principios influyan en la composición y organización jerárquica de los elementos que constituyen esta misma capacidad.

De manera tal que, si la esencia de la acción institucional es su consideración de vinculación social, entonces, el respeto a los valores de la sociedad es parte integral de su proceso de conformación. Cuando un magistrado de justicia dicta una sentencia, el proceso que se ha llevado a cabo para determinar que es esa y no otra decisión, no debe apegarse únicamente a una razón universal como la presentada por el positivismo, sino que debe representar al menos una gama reducida de las razones plurales que imperan en la sociedad democrática, y estas razones son, sin más consideraciones, morales, que subyacen a la cognoscencia del magistrado de justicia y del magistrado de la administración pública. Por este motivo son excluidas del análisis positivo del Derecho, pero aún así siguen estando presentes en los procesos jurídicos y políticos de las instituciones del Estado (Cfr. Har, 2000, pp.91-111).

Algunos autores han rebasado las posiciones de R. DWORKIN, y asumen que estos principios no se detienen en la materialidad también positiva de los intereses, las presiones y las subjetividades, sino que se extienden a la contemplación de los

derechos naturales inherentes a la racionalidad humana y que, aún cuando se muestren en el contrato social como principios fundamentales, se muestran en sus formas procesales en la realidad como razones y poderes insuficientes para servir de fundamentos únicos de la función jurídica. De esta manera, la destrucción de la institucionalización del Derecho y la incapacidad de las subjetividades individuales, a través de la demostración fáctica de unos poderes y razones contradictorias, se pretende como el fundamento de validez del realismo -especialmente del realismo jurídico- en contraposición respecto del *Juicio* como proceso de decisión jurídica y política en el sistema positivista (Cfr. Apel, 1999, p.64).

K. O. APEL, expresa que,

Ante el desgaste conceptual de la ciencia social moderna, las contradicciones se resumen semánticamente en grandes bloques problemáticos. Las decisiones y los Juicios parten de la circunscripción en uno de estos bloques por parte del decisor, los datos fácticos no se observan como sustento de encarrilamiento de la decisión, sino como clasificación de qué tipo de decisión se ha de escoger entre las tantas presupuestas. Por más que un realismo intente subordinar a la institucionalización y formalización de las normas positivas y valorativas culturales, siempre caerá en el error de la primacía, y, como consecuencia, hasta que sus propios conceptos no sean institucionalizados dejando atrás su propia anarquía, no podrán determinar los pasos seguros a una trascendencia del desgastado institucionalismo contemporáneo -positivismo- (Apel, 199, pp. 175. 214)

2.6. La Visión Pragmática del Juicio, un Juicio sin intermediarios.

Ante la segunda y tercera corriente de pensamiento presentada con respecto al *Juicio* (positivismo y realismo), se presenta el pragmatismo, heredero del utilitarismo benthamiano y del moralismo Spenceriano. La visión pragmática del *Juicio* puede determinarse como un punto intermedio entre el realismo y el utilitarismo. Atendiendo a las características democráticas de nuestras sociedades Occidentales, pragmatistas como J. DEWEY, aseguraban que “ninguno de los fundamentos de un *Juicio general* pueden considerarse con validez por sí y en sí mismos, y que la utilidad determina la validez misma del Juicio a través del cual se pretende decidir” (Rorty, 1992, p34). Cuestión contraria a la situación planteada por Dewey, se debería denominar totalitarismo y estaría proscrito por las instituciones democrático-constitucionales de nuestra sociedad abierta.

La verdad de la incapacidad del individuo, o la conjunción ética dinamizadora del realismo no son parte del análisis pragmatista. Los discursos y los *Juicios* entendidos como discursos no pueden contraponerse a la realidad de la utilidad presente en nuestras sociedades. La inmediatez en la acción social es parte integral de la contemporaneidad, y como consecuencia sólo un *Juicio* cuyos fundamentos se adapten a dicha inmediatez es un juicio válido. R. RORTY, ha expresado que,

Las razones de verdad no son parte de la naturaleza misma del pragmatismo, la verdad es una cuestión relativa, por tal motivo no se puede superponer como centro de los análisis de *Juicio*. Desde el punto de vista del pragmatismo, lo que cuenta como racional o como convictivo es relativo al grupo -inmediato- ante el cual parece necesario justificar las razones del *Juicio*; al cuerpo de creencias -en transición- compartidas (...) Para el Pragmatismo la cuestión de si la justificación ante la comunidad -inmediata- supone una razón o convicción universal o verdadera, es simplemente irrelevante (...) El problema de la verdad es que se encuentra íntimamente ligada a la idea de un proyecto supremo de Dios o de una razón que es ajena al lenguaje propio del ser humano. Si uno se adhiere a la noción de la verdad como hecho autosubsistente, es fácil empezar a escribir con mayúscula la palabra 'verdad' y a tratarla como algo que se identifica con Dios o con el mundo como proyecto parecido al de Dios. Hasta entonces uno no dirá que la verdad es grande, que triunfará y que os hará libres democráticamente. Ante estos avatares, la filosofía debe considerar alejarse del camino de la discusión sobre la verdad, en toda la medida científica posible (Rorty, 1996, p.25).

Esta ligereza del análisis pragmático utilitarista del *Juicio* es parte de la inmediatez analítica que sirve de metodología científica a esta corriente de pensamiento. "Una sociedad abierta admite relaciones abiertas únicamente, el pluralismo representa la única autoridad de nuestras sociedades contemporáneas. La ligereza de tratamiento filosófico del mundo y las razones con las cuales se ha tratado de institucionalizar la sociedad, es parte de la condiciones de hiperfactualidad de la acción social presente en estas sociedades. Como consecuencia la adaptación de estos principios relativos a la ligereza de la moralidad y a la sustentación de un conjunto de razones inmediatas como metodología aprehensiva del *Juicio*, traería consigo la posibilidad de la creación de una ciencia heurística sin controles normativos ni conceptuales" (Popper, 1985, p.253).

Lo indicado anteriormente se asemeja en su forma y su esencia a algunas de las contingencias que ha traído consigo la interpretación jurídica pluridiversa sin

controles de ningún tipo. Se puede construir una ciencia de la interpretación jurídica heurística, es decir, en la medida que vaya integrando para sí conceptualizaciones eficientes y reparaciones en los objetos de aprehensión en los que realmente haya que reparar comprensivamente. Sin embargo, esta meta al parecer ha cegado la vista de los realistas y los pragmatistas, y ha colocado en jaque a toda una infraestructura positiva y constitucional frente a los problemas graves de la sociedad, en los cuales resulta necesario apelar al ordenamiento jurídico puro o a sus principios de fundación. Como consecuencia, el Derecho no se ve, real y auténticamente, diversificado (en su cosmovisión y variedad de opciones conceptuales, perceptivas e interpretativas) por el pragmatismo y el realismo, si con estas corrientes se pretende sustituir al sistema positivista, y al verse únicamente complementado en algunos supuestos que, desde la perspectiva del sistema jurídico, son residuales, asistimos, con las pretensiones de estas corrientes, a la desestructuración de una parte operativa del Derecho sin la sustitución correspondiente.

Los valores sociales sirven de elementos conceptuales para la aprehensión de los tópicos de actividad de nuestras comunidades occidentales; la conceptualización se convierte en un proceso simple de adaptación de conceptos predispuestos, apelándose a ellos sólo en casos específicos donde la circunstancia inmediata obligue a desdeñarlos.

Existen dos formas para que la heurística se convierta en el impulso de una revolución científica: por un lado, puede servir como condicionante de la conceptualización y, por otro lado, como condicionante de la fenomenología. De la conceptualización, en el momento en que muestra que los problemas metodológicos tradicionales de las ciencias han tomado un tono más complejo; de la fenomenología, mostrando cómo los problemas reales que deben ser aprehendidos por las ciencias abarcan espacios más extensos con los que anteriormente se había conceptualizado (Cfr. Kuhn, 1997 pp.176-211).

La heurística es parte integral de las ciencias sociales y de la filosofía analítica pragmática; las ciencias tienen una capacidad de aprendizaje superior a la de los individuos, funcionan como espejo de los problemas de la naturaleza, en tanto, cada problema tiene una solución adecuada y, como tal, si los problemas se desprenden de la naturaleza cognitiva o de la física, entonces en los valores y leyes con que estos se guían se encuentra la solución a dichos problemas. Por tal motivo, las ciencias aprenden de sus propias deficiencias, pero no como afirma Thomas Kuhn a través de revoluciones, sino a través de la simplificación y la adaptación a los problemas inmediatos de la cultura.

De lo anterior deviene que, el incremento de la influencia tecnológico-física en las ciencias sociales ha generado la traducción de concepciones nacidas en las ciencias duras; uno de esos conceptos se denomina heurística. La tecnología, especialmente la de ordenadores, ha determinado que la inteligencia científica, natural o artificial puede aprender a resolver problemas graves en la medida en que resuelve algunos de menor tamaño e importancia. Lo más importante de este concepto es que esa inteligencia no cuenta hasta un momento anterior a la resolución del problema grave con las herramientas precisas para darle una solución óptima, sin embargo, en la medida en que se adentra en el problema y en la medida en que realiza la analogía con las soluciones a los problemas anteriores, va obteniendo las herramientas adecuadas y la conclusión de todo este proceso es la solución misma del problema.

3. Tres concepciones sociológicas del Juicio.

3.1. Los Juicios de valor.

A principios de la modernidad, los empiristas ingleses propiciaron una interesante discusión sobre el problema de las ciencias éticas o ciencias del espíritu. D. HUME, afirmaba que,

Al no poderse basar en axiomas ni presupuestos elementales, la visión particular del sujeto encargado de reconocer la realidad siempre estará presente en las conclusiones de un experimento social o de un tratado moral (...) puede pensarse que existe un patente dilema, decisivo para dilucidar la naturaleza de las ideas abstractas de las ciencias morales y éticas, las ciencias de los hombres; el dilema se presenta en sus conceptos de fundamento, es decir, en aquellos conceptos por cuyo través ha de pasar la realidad para ser sistematizada y convertida en una idea generalmente abstracta. Por ejemplo, la idea del 'hombre' representa a hombres de todos los tamaños y cualidades, lo que lleva a la conclusión de que esta idea no puede hacer tal cosa más que: o presentando todos los tamaños y cualidades posibles, o bien no representando a ninguno. Con lo cual concluimos que sería difícil para la ciencia filosófica, aceptar un único concepto absoluto proveniente de las ciencias éticas. O, como expresara el Dr. Berkeley, todas las ideas de la ética no son sino ideas particulares añadidas a un cierto término que les confiere mayor extensión; sin embargo, siguen siendo ideas particulares (Hume, 1984, pp.06-107).

Si el sujeto cree que el hombre como *ser* posee una naturaleza adversa al respeto a la integridad ética, las conclusiones serán que las instituciones han de conservar para sí la soberanía, y han de comportarse como los guías de las acciones mundanas para la sociedad, produciendo con esto una actividad suprema que es la enclaustración de la acción política en el ámbito de las instituciones; de manera contraria: si el juicio de valor del sujeto que investiga construye en su haber una imagen benéfica natural del ser, entonces las instituciones se comportarán de manera totalmente contraria a la anterior.

De suerte que para los filósofos prácticos tendientes a la conservación del antiguo régimen absolutista, ningún hombre parecía real, suficiente y convenientemente "bueno" como para otorgarle la libertad de no ser esclavo de las pasiones del mandatario, puesto que las pasiones del gobernante siempre serán preferibles a las pasiones caóticas del mal llamado ciudadano (Hume, 1997, p.71).

Las palabras de D. HUME, convinieron en desmitificar al Derecho natural y al contractualismo de principios de la modernidad, pero también lograron hacer entender que un sujeto que investiga una parte de sí (que es el sistema social y las acciones que lo reproducen), casi siempre tendrá un conjunto de elementos de ideología que se manifiesten en sus conclusiones científicas. Si este es el caso en el sistema conceptual mayormente codificado -sistema científico-, y con mayor autoridad sobre el desempeño de los miembros que hacen vida en él, en el caso del magistrado de justicia y del magistrado de la Administración, la sustitución de estos elementos ideológicos por una autoridad infinita de razón positiva institucional se

convierte en una falacia sistémica, referida a,

La eliminación de todo elemento valorativo de los trabajos y apreciaciones científicas se ha convertido en el norte de las perspectivas positivistas desde su nacimiento. Sin embargo, este norte denota dos grandes problemas para su cumplimiento expreso: El primero se refiere a la concepción misma del pensamiento, es decir, del proceso de producción de ideas, el conocimiento avanza al paso de la confrontación del pensamiento con la necesidad de solución de los problemas de la vida real, sean estos problemas epistémicos o problemas de la acción social. El segundo hace referencia al objeto mismo de estudio de las ciencias sociales, el cual se encuentra sometido no sólo a las valoraciones propias de sus motivaciones, sino también a la contradicción de las valoraciones que subyacen dichas motivaciones (Weber, 1985, p.78).

Sin embargo, resulta imprescindible aclarar qué se entiende por ideología en este contexto: ideología es un término que denota un punto intermedio entre los valores de socialización y un conjunto de ideas teleológicas sistematizado.

Por lo general, se ha convenido en afirmar una metodología estructuralista a la ideología, puesto que dicho concepto nació en una perspectiva de este tipo; sin embargo, en el presente el concepto de ideología plantea una recharacterización de su origen: *por un lado*, se encuentra la función estructural de comunicación de la información que constituye la ideología, basado en el estudio de los valores sociales y los mecanismos de reflejo de dichos valores sociales en la construcción de las instituciones público-políticas (incluidas, claro está, las instituciones jurídicas) realizado por E. DURKHEIM. *Por otro lado*, se encuentra la formación misma de las ideas que serán sistematizadas por las estructuras institucionales de la sociedad, función que corresponde a la intencionalidad de un individuo o grupo de individuos, que necesariamente han de ser observados a través de un individualismo metodológico comprensivo, como el usado por M. WEBER.

Los valores tienen que ver con el sistema propio de la socialización, es decir, se encuentran incrustados en los procesos de comunicación del entorno con el individuo, pero sobre todo en la etapa de procesamiento de dicha información. El conjunto sistematizado de ideas proviene de un fin en sí mismo que se lograría a partir de la articulación de las jerarquías de algunos principios de organización de la

sociedad y de las instituciones. Por su parte, Aristóteles expresaba que los valores de cada *Bios* -cultura del mundo meramente humano y político- constituyen el fundamento de la preferencia de organización del espacio público. El mejor gobierno es el que mejor se adapta al mayor número de ciudadanos; por tanto, no es la preferencia en sí de cada ciudadano el que constituye la forma de gobierno, sino son los valores que han formulado históricamente las estructuras sociales las que en definitiva motivan la construcción de este u otro tipo de institucionalidad política. De allí la comprobación de que los valores son el tamiz del pensamiento por cuyo través se cuelean las originalidades de la acción humana, se comprenden y se modifican de ser necesario (Cfr. Aristóteles, 1990, pp.79-88).

Como consecuencia, no se determina ideología sólo a la versión limitada del concepto sobre teleologías confrontadas como socialismo/capitalismo, aunque ellas se encuentran inmersas en el concepto mismo; antes bien, se hace referencia a esa parte de la subjetividad que se objetiva en la preferencia por una versión teleológica del mundo, es decir, y en lo que aquí corresponde, por un tipo específico de organización y jerarquía de los principios de una sociedad. Ante tal esclarecimiento retomamos el debate en torno a los juicios de valor.

Fue E. DURKHEIM, quien promovió la eliminación de una comprensión emotivista de la acción social:

Para que las ciencias sociales se apresuren a su independencia de la filosofía metafísica, es necesario que su objeto de estudio deje de ser metafísico y se convierta en un ser meramente físico, es decir, que las acciones individuales han de denominarse hechos y los actores sociales "cosas", de manera que la sistematización conceptual de las ciencias sociológicas se convierta en un espejo de la sistematización del actuar en la sociedad (...) aún en los casos en que mis acciones se encuentran acordes con mis sentimientos propios, y sienta interiormente su realidad, dicha realidad no deja de ser objetiva, pues no soy yo quien los ha inventado, sino que los he recibido a través de la educación social, de la costumbre y del Derecho que las reglamenta. (Durkheim, 1977 pp.46-47)

Un profundo abismo empezó a verse entonces entre la filosofía y la sociología, la imaginación se subordinaba al conocimiento sistematizado y empírico,

y las motivaciones de los investigadores -y de los sujetos bajo investigación- quedaría como parte de otra ciencia ética: la psicología.

No fue sino hasta los debates sobre la metodología de las ciencias sociales en Alemania, encabezada por W. DILTHEY, G. SIMMEL, M. WEBER, O. V. RANKE, entre otros, que las ciencias del espíritu empezaron a reconstruir las bases del Juicio sociológico sobre la verdadera función de la ideología en un sistema de objetos de estudio paralelamente subjetivo y objetivo. El punto álgido del debate de las ciencias del espíritu con el cual se dio paso a la transformación de las ciencias sociales y de la filosofía social alemana y posteriormente la Occidental, fue la disputa de MENDEL y SCHMOLLER: en su polémica ambos partieron de un supuesto común: el conocimiento científico técnico no puede ser otro sino el procedimiento de estructuración de un verdadero Juicio de representación coherente de los fenómenos empíricos. "El problema está en determinar en qué consiste el Juicio como tal y la representación como tal, es decir, en reconocer qué es lo esencial del juicio y que es lo esencial de lo que se tiene que conocer" (Weber, 1985, pp.XI-XII-XIV).

¿De quién será la idea de que las contribuciones de corto y mediano plazo de los investigadores sean dirigidos hacia un mismo sentido problemático, simplemente del Jefe de redacción de un revista especializada?. Si las ciencias empiezan por la problematización, entonces, por qué si son tan objetivas como se pretendió en el siglo XIX, siquiera la problematización puede ser resultado de la inmediatez del hecho social. Interesante pregunta weberiana sobre el problema de la objetividad de las ciencias sociales, a lo cual respondía:

En un mundo convulsionado por la ideología y constituido por ella, el pensar que la objetividad de las ciencias es absoluta, representa una ideología misma, los esfuerzos científico-conceptuales se dirigen objetivamente hacia un caso de estudio, lo que no se dirige objetivamente es el caso de estudio en sí mismo, este es parte de la cosmovisión del investigador, es parte de su demarcación, sólo él tendrá las respuestas a las interrogantes sobre los límites de su trabajo, sobre los recursos con los que cuenta y sobre sus hipótesis problemáticas y causales (...) El signo del carácter político social (y también jurídico) de un problema consiste, precisamente, en que no se le puede resolver sobre la base de meras consideraciones técnicas a partir de fines establecidos, y en que los criterios reguladores de valor pueden y deben ser puestos, lo que significa que dichos valores se encuentran en lo más

profundo del problema, de su ubicación y de su comprensión (Weber, 1973, p.45).

Por tal motivo, hablar de objetividad en las ciencias sociales (y, con ello, de objetividad y en los análisis políticos y jurídicos) es hablar de una etapa específica de la aprehensión de la realidad a través de conceptos sistematizados, y no de la totalidad del proceso de investigación. De esto se desprende que, aún en un sistema hipercodificado y conceptualizado rígidamente como las ciencias (y como el sistema codificado del Derecho de corte Romano-germano), cuya autoridad se muestra *cuasi* absoluta ante los que en ella hacen vida intelectual, los objetos de estudio (el actor social analizado) poseen un ámbito subjetivo de motivación y un objetivo de acción, ambos en paralelo, y el trabajo de las ciencias es la comprensión de ambas partes de la acción social, y ello desde el inicio hipotético de la aprehensión hasta su culminación y presentación para su validez a un auditorium. Es decir, que,

Comprendemos en fin, un acto social cualquiera, por sus motivaciones, cuando sabemos que en su base se encuentran los valores y sentimientos más profundos del individuo, esto es lo que se denomina la comprensión del curso real de la acción social; cuestión imposible de lograr si en el proceso mismo de comprensión no se encuentra un paralelismo propio entre las objetivaciones abstractas del hecho social convertido en tal, y las subjetividades a observar convertidas en motivaciones de la acción (Weber, 1977, pp.80-81).

Sin embargo, el positivismo jurídico al tiempo que limita la capacidad del individuo para realizar tareas que corresponden al sistema institucional, le otorga una capacidad suprema a este mismo individuo: la posibilidad de desligarse de un conjunto de valores con los cuales se ha formado su personalidad y la capacidad de integrarse al sistema de codificaciones como un subsistema no autopoietico ni autorreferente sino, antes bien, como un subsistema integrado en su totalidad con el sistema institucional, cuya acción estará signada por la aceptación de la autoridad única del sistema y, como consecuencia, su acción no dependerá de la voluntad y las motivaciones propias, sino que se propondría como una copia de la acción material de un sistema ideológico abstracto: la razón de las instituciones.

Así por ejemplo, en la discusión sobre la justicia H. KELSEN, realiza un proceso objetivo de objetivación de la realidad del Derecho y de la realidad de la Justicia en las sociedades occidentales:

La justicia es un ideal irracional. Por imprescindible que sea como meta de la sociedad civilizada, no es accesible al conocimiento científico. Solo el ordenamiento positivo del derecho puede ser aprehensible para la ciencia, puesto que ha eliminado la volición de los intereses y actos metafísicos de la ética y la moral del individuo. Justicia significa mera legalidad. Justo es que una regla general sea efectivamente aplicada a aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse. Esta es la representación máxima de una objetividad de la justicia, cualquier intento por transformar esta visión sería contraria y no entraría dentro de las posibilidades de aprehensión del conocimiento científico (Kelsen, 1995, p.15-17).

En este caso la acción del sujeto quedaría como simple apéndice de la actividad sistémica y el sistema social se convertiría en un sistema de formalizaciones, incluso de formalizaciones cosmovisionarias. Dichas formalizaciones son teleológicas; por tanto, los esfuerzos y las actividades de los sistemas particulares tendrán un único sentido, cual es el que designe el sistema institucional, y fuera de allí no existe nada, siquiera el entorno que, también, es parte integral del sistema. Como resultado, la propuesta del neopositivismo Popperiano y de la dialéctica crítica como lógicas de las ciencias sociales quedaría sin fundamento, debido a que, ni el *Juicio* de problematización empezaría a partir de un pensamiento deductivo, ni la realidad se presentaría como un paralelismo de objetividades y subjetividades necesarias de aprehender.

Lo anterior, es una de las consecuencias de asumir como metodología epistémica de análisis un positivismo rancio y estructuralista. Las instituciones se disponen a sí mismas como articulaciones racionales de intereses, ideologías y actividades humanas. Como consecuencia, cualquier intento de comprensión de dichos intereses, ideologías y actividades, debe prestar atención no a la motivación de las acciones mismas, sino a la información que las instituciones provean sobre esas acciones. El resultado de la comprensión se encierra a sí mismo en una única dirección, aunque en ambos sentidos limitativos: es benéfica o no, es buena o no, es

útil o desechable, es aceptable o no. Así, el positivismo reduce a su mínima expresión la posibilidad de desenvolvimiento del sujeto que es medio, fin, causa y efecto del estudio filosófico de la política, el Derecho y la sociedad.

La traducción de estos debates al *Juicio* institucional de los magistrados de justicia y de los administradores, propone la implicación del paralelismo entre el análisis de las motivaciones y justificaciones subjetivas como elementos constituyentes del sistema de decisión. Si el *Juicio* en definitiva se realiza sobre una situación social, donde sujetos sociales se interrelacionan de manera contradictoria, entonces el entendimiento de las motivaciones y justificaciones de estas posiciones contradictorias se convierte en necesario para demarcar los elementos conceptuales y normativos que serán utilizados en la etapa objetiva del *Juicio*, al tiempo que se propondría como metodología eficaz para la demarcación del problema en sí mismo, puesto que una interacción contradictoria no asume una posición unívoca, sino que presenta un conjunto de vectores que chocan tanto frontal como lateralmente. Consideración esta que es apoyada por Albert, quien confirma que,

Es fundamental que en la sociedad democrática actual, el ejercicio del Juicio del Estado no se base en la violencia y la autoridad absoluta de la soberanía, sino en la convicción, de la justificación por razones, en la práctica democrática de la discusión y la crítica (...) El Estado no puede tener el monopolio del sentido de las razones y de los significados de los hechos que dan cuenta de las concepciones del mundo (...) ahora el desarrollo de las convicciones racionales exige el pluralismo de las ideas, la libre discusión para garantizar el ejercicio de la libertad (Albert, 2002, p.12-13).

Esta aceptación de los valores en los procesos de formación de juicios objetivos jurídicos y políticos, no quiere decir que se traduzca en un apego exclusivo al cognoscitivismo ético criticado por los herederos de la teoría pura del Derecho. Alguna *Razón* han de tener los positivistas de que el orden y la cohesión social no se pueden discutir en sí mismos. Cuestión contraria, lo que sí se puede discutir y de hecho debe estar en discusión, es lo referente a los medios que el Derecho -y las instituciones políticas- tenga para dar respuesta a las contingencias y riesgos presentes en los procesos de reproducción de un orden social cohesionado. Si bien los valores son parte de la actividad del magistrado de justicia y del magistrado de la

administración, no pueden representar todo el andamiaje con que este cuenta para dar solución de los problemas de contradicción de voluntades presentes en la sociedad, pues de ser así, no contaría con el resguardo, la autoridad y el apoyo institucional sobre el que está fundada su actividad jurisdiccional o administrativa, esto es, el fundamento objetivo del ordenamiento jurídico, no los valores en sí mismos y considerados aisladamente de dicho ordenamiento.

Al contrario, esta aceptación de los valores como integrantes de un proceso complejo, pero limitado en espacio y tiempo, dentro de otro proceso más complejo de Juicio, acepta la incrustación real de valores subjetivos en las decisiones jurídicas y políticas, pero las limita a una etapa inicial, una etapa que comienza como un proceso cognoscitivo subjetivo -como todos los procesos de decisión- pero que culmina como un proceso de razones objetivas y plurales dentro de las normas del marco institucional.

3.2. Los Juicios con arreglo a valores.

La travesía de los valores no se detiene en la etapa inicial de los procesos de decisión, pues mantienen su sentido, aunque con un significado y con grados de autoridad de significado distintos a los de aquella primera etapa. Una vez conseguida la implantación de la originalidad valorativa, que denota el singular de las aprehensiones de la realidad, se procede a un juicio con arreglo a valores, es decir, a un juicio que aún estando sustentado en valores no se sustenta de manera integral ni total en estos. Dichos juicios hacen referencia a las consideraciones de autonomía del sujeto que aprehende el objeto de estudio para planificar las vías y directrices de su investigación. En este punto, resulta necesario aclarar lo que aquí se discute sobre el tema de las valoraciones y de la lógica de las ciencias sociológicas y económicas: En ningún caso debe confundirse la cuestión de la integración de los valores prácticos en el proceso de investigación con la necesidad de imparcialidad lógica de las ciencias empíricas sobre el objetivo conclusivo, resultado del Juicio de la investigación. Las primeras valoraciones prácticas hacen referencia a los grados de autonomía para

determinar cuál de las concepciones dadas se utilizarán, cuál de las informaciones dadas serán revisadas y con qué grado de criticabilidad; las segundas hacen referencia a la esencia misma de dichas metodologías e informaciones y a los límites de sentido y significado que en ellas están inscritas, que son necesariamente intocables.

La incapacidad de intelecto para determinar universales-universales, es decir, universales que se apliquen a todos los objetos de estudio de la misma forma, con el mismo contenido, sugiere la imprescindibilidad de contraer cognoscitivamente los diversos sentidos de dirección y de significado que ha tomado en el mundo de la vida el objeto de estudio. Así, una primera inferencia del Juicio con arreglo a valores se supone como un juicio sintético a priori, es decir, como un juicio que sólo puede ser demostrado y fundado sobre una sistematización ya predispuesta, sobre otra teoría sintética. Este es el primer paso hacia la objetivación del juicio de valor, puesto que, los valores tienden a desaparecer ante la presencia de un sintético a priori (Cfr. Weber, 1973, p.236).

La universalidad como *singular* del objeto de estudio se presenta como el centro neurálgico del proceso de formación de juicios, es decir, la originalidad propia de acciones de este tipo y de contradicciones de este tipo, promueve que los esfuerzos de la investigación de la realidad se conviertan en actividades de limitación y actividades limitadas: de *limitación*, gracias al proceso de demarcación del objeto de estudio y de los elementos conceptuales que se han de desarrollar para la aprehensión de dicho objeto. *Limitadas*, en el sentido de su alcance dentro de las relaciones de contradicción real presentadas: qué es lo que se va a abarcar, cómo se abarcará y bajo qué principios del sistema conceptual que se ha preferido utilizar. En definitiva, M. WEBER, afirmaba que,

Los juicios con arreglo a valores son prescripciones de jerarquía y organización, es decir, su función es ordenar, colocar mayor o menor peso sobre tal o cual acción, o sobre tal o cual concepción. Sin embargo, y a pesar de estas prescripciones subjetivas, el Juicio de objetividad no se desvanece, pues permanece en el interior de aquello que se ha organizado y jerarquizado, pero que no se ha tocado en su esencia misma (Weber, 1973, p.291).

La información proporcionada por el mundo de la vida y su referencia al objeto de estudio puede encontrarse a merced de una cognoscitivización ética de sus contenidos; sin embargo, estos juicios no son juicios de valor en absoluto como se pretendió explicar en un principio, sino que son juicios con arreglo a valores, donde dichos valores se limitan a la escogencia de presupuestos ya establecidos, a la reorganización de sus elementos sin cambiarlos, y a la transformación de dichos conceptos con una justificación específicamente racional de las causas y los alcances de dicha transformación, estas premisas con apoyadas por K. POPPER,

Un proceso de investigación satisfactorio para las ciencias tendría que contener, además de una fórmula conclusiva bien formulada, su propia negación; y puesto que deberá contener inferencias universales, deberá contener también inferencias existenciales que permitan dilucidar aquellas cualidades que aún cuando no afecten en definitiva dichas inferencias universales, estas no logran sistematizarlas. (Popper, 1994, p.232).

La información no se muestra permeabilizada por los valores del sujeto observante, sino que se muestra como un bloque sintético cuya única permeabilización es la posición y los grados de autoridad que se le asignen dentro del proceso de construcción de inferencias parciales sobre el sentido de la investigación. El *Juicio* en este contexto se convertiría en un proceso de formación de juicios de escogencia sobre presupuestos ya dados, y no sobre presupuestos nuevos o reconstruidos; juicios de escogencia simple y coherente sobre los fundamentos de actuación para la decisión, sobre los elementos de juicio a utilizar y, en fin, sobre los principios a respetar o a ignorar.

Sin embargo, y a pesar de estas objetivaciones por incapacidad de transformar los elementos conceptuales sin una base sólida, el juicio sigue teniendo arreglos a valores: en la contrastación con otras teorías y con la realidad -realizada a través de un sistema de corroboración experimental inductiva-, existe la posibilidad de encontrar anomalías e incoherencias mínimas, que aún cuando no sean suficientes para desmontar el andamiaje científico de observación y aprehensión, son necesarias de acotar como cualidades externas del objeto de estudio, cualidades que en su debido tiempo y bajo sus debidas razones deberían ser aprehendidas como complementación

del proceso de juicio que se ha llevado a cabo para formular una conclusión determinada. Correspondería al Juicio con arreglo a valores precisar estas incoherencias y anomalías, al tiempo que asumiría una posición de responsabilidad ante ellas, en tanto que,

Necesariamente los objetos de estudio aunque no hablen por sí mismos, establecen por sí mismos los límites de su propia complejidad. A partir de este establecimiento se empiezan a abrir canales de información entre el objeto de estudio y la metodología de investigación con que se pretende aprehender, y el resultado es una comprensión parcial de lo que la complejidad del objeto de estudio ha mostrado, y nada más; si se procede de modo contrario, se perdería la objetividad propia de los enunciados conclusivos, cuestión común en los estudios sociales que pretenden no limitarse ellos mismos así como el objeto se ha autolimitado por los límites de su propia complejidad. En Otras palabras, así como en los objetos de estudio la completitud de sí mismos no deviene de un privilegiado lugar interior, así también el sistema de las ciencias no debería tratar de encontrarlo por sí mismo, y menos cuando se ha escindido en tantas disciplinas, pues hacerlo sería echar por la borda tantos años de construcción científica, lo que constituiría un verdadero desperdicio para la razón humana (Luhmann, 1994, pp.67-68).

3.3. Sobre los Juicios Objetivos.

Siguiendo la metodología del Juicio planteada por la sociología, quedaría por discernir los contrastes objetivos del Juicio. Una vez elegidos valorativamente el problema y los elementos conceptuales, se procedería a establecer los canales de comunicación con el mundo de la vida, de manera que se pueda extraer de ella un sistema de información eficaz para construir las razones de la conclusión. A partir de allí, tanto la información como los sentidos y significados que vaya asumiendo el problema planteado se suponen meramente objetivos, es decir, a partir de aquí la validez de los enunciados de información y de la relación de analogía conceptual entre el nivel normativo y el nivel fáctico debe ser fundada en la demostración de los enunciados a través de su cercanía descriptivo-aprehensiva con la realidad.

De entre todas las teorías que han abordado este asunto de manera similar, la teoría de la acción comunicativa ha sido la que más empeño ha colocado en hacer la distinción entre una necesidad de validez consensual y una validez objetiva. La validez consensual implica el poder del argumento comunicativo sustentado en razones de suficiente peso como para dar cuenta parcial de representar la mejor

opción de solución al problema planteado en los límites de espacio y tiempo definidos como contexto de discusión. La validez objetiva tiene los mismos límites espacio-temporales; sin embargo, posee fundamentos que no devienen del poder (epistémico) traducido argumentalmente, sino del poder autorreferente contenido en el objeto mismo sobre el cual se ha tratado de establecer la comunicación (Cfr. Habermas, 2002, p.28).

En esta etapa, la lógica de los valores tiene que disolverse especialmente a través de aquella mencionada subordinación de la imaginación a las leyes de la experiencia, pero sólo en esta etapa. Esta es la etapa que convierte al juicio en un juicio positivo, pero tiene sus limitaciones espacio-temporales a esta sola etapa del proceso de formación de conclusiones racionales de justificación de enunciados conclusivos.

La imaginación valorativa ya ha establecido los vínculos limitativos necesarios para una comprensión adecuada del objeto observado, ha cumplido su labor y descansa para dar paso a la objetividad de la comunicación que, aunque no sea completa objetividad, puede ser corroborada sistemáticamente de manera empírica (Comte, 1984, pp.115-116).

Las premisas mayores servirán como supuestos axiomáticos sobre los cuales conceptualizar y sistematizar la información proveniente del mundo de la vida. La premisa menor supone el hecho de determinar los contenidos de la información, el significado y la autoridad del significado de cada contenido, contrastándolo con sus formas de sentido y sus relaciones con el referente objetivo, de manera que, al realizar dicha contrastación, esta sea promovida a un método de control de las posibles extensiones del juicio valorativo.

En el intento de construir un modelo neopositivista analítico del razonamiento judicial, P. COMANDUCCI, expresa que,

Aunque se busque una alternativa al modelo de razonamiento sin razonamientos justificativos más allá que la propia vigencia del Ordenamiento jurídico al modo expuesto por Kelsen, sería necesario reconsiderarlo para reafirmar la posición imprescindible que en un sistema democrático y en un Estado Social de Derecho juega la premisa mayor sustentada sobre la base del ordenamiento jurídico normado. Sin dicha base axiomática, se podría correr el peligro de no establecer límites al sentido y significado de la norma prefijada, único medio

que se tiene hasta el momento para no caer en un cognoscitivismo ético puro y rancio (Comanducci, 2004, p.73).

Cada información debe proveer un sentido y dirección específica que debe concordar con el sentido y significado de los supuestos normativos sobre los cuales se ha basado la premisa mayor. La no injerencia de los valores en las contrastaciones de la información con los supuestos a priori conceptuales, permite la formación de un *Juicio* acertado sobre el significado de las mismas normas y el significado de las informaciones particulares -desde la perspectiva indicada en el texto, la consecuencia sería que conocemos las normas en el sentido propio de las concepciones normativas acogidas por el ordenamiento jurídico en cuestión y, a su vez, conocemos los hechos en el sentido propio que la información presenta de suyo-. Cada razón posterior de justificación a la conclusión a la que se pretende llegar, estaría así, pues, compuesta de un dato fáctico real sobre el cual incardinar las razones de justificación, de manera que las falsaciones a estas (a las razones de justificación) no sean solamente a priori, y compuesta de un sistema conceptual que permitió destilar los datos fácticos precisos del conjunto inmenso de informaciones relacionadas y escogidas a partir del Juicio con arreglo a valores.

En la casi exclusiva objeción de CANARIS hacia Kant, el autor asume posición con respecto al apriorismo contenido en las teorías jurídicas contemporáneas. Así,

Una vez concedido el honor a una teoría, en el sentido de integrar el auditorium científico del Derecho, la consecuencia casi inmediata es que las incoherencias de las teorías no se muestran ante la misma teoría, puesto que ante la ciencia los contenidos a priori suelen ser comprobables sintéticamente; Sin embargo, ello no obstante, a lo largo de su carrera de ejercicio en la función jurisdiccional empiezan, prontamente, a aparecer las inconsistencias e incoherencias, demostrables exclusivamente en la práctica confrontación y verificación con la realidad (Canaris, 1995, p.67-68).

Estos juicios corresponden a la última etapa del proceso de decisión y no (como supone el positivismo) a la totalidad de las etapas de la decisión. De manera similar, los dos juicios anteriores (juicios de valor y juicios con arreglo a valores)

corresponden a etapas específicas y limitadas del proceso de decisión y no a etapas de contraste de la totalidad de informaciones y de la totalidad de premisas sobre las cuales se ha fundamentado la investigación.

4. Sobre el Juicio Jurídico en Particular.

P. COMANDUCCI, ha afirmado que, “la lógica triádica constituida por el Derecho a partir de una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión, representa la base fundamental de las decisiones de la jurisdicción institucional; a esta trilogía exclusivista puede denominarse silogismo práctico” (Comanducci, 2004, p.63). Puede entenderse a este, como justificación de normas y valores en el ámbito ético². Se ha tratado de establecer la validez del silogismo sobre una premisa prescriptiva de verdad o falsedad, de la cual siempre ha salido bien librado el silogismo al afirmar que: “en un silogismo práctico (al menos) la premisa mayor y la conclusión están constituidas por normas y que, por ser estos enunciados interpretados desde una perspectiva no cognoscitivista, no se puede predicar su validez a través de la verdad o la falsedad” (Comanducci, 2004, p.68).

Según los positivistas las normas y conclusiones son enunciados prescriptivos y, como tales, no son aprehensibles desde las perspectivas de verdad o falsedad. Han sido producto de un proceso legislativo institucional, y una interpretación o transformación de sus bases fundamentales sólo será posible a través de un proceso de corte similarmente institucional (Comanducci, 2004, p.68). En particular, desde esta perspectiva el silogismo jurídico encuentra su propia consistencia en la consistencia lógica del silogismo judicial, esto es, del silogismo que en su configuración tradicional tiene como premisa mayor una norma jurídica válida general y abstracta; como premisa menor la descripción de un caso concreto; y, como conclusión, una norma individual y correcta que constituye lo dispuesto en la sentencia, valiéndose de la teoría pura del Derecho. Estos autores han eliminado las

posibilidades de crear vías de comunicación idóneas entre el hecho en sí, objeto del proceso de Juicio jurídico, y la capacidad cognitiva de los responsables del Juicio.

De esta manera, positivistas, cognoscitivistas radicales y analíticos, han cercenado el fundamento propio del proceso de comunicación objetiva desde el objeto de estudio hacia el observador de dicho objeto, sobrepasando la misma ley del empirismo sobre la cual, todo conocimiento parte del dato fáctico y de la experiencia transpsicológica que este pueda proveer (esto es, el entendimiento). La experiencia debe pasar por un trasluz de tres pruebas lógicas para convertirse en conocimiento científico, semejantes a las pruebas de comprobación de los teoremas matemáticos. Sin embargo, en el momento en que las pruebas no se sustentan sobre bases experienciales, es decir, sobre la completitud de la fenomenología que se pretende comprobar, en ese momento ya no existe comprobación, y el proceso de las tres pruebas es detenido. Esto sucede consecuentemente con la metafísica y la ética, donde una vez diseñado el objeto de comprobación, su fenomenología no se muestra completamente, sino por partes, negando la posibilidad de ofrecer suficiente información para obtener de ella datos de comprobación (Cfr, Lakatos, 1981, p.91-92).

4.1. El Juicio jurídico y su relación con el positivismo epistemológico.

El juez boca de Ley supone la eliminación de los contrastes del hecho mismo con la premisa mayor; la premisa mayor sirve no como elemento de fundamentación, sino como elemento de control de los procesos de juicio desde el ámbito valorativo y con arreglo a valores. De esta forma, la información que debería ser contrastada con los instrumentos conceptuales, si bien es aprehendida por ellos, no siempre es funcionalmente operativa ni comunicativa, puesto que al funcionar como método de control, tienen en su haber sólo conceptos limitativos y como consecuencia prohibitivos, es decir, no son elementos *a priori* para conceptuar buscando esencias y

significados del *hecho en sí*, sino que se suponen como mecanismos de *limitación del sentido y el significado del hecho en sí*, otorgándole su propia autoridad limitativa al significado de la información que propone el hecho.

Uno de los grandes problemas con que se enfrentaban las ciencias del espíritu de la Alemania de principios de siglo XX, era la incapacidad del hecho histórico pasado de ofrecer por sí mismo información sobre su esencia, su origen y los procesos de desenvolvimiento. Correspondió a DILTHEY, construir, basándose en los estudios de Charles Pierce sobre pragmatismo, una metodología pragmatista para "hacer hablar al hecho histórico"; esta metodología, siendo recuperada por la Escuela de la Sociología histórica, se denomina el Contextualismo, definido como la interpretación del hecho en sus propias dimensiones e intencionalidades a través de las respuestas que el hecho produzca en el contexto histórico definido. Aún en lo que respecta a un hecho histórico pasado, la relación comunicativa no se puede desvanecer forzosamente. (Cfr. Skinner, p. 1998, p.24).

De esta manera se presupone la información como un hecho físico y no como un hecho social donde las motivaciones deben ser aprehendidas, presuponiéndose una motivación universal para un conjunto de hechos particulares con sus propias lógicas individuales de intensidad, contexto y jerarquía.

Al conceptualizar la información y la comunicación entre hecho en sí y entre categorías normativas como un hecho social durkheimiano, es decir, como una cosa objetiva sin motivación, el positivismo presupone que al partir dicho hecho desde una condición estructural, sólo otra condición normativa estructural podría aprehenderlo en su justa proporción. Pero esto es una falacia, a la vista de que la aprehensión se convertiría en una conclusión estructural, donde la funcionalidad, la coherencia, y la esencia del hecho, quedarían fuera de tal aprehensión, al ser estas categorías pluralistas, particulares y originales.

Es como si se tratara de volver a aquel superado principio de la razón total, es decir, como si se pretendiera que una única razón se propusiera como abarcadora de las motivaciones de una acción social contradictoria, asumiendo que todas las directrices de acción se enfrentan frontalmente con una misma intensidad (Cfr. Albert, 1973, p.71).. Por ende, la premisa mayor no se supone como una verdadera premisa lógica de corroboración -aunque sea solamente prohibitiva- por contraste con la premisa menor a través de las vías de comunicación por conceptualización que se hayan abierto entre esta y la primera.

La comunicación de la información del *ser* de acción no se transfiere como información de contraste y corroboración, siquiera como información de demarcación. La premisa mayor, por sus propias características inherentes, posee un conjunto de *elementos prescriptivos que colocan al hecho en sí en un conjunto de límites de los cuales, aún excediéndolos, fácticamente no podría salirse.*

Esta es una de las características principales de la herencia kelseniana al Derecho. En el momento en que H. KELSEN, escribía su teoría pura del Derecho, se producía una gran disputa en la filosofía jurídica alemana: era necesario encontrar un conveniente y análogo concepto de soberanía del Estado racional, semejante al propuesto de J. BODINO, en sus *seis libros sobre la República*. La soberanía debía disponerse como el fundamento de legitimidad legal-racional y como fundamento de validez trascendental de la autoridad del Estado. Para lograr en la práctica la institucionalización de la soberanía, era necesario eliminar toda oposición, y el Derecho se debía presentar *únicamente* como una fórmula mágica de prescripciones, controles internos a la administración, y, en fin, controles externos a las acciones de los ciudadanos sujetos al ordenamiento. Traducido a la ciencia, esto significó la instauración positivista de una soberanía conceptual autorreferente en el Derecho, con lo cual, se podría formular. Todo dentro del Derecho como ordenamiento jurídico, y difícilmente nada fuere de este

En tanto, la premisa mayor sea una consideración de la máxima expresión de la razón constitucional, donde enraíza su validez, en tanto, se colocará como único fundamento del Juicio, y por consiguiente, excluirá, basado en la premisa de ser la máxima expresión de la razón, al entendimiento, es decir, a las *conexiones* que necesariamente se han de formar entre el mundo material de la confrontación fáctica y el mundo presupuesto a priori de la prescripción normativa; por ello, acota ALBERT,

La época de las revoluciones sociales de los setenta y ochenta del siglo XX en Occidente, mostraron que las instituciones ya no podrían subsumir la legitimidad a su expresión legal racional de manera unívoca. Ante tal situación, afirmar como lo hacen algunos positivistas, de que la validez es resultado de la vigencia, se muestra hoy como premisa insuficiente para legitimar la totalidad abarcadora del Ordenamiento jurídico. Esa totalidad deberá, ahora, estar signada por la siguiente crítica: "la justificación de un Juicio que pretende abarcarlo, regularlo y normarlo todo, a base del retroceso a un único fundamento seguro descansaría siempre en una ilusión (...) puesto que la existencia de un conocimiento último y la representación de su no cuestionabilidad devinieron pronto problemáticas, mostrándose la necesidad de su interpretación, sin la cual, no podrían lograr ningún significado cognitivo (Albert, 2002, p.43).

De manera tal que, el objeto por aprehender no sería un objeto en sí, sino un objeto colocado físicamente frente a la prescripción normativa, cuyo fundamento y conclusión sería una prescripción misma. Ahora bien, el problema aquí radica en que ni todos los objetos tendrían la posibilidad de confrontarse frontalmente en sus directrices de sentido y significado constitutivas, ni tienen su basamento en la prescripción como fundamento de motivación, cuestión que de hacerse válida encontraría una tautología en la frase inicial de nuestros códigos jurídicos "el desconocimiento de la Ley no exime su incumplimiento". La cuestión tautológica consiste en lo siguiente: si todo en el hecho obedece a las prescripciones normativas, ¿porqué existe la posibilidad formal de que el hecho en sí desconozca su propio basamento y, con ello, se llegue a la necesidad de colocar en los códigos la frase según la cual 'la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento'?. Y es que, en efecto, si en materia de hechos todo es prescripción, va de suyo que esta frase sería tautológica o, cuando menos, redundante y, por tanto, innecesaria.

4.2. Del Juicio convencional a la Garantía que preserva el Juicio.

Ha sido L. FERRAJOLI, quien propone una nueva sistematización del procedimiento de decisión a través de un juicio basado en un silogismo práctico. Así, el juez aún siendo boca de la ley, tiene en su haber un conjunto de herramientas suficientes como para volver sus razones frente a normas vigentes pero no necesariamente válidas. Con L. FERRAJOLI, se elimina aquella desfasada y totalitaria analogía sobre vigencia y validez de la norma: La garantía de los derechos fundamentales no puede aceptar para sí, que la simple vigencia de una norma pueda convertirse análogamente en una validez por sí misma. En el presente se recuerdan las disputas ilustradas de aquellos que, pretendiendo suplantar validez por vigencia, deseaban mantener un decisionismo jurisdiccional, contra aquellos que apelaban a razones prácticas y pluralistas para garantizar que al menos los derechos de libertad no fueran desplazados por el consentimiento unilateral de un magistrado de justicia. (Cfr. Ferrajoli, 2001, pp.91-117).

Ante la insuficiencia de validez total de las instituciones del Poder Judicial, las razones a las cuales se apela en el momento de legislación se han de mostrar como razones suficientes pero no totales para designar los fundamentos de validez del ordenamiento en su totalidad o de partes específicas del ordenamiento. La razón ya no puede observarse volterianamente como validez por verdad, o como verdad misma, siquiera la verdad es el único fundamento de validez presente en nuestra contemporaneidad. Aunque en su *Diccionario filosófico* Voltaire paralelizaba razón y verdad, en su pasaje sobre el hombre que siempre tenía la razón y la utilizaba para decirles a los gobernantes críticamente que las deficiencias de sus mandatos eran demasiadas; Voltaire expresa que este hombre siempre tuvo la razón hasta su condena a muerte, puesto que de hecho, las deficiencias de los gobernantes a los que criticó eran verdad (Cfr. Voltaire, 2000, p.491-492).

Bajo el imperio del positivismo jurídico (con su correlato, la teoría pura del Derecho) la norma era la máxima expresión de la razón y, con ello, fundamento no sólo de vigencia sino, además, de la validez jurídica; sin embargo, hoy día es imposible sostener que la vigencia de la norma sea la máxima expresión de la validez, y de ahí que será su relación con el relativismo, propio de los procesos de formación de razones de validez, la que mostrará el insuficiente sustento de las premisas mayores asumidas (a los efectos del juicio) como fundadas sobre razones universales, cuyo poder (hasta el fenecimiento de la corriente positivista) se extendía hasta abarcar y delimitar prescriptivamente las constelaciones de hechos a los que se acude como premisa menor.

Sería difícil mostrar una alternativa segura, confiable e inmediata que suprima los fundamentos del ordenamiento jurídico-administrativo positivo. Sin embargo, no es tarea imposible, sino sólo difícil. La tiranía de la relatividad se ha trasladado a las ciencias sociales, a lo cual se ha sumado la práctica de la heurística filosófica del conocimiento técnico proveniente de la física cuántica. De tal forma que, el fundamento arquemidiano sobre el que se encuentra sólidamente sustentado el positivismo jurídico y científico, ya no puede ser unívoco, sino que ha de adscribirse a la pluralidad en que se ha derivado la razón práctica, alejándolo del totalitarismo que representa el poder absoluto de una soberanía de la norma prescriptiva en la institución jurisdiccional. En esto consiste la tarea de readaptar el gran proyecto jurídico de la ilustración, procurando superar sus deficiencias, que, al tiempo presente, le impedirían dar cuenta adecuada de la complejidad jurídica actual.

Las intensidades y las jerarquías de sentido y significado empezarían a convertirse en informaciones que, a través de un medio de comunicación comprensivo, servirían para conformar un verdadero silogismo práctico, *donde existan niveles de prescripción específicos en las premisas mayor y menor y en la conclusión, pero donde también existan niveles específicos de comunicación y contraste entre la premisa menor y la premisa mayor, de manera que, en la*

formación de razones de validez se encuentre contenida la información contrastada de la premisa mayor vigente, y la información corroborada de la premisa menor, cuya conclusión ahora no será una simple conclusión meramente prescriptiva prohibitiva sino también una conclusión prescriptiva garantista, aseguradora de la pertinencia preminente de los principios fundamentales.

De tal suerte que, el Juicio como acción de decisión política y jurídica, se encontraría en un verdadero punto intermedio entre, por un lado, la razón apegada a una Ley moral de los principios fundamentales y de la pluralidad y el antiautoritarismo, y por otro, un entendimiento de la premisa menor, en su contenido corroborado que establezca relaciones informativo-comunicativas de verificación en dirección hacia los parámetros de fundamentación de una premisa mayor.

5. Decisiones, aplicaciones y democratizaciones del Juicio jurídico y político. Los límites de la construcción de razones de juicio.

La escuela Italiana del Derecho ha convenido en afirmar que la sepultura de la razón de existencia de un juez institucional se residencia en la aceptación, por parte del juez a los efectos de los procesos de decisión jurídica –e incluso política-, de la opinión pública de los ciudadanos en el contexto de un régimen democrático. La opinión pública aún sigue viéndose como *doxa*, como enunciados cuya validez es su propia existencia, no su lógica de construcción de significados ni de sentidos. En tanto esta situación persista, queda demostrado para los miembros de la Escuela jurídica analítica italiana que la opinión pública, por más que Habermas la haya tratado de enderezar en sus modelos de *asedio* y *exclusas*³, no debe convertirse en

³ El modelo de acción comunicativa democrática habermasiano ha evolucionado en dos modelos prácticos de participación y deliberación ciudadana; en el modelo de *asedio* los ciudadanos ejercen, mediante la acción política deliberativa una presión adicional sobre la opinión pública y las estructuras encargadas de distribuir sus volúmenes de información, con ello, pretenden hacerse escuchar por las instituciones; en el modelo de *exclusas*, los ciudadanos y las instituciones empiezan a ser observados como centros democráticos y periferias democráticas, el Parlamento, lugar donde reside la mayor responsabilidad representativa, y que al mismo tiempo ejerce la función de la legislación del Derecho, es sometido a la presión de la periferia, quien exige continuamente al Parlamento, para que diputados y senadores diseñen un sistema normativo que permita escucharlos en su justa proporción, aunque no necesariamente esto represente una relación más receptiva entre Parlamento y ciudadanos,

parte de las razones de fundamentación de las decisiones de los jueces.

Por su parte el Constitucionalista Inglés E. BURKE, era partidario algunas de las apreciaciones que hoy realiza la Escuela de la Filosofía Analítica del Derecho italiana. El autor afirmaba que, existen procesos de control y cohesión social en los cuales sólo la soberanía administrativa de las instituciones del poder judicial y del poder ejecutivo tienen cabida. La opinión pública proviene de un consenso producto no de la discusión libre de razones comunicativas, sino de la sumatoria de preferencias por razones en cuya formación los ciudadanos no han tenido injerencia. De esta manera el Modelo de *Esclusas y de Asedio* de la política expuesto por J. HABERMAS, atraviesa hoy la triste convicción de que operativamente es hiperlimitada, en tanto que los principios de publicidad de las razones del ciudadano no se hacen presentes, al igual que los imperativos de razón y consenso no aparecen en el supuesto pluralismo del cual se origina la opinión pública.

Sin embargo, al reconocer tan radicalmente las contraindicaciones de la opinión pública en el enlace razón institucional y opinión, los teóricos italianos desmontan las vías de comunicación y representación de los ciudadanos con las instituciones públicas, no sólo con las del Poder Judicial.

Esta es una de las contradicciones importantes entre los miembros de la Escuela italiana analítica del derecho. El modelo Garantista que pretende construir L. FERRAJOLI, es partidario de la no eliminación de las vías de comunicación expresas entre los ciudadanos y sus instituciones, especialmente sus instituciones judiciales. Pero al contrario de lo expuesto por el modelo Habermasiano, para FERRAJOLI,

El contenido de la comunicación no es la opinión pública ciudadano, el cual podría verse como resultado de la libertad de expresión constitucionalmente garantizada; sino que el contenido de la comunicación estará centrado en los derechos fundamentales mismos, que llevan los ciudadanos en su desenvolvimiento propio (Ferrajoli, 2001, p.851)

puesto que junto con el Derecho, la política funciona como un modelo de esclusas, que determinan los

La representación se convierte en un medio de validación de las democracias occidentales procedimentales. Los controles del Derecho Administrativo se suponen como suficientes para recordar a los administradores públicos que una de las funciones principales de sus cargos es la representación política, externa al espacio temporal de elecciones. La entrega de cuentas no ha salido aún del enclaustramiento parlamentario y del enclaustramiento judicial; es a estos poderes y no a los ciudadanos a quienes los políticos y magistrados deben ofrecer razones de su actuación, y como consecuencia se produce una vuelta a visión leviathánica del Estado.

Esta es una de las objeciones que los teóricos de la democracia hacen a los pragmatistas como RORTY. La democracia Occidental, al menos las constitucionales, son todas democracias representativas y, por tanto, las razones de justificación no son parte de la *accountability* –entrega de cuentas– para con los ciudadanos, sino parte de los procesos de control administrativo y parlamentario del Estado. Sin embargo, RORTY, radicaliza la influencia de la democracia dentro del esquema valorativo de las acciones de magistrados de justicia y de magistrados de la administración. La facticidad del sistema representativo promueve que las razones del Juicio en Derecho se hagan siguiendo los parámetros del Derecho administrativo y de los controles de los procesos de decisión judicial, con lo cual, o se transforman los parámetros del ordenamiento desde dentro de sí, o se debería apelar a una política deliberativa que permita una *accountability* externa a las instituciones como condición necesaria de la legitimidad y validez de las decisiones de los magistrados. (Cfr. Sartori, 1998, p.6)

T. HOBBS, era partidario de esta visión de las instituciones y los administradores: “Las razones de las instituciones son razones de legitimidad y soberanía, la primera viene dada por la validez de la autoridad ejercida para el bien de la sociedad, la segunda viene dada por la utilización exclusiva de las instituciones del

in puts y los out puts definitivos.

poder de vinculación de una decisión administrativa; como consecuencia el pueblo, esa amalgama corruptible no encuentra los medios para corromper a las instituciones, desligándose la praxis más importante de todas en un sociedad civil, la praxis política de cualquier pretensión de corruptibilidad” (Hobbes, 1992, p.66).

Fue C. SCHMITT, el primero en reconocer los avatares de esta primera situación:

El Estado hobbesiano está fundado en incorregibles principios de autoridad, pero está basado en muy corruptibles principios de soberanía. El Estado se encontraba superpuesto sobre la sociedad y hasta ese momento la función política se encontraba soberanamente autónoma; sin embargo, las vías de comunicación de la sociedad civil para con las instituciones se han transformado y como consecuencia esa superposición en la cual se había establecido la soberanía y la legitimidad hobbesiana se ha volcado contra el Estado. La representatividad como fenómeno perverso de Occidente, ha promovido a la opinión pública - formada sin razones de autoridad- como el mecanismo de comunicación privilegiado -más bien de petición- entre la sociedad civil y el Estado, la soberanía de las instituciones públicas se disuelve en el amorfo ‘pueblo’ -a través de las funciones de reparación de sus daños estructurales- colonizando la sociedad civil la autonomía de la praxis política soberana (...) En realidad es el Estado total, que ya no conoce nada que no pueda considerarse como absolutamente apolítico (...) pero al contrario el reconocimiento de lo apolítico no implica que los objetos observados se autoconceptualicen y reformen como políticos, sino que, los conceptos y categorías de la praxis política se dilatan de tal manera que pierden su esencia en lo político, llegando a convertirse en instituciones neutrales ante la sociedad (...) nada más lejano a lo que debe ser una institución política (Schmitt, 1991, p.55)

Pero este Estado empieza a ser legítimo para la economía, y pierde su capacidad legitimadora a través de su función política, el Derecho es uno de los más afectados, las prescripciones no tienen soporte fáctico de garantía y la ordenación de la sociedad en un sistema de identidad nacional y de cohesión social empieza a tambalear. Por este motivo, la solución dada por Hobbes no representa una solución política eficaz al problema de la colonización corporativa de la opinión pública del pueblo, y más ineficaz es la representada por la construcción de un Estado que ha disuelto su soberanía en el pueblo, y que al momento de presentarse el anarquismo y el caos no cuenta con las herramientas necesarias para paliar la crisis repetitiva que ambas soluciones reproducen.

Las consecuencias de la neutralidad del Estado, no hacen referencia a las aplicaciones conceptuales del liberalismo decimonónico sobre la relación causa efecto: mayor libertad-intervención neutral del Estado. Pero si hacen referencia a la

pérdida del sentido de la praxis institucional: en el Estado que se deja colonizar, el Estado total, el Estado que resuelve todos los problemas de la sociedad, especialmente aquellos problemas que no pertenecen al mundo de la política, las instituciones prontamente se desgastan y la corrupción de las corporaciones llena a los magistrados, legisladores y directores, como consecuencia, las instituciones son obligadas por un Derecho -no de racionalidad jurídico-política, sino de racionalidad económico-corporativa- a respetar los espacios de libertad de los individuos, aún cuando estos espacios degraden la fortaleza necesaria de las instituciones del Estado (Cfr. Schmitt, 1991, p.189)

Ha sido J. HABERMAS quien, partiendo desde las críticas de C. SCHMITT, propone una solución a la problemática de la expulsión a través de la representatividad, de la opinión pública de la ciudadanía. HABERMAS afirma que El espacio público de la modernidad no ha conseguido un mecanismo de integración realmente eficiente en la esfera institucional. Ni los ciudadanos se sienten comprometidos con sus instituciones, ni las instituciones con sus ciudadanos, y como consecuencia las preferencias de las políticas públicas se convierten en las mínimas necesarias para el mantenimiento de frágiles niveles de cohesión social” (Habermas, 1995, p.117-119).

El nacimiento de la esfera pública moderna, es un nacimiento ilustrado, es decir, un nacimiento llevado a cabo por la élite poseedora de la razón, quien una vez configurada la forma y el contenido de la esfera pública aún guarda el compromiso de construir las vías no elitescas de acceso a ella. Como consecuencia ya el magistrado de justicia y el magistrado de la Administración, no tienen que compensar sus esfuerzos partidistas con las virtudes políticas expuestas por la filosofía clásica moderna y antigua.

Por su parte, E. BURKE afirmaba que,

Una de las virtudes del político y del magistrado de justicia era la posibilidad de distinción entre las diatribas del pueblo y la opinión pública de los ciudadanos, en el momento en que tal distinción se realice las consideraciones sobre lo que hay que implementar como

50

de comunicación entre el ciudadano común interesado en la política, y las instituciones desinteresadas por los ciudadanos.

El otro modelo propuesto por la acción comunicativa y la política deliberativa que integra a la ciudadanía es el modelo de esclusas, se denomina así puesto que: Al constar el sistema político en términos del Estado de Derecho, de un centro y una periferia; para que los ciudadanos puedan ejercer influencia sobre el centro, es decir, sobre el Parlamento, sobre los Tribunales y sobre la Administración, los flujos de

51

política de gobierno o hacia donde se deben dirigir las acciones de la legislación y de la jurisdicción tendrán un sentido bien establecido, y la cohesión de la sociedad se convertirá en identidad ciudadana, el pueblo se hará menos fuerte ante la soberanía y la ciudadanía tomará, progresivamente, el control de las instituciones, haciéndolas plurales y libres (Burke, 1998, p.53).

El mismo J. HABERMAS, ha propuesto dos modelos de interacción entre ciudadanos e instituciones. Dada la necesidad de contrarrestar la exclusión de un sistema político elitesco como la democracia representativa y la corporativa liberal, se ha considerado que la ciudadanía en su conjunto promueva la acción comunicativa entre ellos, de manera que los mejores argumentos se conviertan en parte de la formación de la opinión pública, transformándose así en un programa público de exigencia para los administradores (Cfr. Habermas, 1999, p.149-175) En este modelo la fortaleza de la política institucional queda asediada por vía de que los ciudadanos, por medio de debates públicos, tratan de ejercer influencia sobre los procesos de deliberación y decisión, pero sin intención de conquistar la fortaleza. Dicho sea de paso, el modelo ha sido denominado por su autor como el *asedio*, y como tal promueve la participación de los ciudadanos en la formación de la política y las políticas públicas en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Un segundo modelo más acabado que este es el modelo de *esclusas*, donde la función de la acción comunicativa no se ve limitada a la formación del programa político de la ciudadanía, sino que integra la posibilidad, a través de las referencias sucesivas al pacto social en que se ha convertido la Constitución, de convertir a través del Derecho y la legislación política, el programa de asedio en un verdadero sistema de comunicación entre el ciudadano común interesado en la política, y las instituciones desinteresadas por los ciudadanos.

El otro modelo propuesto por la acción comunicativa y la política deliberativa que integra a la ciudadanía es el modelo de esclusas, se denomina así puesto que: Al constar el sistema político en términos del Estado de Derecho, de un centro y una periferia; para que los ciudadanos puedan ejercer influencia sobre el centro, es decir, sobre el Parlamento, sobre los Tribunales y sobre la Administración, los flujos de

comunicación procedentes de la periferia han de pasar las exclusas de los procedimientos democráticos y de los procedimientos que el Estado de Derecho comporta. En la circulación del poder político es Derecho es el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en poder administrativo (Cfr. 1999, p.152).

De tal manera que, *la accountability* logre desligarse del límite impuesto a su conveniencia por las instituciones públicas y se realice no en cada periodo electoral, sino constantemente en el haber de la praxis administrativa. Sin embargo, el modelo de Habermas obvia dos datos fácticos que lo convierten en imposible de realizar con las metodologías tradicionales de acción política. Por un lado, se encuentra la situación de la colonización racional técnica del mundo de la vida, y por el otro se encuentra el ya estructurado y solidificado modo de producción capitalista. El primero no dejaría que sea la autoridad del mejor argumento de razón práctica la que encuentre asidero en las instituciones; el segundo no permitiría dedicar un prudencial tiempo a la política deliberativa.

Las anteriores son dos de las objeciones más importantes no sólo al modelo Habermasiano, sino también al modelo republicano que recientemente se pretende construir en Occidente, a partir de la reconstrucción de los principios de comunicación y participación responsable de la polis ateniense y del espacio público romano. R. DAHRENDORF, afirma que,

El sistema capitalista mundial creado a partir de la caída del muro y la generalización de la democracia, son parte de un mismo proceso de racionalización contradictoria del mundo: la democracia exige cada vez más el compromiso participativo de los ciudadanos ante unas instituciones desgastadas e incluso desfasadas; pero también exige un mayor margen de libertad de mercado y mejores números en cuanto al crecimiento de las economías nacionales y regionales, ahora bien, quedaría por contestar una interrogante ¿cuál será la nueva ubicación del trabajo social, será una ubicación político-participativa o una ubicación económico-productiva, debido a que ambas se excluyen en el espacio y tiempo requeridos para cumplir ambas sus metas establecidas? (Dahrendorf, 1993, p.162)

En los tres modelos presentados se encuentran las caracterizaciones liberales de la democracia: el modelo Hobbesiano asume a la pluralidad faccionaria de principios de la modernidad como condición de perversión de la soberanía del Estado.

El modelo Schmittiano asume que la pluralidad diluye la autonomía de la política y, como consecuencia, la autoridad misma de las instituciones y del Derecho. El modelo Habermasiano presupone un sistema de pluralidad integrista en donde los fines teleológicos se superponen por encima del pensamiento único de la racionalidad técnica. Es decir, sea cual fuere el modelo institucional representativo que se proponga, la pluralidad siempre estará presente en ellos.

La pluralidad puede entenderse como la posibilidad de rompimiento de la homogeneidad de pensamiento y acción, como la constitución de una generalidad de la praxis política que permite a partir de la originalidad, la distinción de posiciones y la resolución en igualdad de condiciones de las confrontaciones producto de tal distinción por vías racionales (institucionales o comunicativas). Como afirmaba ARISTÓTELES, la pluralidad es inherente a la naturaleza del ser humano, en tanto que,

Al igual que no existe nada del hombre propiamente dicho, sino de los hombres políticamente observados, no existe en la naturaleza propiamente nada de algo aislado, sino que existe algo de un todo integrado, eso es a lo que llamo la particularidad de la pluralidad, entender que a pesar que todo se puede observar de manera particular, ese todo se encuentra integrado a un todo superior, a la totalidad de los plurales, puesto que sólo allí se puede determinar si son plurales verdaderamente (Aristóteles, 1961, p.55).

Resulta imprescindible apelar a N. BOBBIO, cuando la pluralidad y la democracia se hagan presentes en el análisis de estudio: “el problema de la representación como promesa incumplida de la democracia, no es que no represente, sino a quien verdaderamente representa, se puede afirmar que una constitución es un verdadero pacto social entre las minorías y las mayorías presentes en las sociedades democráticas; sin embargo, es generalizado que en este proceso, lo que se representa es el conjunto de minorías autónomas de las exigencias de la ciudadanía, y como consecuencia, se representa sólo a la minoría más fuerte y de mayor peso político en el Estado. El proceso de construcción del pacto social constitucional es imprescindible que se realice bajo presupuestos de pluralidad, pero más imprescindible aún es la necesidad de la pluralidad en el proceso de nombramiento de

los representantes de esa pluralidad" (Bobbio, 1985, p.51).

K. POPPER, reafirmando una posición liberal de la sociedad, expresa que la pérdida de los valores de pluralismo en un conjunto de interacción social representa el inicio del totalitarismo y el fin del relativismo. Las razones se empiezan a convertir en una unívoca razón, las instituciones se empiezan a encerrar en sí mismas y los individuos, los más afectados por tal proceso se convierten en apéndices de las autoridades de la sociedad, como consecuencia la contrastación de la vida particular y sus fines con las oportunidades de una sociedad cerrada de materialización de otro fin, que no sea el prefijado por la razón de las instituciones y su autoridad casi absoluta, se convierte en la falsación no de las instituciones y esa razón, sino de la individualidad propia del sujeto. Por tal motivo, POPPER, afirma que,

El más grandioso peligro del historicismo es esa pretensión incesante de cuestionar las alternativas a un destino que él mismo ha construido. Las ciencias no pueden aceptarlo sin objetar y la sociedad, democrática y plural no puede acogerlo como fundamento de su futura existencia (Popper, 1984, p.23-25)

La representación política, que se debía como fuente constitutiva de la política pública y de las políticas públicas, así como lo expresó J. LOCKE "se han de considerar los valores políticos y sociales como interpretaciones racionales de los requerimientos de Dios para los hombres, de tal forma que, estando constituidos estos valores en el individuo, al gobierno civil no le queda alternativa de legitimidad, más que representar a dichos individuos convertidos tras el contrato originario en ciudadanos" (1999, pp.132-133), se ha convertido en un proceso de exclusión de la comunicación entre un ciudadano y otro ciudadano particulares, y entre un ciudadano particular y un ciudadano soberano cuya investidura de soberanía se revierte en mayor responsabilidad ante la sociedad. Una de las causas del desmembramiento de la comunicación entre los ciudadanos entre sí y entre ellos y los representantes se debe a la formación de una dialéctica negativa entre las subjetividades psicológicas de los ciudadanos y las subjetividades cognoscitivas del Derecho y las fuentes de acción política del Estado Liberal de Derecho.

En sus estudios de filosofía de la modernidad, T. ADORNO, conviene en afirmar que: la modernidad ha convertido los conceptos de vicio y corrupción en conceptos de virtud y necesidad, la libertad se le ha dejado a las instituciones que no controlamos, la justicia a la legislación que no reconocemos, la igualdad al arbitrio de los partidos de gobierno cuyo interés particular se encuentra por encima del colectivo, y todo esto lo denominamos no sólo virtud, sino virtud necesaria para la cohesión social; si saber que en su esencia no son más que representaciones del vicio y la corrupción de los sistemas culturales" (Adorno, 1975, p.232).

Por un lado, la privacidad y sus vicios no han podido establecer un mecanismo de socialización adversa y contraria a la exclusión política y jurídica, y como consecuencia de esto el espacio público se ha convertido en un sistema infranqueable cuyos medios de acceso son el proceso de socialización inverso y excluyente de la competencia corporativa y la legitimación de un sistema institucional político y jurídico basado en una lógica de mercado funcional y no en una lógica política de libertad.

Los magistrados de justicia y los administradores públicos, incluyendo a los miembros del Parlamento se convierten en sistemas cognitivos permeabilizados - incluso colonizados- por la razón funcional de las burocracias y las lógicas perversas anticomunicativas y totalitarias de un Estado "hombre, máquina, animal y espíritu en la tierra". La lógica Habermasiana y la Popperiana nos llevan a la unívoca conclusión: En el magistrado de justicia o de la administración el *Juicio* se comporta como un punto de apoyo de la razón técnica, es decir, de las razones no finitivas, sino de las razones instrumentales simples no trascendentales, para materializar sus sentidos y significados consecuenciales.

La comunicación desaparece como mecanismo de expresión pública de la pluralidad, y se convierte en un sistema de socialización de apoyo del proceso de

socialización del dinero en el espacio privado. La sociedad civil se revierte en un organismo que vive para la acumulación y no para la formación de sistemas de expansión de las libertades particulares, las individualidades cada vez tienen menos espacios para desarrollarse y -contrario a lo que se cree públicamente- ceden ante la reducción de los espacios de libertad, puesto que la libertad se encuentra por vías políticas y la sociedad civil cada vez es menos política, puesto que es menos plural y menos comunicativa.

Esta situación nos lleva al análisis de la relación entre instituciones y pluralismo como una virtud propia de las instituciones representativas liberales de la democracia contemporánea. J. M. CONDORCET, analizando la situación de Francia de su época observó el nacimiento de un perverso sistema de pluralismo:

Existen tantas banderas que quieren hacerse de la nación, peor aún tantas banderas políticas que pertenecen a la nación misma, que aunque el pueblo votare por alguna más que por otra, todavía sería la tiranía de una mayoría muy reducida la que gobernara, puesto que la tiranía de la mayoría ha convenido en indultarse de libertades y pluralismos, y puesto que son tan pocos los que convencer que ante los electores son muchos los demagogos que se han presentado, y por ello digo 'cuan grande eran aquellos tiempos en que las instituciones representaban dos toldas políticas y en las que no por obligación sino por voluntad los ciudadanos se enredaban en una de ellas', cuando alguna salía victoriosa resultaba que ambas se dirigían al parlamento puesto que, la victoria no significaba el desplazamiento de una sobre la otra, sino la acumulación de más curules, suficientes para tener más poder real, pero insuficientes para decirlo todo (Condorcet, 1991, p.181 y 219).

Esta es la paradoja de la democracia pluralista de Condorcet:

Presentándose unas diez toldas políticas distintas entre ellas, y presentando ante los ciudadanos un conjunto de propuestas para ser votadas, resulta que los ciudadanos entre tanta dispersión votan por cualquier conveniencia que entre tantas opciones se le presente, el resultado, la minoría más grande, que entre diez toldas puede significar una diferencia de menos de una decena de votos, habiendo mil votos que contar, aquella que obtenga en el ejemplo unos cien más un voto, esos serán los victoriosos, y aquellos que representan el ochenta y nueve por cien restante se quedarán excluidos del gobierno, al menos de una suma muy importante de curules (Condorcet, 1991, p.79).

Para evitar esta situación, la concepción de pluralismo aceptada por las instituciones debe cambiar, un sistema político semejante al presentado por CONDORCET, no es una expresión de la libertad sino de la falta de virtud de los políticos y gobernantes, es faccionalismo. La enseñanza de CONDORCET, es

muestra de la posibilidad de que una apertura de las instituciones a la integración de la pluralidad en sus procesos de elaboración de la política y las políticas públicas, representa un peligro faccionalista. La otra versión contraria a la analizada por Condorcet es presentada por A. de TOCQUEVILLE:

En un Estado como el de Francia, donde las condiciones no estaban dadas para la democracia, puesto que su sociedad civil aún no había madurado al punto de integrar en sus relaciones el respeto por la libertad, la igualdad y la propiedad, este régimen político fue impuesto luego del declive del imperio en que se había convertido el Estado francés. Pero qué mejor herramienta encontraron los enemigos de Francia para destruir la grandeza del Estado: han colocado a un títere del pueblo en el gobierno, el cual ha sido electo sin haber otra salida puesto que representa la mayor virtud entre los vicios demagógicos más pobres de razón, y al pueblo, esa masa amorfa a la cual se recurre sólo en tiempos de crisis, se le ha encomendado la tarea más suprema, la de decidir el destino de los hombres y de las instituciones; como consecuencia, la desvirtuada memoria ha olvidado los tiempos de la revolución y la mayoría representada por el populacho se ha extendido como tiranía sobre Francia entera, y las minorías deseosas de encontrar respeto, encuentran en la exclusión y el irrespeto la respuesta de las instituciones (Tocqueville, 2000, p.69).

La tiranía de mayoría es uno de los peores vicios de la democracia liberal; ante tal organización negativa de las instituciones, se ha propuesto la construcción de un sistema institucional fuerte, en el que los principios y su respeto -hoy también su garantía- sirvan como fundamentos del contrato social instituido en la Constitución nacional, donde las mayorías o las minorías puedan acceder al poder y, sin embargo, con el dominio de las instituciones, el apego mismo a los principios de libertad y, sobre todo, de igualdad promuevan la necesidad de integración de las minorías en la formación de las políticas públicas, aunque no necesariamente en la formación de la política pública.

Una de las consideraciones liberales sobre el imperio de la ley y sus repercusiones en las instituciones democráticas es la concepción de la praxis política como disenso, es decir, como capacidad de alternatividad de los gobiernos y como capacidad de alternatividad dentro de los gobiernos. La primera es ampliamente conocida y no necesita discusión profunda, haciendo referencia a la posibilidad de algunas mayorías y minorías de acceder al poder recurrentemente, al menos en posibilidad de alternarse unas sobre otras; la segunda, es la posibilidad de incluir en las políticas públicas -que representan los mecanismos de ejecución de los planes

macropolíticos del gobierno- las discusiones de la pluralidad de los ciudadanos, en tanto que, se puedan integrar en las políticas administrativas las propuestas de la oposición u oposiciones ideológicas al gobierno y dentro del gobierno (Cfr. Sartori. 1996, p.202)

De esta forma, la democracia liberal propone un conjunto de principios infranqueables como sustento del fundamento de igualdad propio de la democracia como régimen político, pero que, sin embargo, aún aceptando la igualdad como principio supremo, lo hace de manera similar con la libertad y la justicia a través del imperio de la Ley; consecuencia de esto, es la posibilidad fáctica de construir un régimen político con dos principios opuestos en su origen y funcionamiento, la libertad y la igualdad. Es a través de la justicia como fundamento del Estado de Derecho y bifurcada procedimentalmente en justicia intra institucional -de vigilancia institucional constituida por el derecho administrativo y la función reguladora del Parlamento- y extra institucional -en el presente, constituida por las vías de materialización de los derechos fundamentales propias del estado social y por el sistema jurisdiccional de control social- que los principios de igualdad se manifiestan en una eliminación de las tiranías de las minorías y los principios de libertad en el control de las tiranías de las mayorías.

Existe una estrecha relación entre la democracia como régimen político, es decir, como forma de organizar los fines y medios procedimentales de las instituciones del Estado, y el imperio de la ley propia del Estado de Derecho. La cuestión de por qué la democracia no funciona sobre otro Estado que no sea sometido a los principios constitucionales hace referencia a la posibilidad que existe en el régimen democrático de sobrepasar los límites impuestos institucionalmente, en favor de una supuesta voluntad popular. La justicia procesal permite en el interior de las instituciones fundamentaciones administrativas sustentadas en los límites del Derecho, la justicia procesal exterior permite organizar los medios idóneos para dar las respuestas a la sociedad civil, y también para traer las exigencias desde la

sociedad civil hasta las instituciones del Estado. Si esta relación es disuelta, también será disuelta la democracia pluralista liberal de la modernidad Occidental, puesto que no existirán controles para los administradores, ni existirán controles para la ciudadanía, más que la represión o la anarquía (Cfr. Nozick, 1988, pp-117-121).

Sin embargo, existe un momento en que las consecuencias provenientes de un *Juicio* de justicia errado pueden provocar el desmantelamiento de las unidades de amortiguación de los conflictos abstractos y materiales: esto ocurre cuando asistimos, por un lado, al apego de unas instituciones y conjunto de ciudadanos al principio de la igualdad, y, por otro lado, de otras instituciones y conjunto de ciudadanos al principio de la libertad, y esto aún cuando ambos principios resultan recíprocamente complementarios en el Estado democrático de Derecho (Cfr. Habermas, 1995, p.96-113).

Ese momento posee una dualidad comunicativa entre ciudadanos y entre instituciones y ciudadanos. Existe un espacio temporal en que las acciones de corrupción del Estado, especialmente de la Administración pública y de la Justicia superior, eliminan los contrastes de legitimidad de las instituciones democráticas y repercuten directamente en la cohesión social: en primer lugar debe haber un centro de referencia de información-acción, por ejemplo "un magistrado de justicia determinó dar absolución a un administrador a quien una investigación de un año ha comprobado que ha desfalcado la hacienda pública" o que un magistrado de la administración haya propuesto un nuevo impuesto en un contexto en que no se justifica puesto que la función gubernamental no ha cumplido sus labores" estos dos ejemplos pasan a convertirse en centros de atención de los demás miembros institucionales y de los ciudadanos. Una vez allí, se presentan las presiones sociales, la oposición tratará de sacar provecho de ser una buena oposición, y los medios de comunicación se conectarán con el sensacionalismo oportuno. Se activaría una acción comunicativa entre los ciudadanos quienes ya planean las vías de la presión social, y las instituciones empezarán a reactivar las funciones de control administrativo. Todo

a partir de un Juicio político-jurídico. El resultado, "se muestra una fragilidad tangible en los sistemas jurídicos tal, que no serían capaces de alterar el curso de la presión social sin una respuesta contundente, de manera tal que los out puts de la sociedad civil hacia el Estado dejen su condición disfuncional" (Cf. Habermas, 1995, p.57-69).

Ese momento se denomina la desvirtuación del imperio de la ley ante la errada visión de la justicia procedimental. Es a lo que O. KIRCHHEIMER, denomina "el empleo del procedimiento legal para fines perversos de la política", describiendo las consecuencias del nuevo Behemot analizadas por F. NEWMAN; KIRCHHEIMER, concedió a las unidades de amortiguación un valor supremo dentro del régimen liberal de Estado de Derecho. Los defensores de la Constitución han dejado de ser el imperio de la justicia y su imperio de la Ley; en cambio, una sombra de injusticia yace sobre el mal llamado Estado Alemán del tercer Reich, el poder se ha apoderado de las instituciones de justicia y la división entre poderes por la que tanta sangre se ha sacrificado ha sido disuelta en favor del Desarrollo y la grandeza de la nación. "El pueblo ha recibido con beneplácito las nuevas características del Estado y se ha unido a las instituciones para homogeneizarse y confundirse con ellas" (Kirchheimer, 2001, p.56-57).

Una de las características del totalitarismo nacional socialista de la Alemania del siglo XX, es la indistinción entre medios políticos y medios jurídicos. La Justicia es llamada a allanar el camino hacia la conquista de los fines y el destino de la 'nación', siendo utilizada como medio, puede variar su centro esencial entre el Derecho (justicia procedimental) y la política (justicia social) pero al perder su esencia como fin en sí misma, la justicia se convierte en una lógica perversa de venganzas, expropiaciones y exclusiones, es decir, se convierte en injusticia. El Llamado imperio de la Ley y la Justicia contiene un engaño en su negativa al admitir que detrás de las leyes se encontraban algunos hombres específicos con más poder que el propio ordenamiento institucional. Cuestión que era confirmada por O. KIRCHHEIMER, algunas prácticas de juicio político corrupto se realizan en y tras las

vallas del constitucionalismo: cuando los gobiernos totalitarios apelan a la Justicia y la disuelven en la ambivalencia del procedimiento legal con fines políticos, no les queda otro camino que acudir a los tribunales no como iguales, sino como representantes de un poder superior al de los jueces, influyendo en que la constitución misma deje a un lado su propia rigidez y se modifiquen ella y su ordenamiento de acuerdo con las cambiantes situaciones políticas y administrativas (Cfr. Kirchheimer, 2001, p.119).

Cada uno es portador de la soberanía del pueblo, y cada uno puede hacer el papel del juez preparado y de la muchedumbre deseosa de sangre al mismo tiempo, todo gracias a la colonización de la justicia por una errada forma de hacer política. Los jueces han convenido en acompañar a la muchedumbre, sea por miedo o sea por convicción, y los procedimientos legales, se revierten a lógicas constructivistas de culpabilidad, no es la comunicación entre el entendimiento y las razones la que produce las premisas de justificación procedimental del Juicio, sino la convicción de la *doxa* pública que cree utilizar el Juicio jurídico para defenderse de una posible amenaza al orden recientemente estatuido. *"Bajo el aura del constitucionalismo , el número de aquellos que pueden invocar la acción de los tribunales para influir en las relaciones de poder es teóricamente ilimitado (...)* lo que está limitado y sujeto a reglas específicas es el procedimiento que permite que las pugnas por el poder penetren la esfera pública" (Kirchheimer, 2001, p.60).

Bajo este contexto, los líderes de la revolución apelan al ataque a la integridad de sus predecesores, hallando de gran utilidad escarbar en los archivos del vencido gobierno y sacar a la luz toda inmundicia que arrastre a los componentes del régimen depuesto hasta el tribunal. En definitiva, es la intervención directa en la pugna por el poder político, más que el efecto político que a la larga pudiera llegar a tener en las competencias por el poder socioeconómico, la que confiere al juicio político propiamente dicho su color e intensidad particular, y delimita los ámbitos peculiares de sus problemas. Cuestión que convierte al juicio político en un verdadero punto

radicalizado en el entendimiento de figuras posibles y abstractas como condicionamiento de intereses y abreviaturas procedimentales, como elemento a favor de una posición política específica. Sin embargo, a diferencia de lo que afirmarían muchos juristas, las descripciones de KIRCHHEIMER, no están sustentadas en las conceptualizaciones de C. SCHMITT sobre su afamado "autoritas nom veritas facit legem": si bien la autoridad -no la verdad- hace las leyes, las leyes se encuentran a disposición del control de los desmanes del poder y esta es una característica propia del Estado de Derecho.

C. SCHMITT confrontó al positivismo jurídico por ser artífice de los desmanes del poder en el totalitarismo soviético. Aún cuando KELSEN exigiera una reivindicación de sus posiciones con respecto a la democracia y al pluralismo de su ordenamiento positivo, lo que han hecho los creadores del juicio político descrito por KIRCHHEIMER es dar a la razón kelseniana una nueva configuración, ahora esa razón suprema que es "dios secularadamente soberano" se ha de convertir en los logros teleológicos de un proceso político específico, con una ideología política específica, que ha encontrado en el procedimentalismo kelseniano el instrumento de validez por vigencia de un nuevo conjunto desorganizado e incoherente de normas. Basta con que el pueblo ratifique una norma que no entiende para afirmar formalmente que de ahora en adelante esta es una norma perteneciente al ordenamiento jurídico, o basta con presentar a la tiranía de la mayoría nuevos elementos fundantes de un distinguible Estado Constitucional para que este refrende "democráticamente" dichos nuevos fundamentos.

Las consecuencias son palpables: al encontrar en las razones políticas novedosas del recién conformado régimen gubernamental, la validez del ordenamiento, y al enclaustrar los hechos en sí en los parámetros conceptuales sin que los hechos digan nada por sí mismos, sino que todo está dicho ante ellos por los conceptos y las normas procedimentales, la justicia se transforma en un arma política tiránica y totalitaria. De manera similar a como el positivismo ha tratado al hecho en

sí y a sus informaciones, los ejercicios procedimentales tribunales de los sistemas totalitarios han tratado a ese mismo hecho en sí. Claro está, aquellos llevan a cabo sus rituales administrativos correspondientes y de allí, se derivan las consecuencias de su legitimidad, estos al contrario, no colocan más rituales sino la teleología de las metas trazadas por el Estado y la soberanía. Pero aunque con medios distinguibles, ninguno de los dos busca interpelar al hecho en sí, ni a sus informaciones, y para su conveniencia y en casos extremos, a sus sujetos de activación.

El *Juicio* que sigue siendo un punto radical del entendimiento cognoscitivista, ahora se ve legitimada por el procesalismo positivo y como consecuencia en dicha apariencia la validez se convierte en irrestricta y total. Ahora los elementos del contexto jurisdiccional han madurado y se han convertido en elementos óptimos para la presencia de la paradoja volteriana del Sr. La Pivardiere y para lo que, en el mismo sentido, apuntan J. BENTHAM y L. FERRAJOLI, respecto al hombre artificial versado en leyes. Así,

Cuentan que cierto día, se dio por difunto el Monsieur mencionado, acusase a su esposa por ser la única sospechosa cercana con posibles motivos siendo estos indicios debilísimos: Un día el Sr. La Pivardiere regresa a su casa y se presenta a los jueces de la provincia que procedían por su homicidio. Pero los jueces no quieren perder su proceso: sostienen que esta muerto, que es un impostor por declararse todavía con vida, que debe ser castigado por semejante mentira a la justicia, que sus procedimientos son más creíbles que él. Hicieron falta sus buenos dieciocho meses de proceso antes de que el pobre hombre pudiese obtener un decreto declarando que todavía estaba vivo (Ferrajoli, 2001, p.77-79).

Cuenta J. Bentham lo siguiente:

Puede el hombre de leyes ignorar lo que es conocido por todo el mundo? Indudablemente, no. Sin embargo, hay que distinguir en él dos seres, extraños uno de otro: el hombre natural y el hombre artificial. El hombre natural puede ser amigo de la verdad; el hombre artificial es su enemigo: el hombre natural puede razonar con buen sentido y sencillez; el hombre artificial no sabe razonar más que con la ayuda de sofismas, suposiciones y ficciones. El hombre natural puede ir derecho a su objetivo; el hombre artificial no sabe llegar a él más que mediante vueltas infinitas. Y si le preguntaseis: *¿qué hora es?*, *¿qué tiempo hace?*, sentiría la necesidad de comenzar poniendo dos o tres personas entre vosotros y él, de inventar alguna ficción astrológica y de emplear algunas semanas o meses en escrituras y cuestiones preliminares. En el seno de su familia, el hombre de leyes vuelve por la fuerza del buen sentido a ese método simple del que se ha alejado, en el foro, por la locura de la erudición. No hay ninguno entre ellos tan atrapado por sus prácticas judiciales que las aplique a sus asuntos domésticos. Toma sus máximas junto con sus vestimentas ceremoniales y lo aparta todo al mismo tiempo. Si quisiéramos imaginarnos una idiocia —pero una idiocia triste e incomprensible—, no tendríamos más que suponer un abogado inglés que quisiera

llevar a la vida normal las ficciones, las reglas y la lógica del foro. Es en el sentido que acabamos de apuntar como puede entenderse el totalitarismo del ordenamiento jurídico y de las razones de juicio incommunicativo con que se toman las decisiones de jurisdicción desde la perspectiva del formalismo positivista⁴.

La validez y la vigencia se presentan como condiciones suficientes para que la verdad y la justificación a través de los conceptos se conviertan en una misma consideración. Entonces, se podría decir que esto es un Juicio político como el afirmado por Kirchheimer, pues los datos fácticos se convierten en sustentaciones válidas de una respuesta afirmativa. Así como los magistrados ceden el poder de jurisdicción a motivaciones abstractas que no dan cuenta del hecho juzgado en sí, así también el ordenamiento otorga poder a conceptualizaciones y razones inexistentes, como por ejemplo un pluralismo político en el interior de una tiranía de las mayorías. Se ha comprobado con Tocqueville que la tiranía de la mayoría es una condición adversa al pluralismo de libertad política y de respeto a los principios de igualdad y justicia.

En el preciso momento en que la política que se debía observar como política entre los hombres, se práctica como una política de los hombres muchos hacia los menos de una sociedad, en ese momento se determina el final de la pluralidad. La pluralidad en su esencia no admite más poder que no sea el de la razón convencida a sí misma de que no tiene toda la razón y que necesita complementarse con las otras partes de la razón. Correspondería a Alexis de Tocqueville el trabajo de incrustar este principio en el interior de la teoría democrática de Occidente, reconociendo los límites específicos de la pluralidad y la igualdad. (Cfr. Dunn, 1981, p.28-29).

⁴ Hay además numerosas normas y mecanismos procesales que entorpecen inútilmente la búsqueda de la verdad (...) Todavía son muchos los impedimentos procesales que obstaculizan o retrasan inútilmente la investigación judicial y su posibilidad de control, alejándola de la consecución de la verdad en vez de acercarla a ella. Al mundo de las normas sustantivas (...) se añade un mundo de procedimientos ritos y liturgias, que no siempre necesariamente, y a veces incesantemente condiciona y desvía la búsqueda de la verdad procesal. De ahí surge un ulterior deformación legal, que todavía hace al juez maestro en complicar lo que es simple y en simplificar lo que es complejo y que hizo definir a Bentham a la jurisprudencia como el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero (Cfr. Ferrajoli, 2001, p.61-62).

Por este motivo, no se puede hablar de pluralismo cuando se apela a él bajo un concepto abstracto y universal, lo plural es universal, pero hace referencia a una facticidad que es originalmente distinguible en la realidad, cuestión que no sucede en la tiranía de las mayorías. Quedaría por aclarar una interrogante ¿ante las deficiencias de la justicia como fundamento del contrato social, y su consecuente crisis de eficacia del juicio jurídico, correspondería al juicio político ocupar el lugar de este? La respuesta es simple y no necesita aclaratoria: el entendimiento presupone un complejo proceso de distinción, organización y decisión que necesariamente es político por esencia; de igual modo, el establecimiento de un proceso comunicativo entre el hecho en sí, cuyas razones constituyen información fundamental para la conceptualización y la premisa mayor (que ejecuta las conceptualizaciones del hecho en sí), implicaría un sistema de poder basado en el presupuesto arendtiano de que poder sin razón es totalitarismo, de suerte que, en el interior de las instituciones, corresponde al poder del mejor argumento la autoridad suprema en sentido y significado consensual.

Además, las consecuentes prescripciones de la premisa menor son resultados políticos, de manera tal que, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, el Juicio es una síntesis de razón Jurídico-Política⁵ y de entendimiento comunicativo comprensivo, con lo cual se evitarían los desmanes del poder que pretende reactivar la eficiencia de un estático Juicio jurídico y, de paso, los desmanes de un ordenamiento positivo-normativo totalitario como el presentado por la paradoja de monsieur La Pivardiere, J. Bentham y Luigi Ferrajoli.

⁵ Con la advertencia de que, siempre y en cualquier caso, la razón jurídica ha de ir precedida de la razón política, que le otorga la salvía necesaria para todos los procesos de regulación y vinculación social.

Capítulo II.

**ALGUNAS NOTAS SOBRE LA EPISTEMOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN
POLÍTICA Y JURÍDICA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE
DERECHO.**

www.bdigital.ula.ve

1. Algunas otras Notas sobre la Interpretación en sí misma y sobre la Interpretación de la Carta Magna en un Estado Democrático como el Estado Social de Derecho Contemporáneo.

El tema de la *posibilidad de interpretación de alguna norma o discurso* es parte de un antiguo debate en la filosofía jurídica y política, un debate que se iniciaría con las primeras utilizaciones de los filósofos presocráticos –y hasta con una buena anterioridad-anteriormente- y que extendería desde aquel mundo de la antigüedad clásica hasta nuestros días, a lo largo de lo que Nietzsche describía como itinerario de la razón científica, cuestión que confirman los estudios sobre filología realizados por aquel autor alemán y por J. BARNES:

Correspondió a los primeros filósofos presocráticos la realización crítica de las primeras observaciones sobre los problemas que para la razón humana traían las mitificaciones de una interpretación teológica del mundo. La dictadura cognoscitiva impuesta por la razón teológica pronto sería transformada en una atractiva cosmovisión retórica de interpretación de las relaciones humanas, especialmente de las relaciones de poder. Cuando el espacio público (*Polis*) cede a los sofistas la educación de los políticos, basada en estas formas interpretativas del mundo, prepararon el camino para la actividad racional y ética de Sócrates, Platón y Aristóteles; fueron estos quienes empezaron a fomentar la posibilidad de que una interpretación del sentido y el significado de la acción humana tuviese consecuencias perversas para los procesos de estructuración social y política de la comunidad (incluyendo el ámbito de las instituciones jurídicas), además de descubrir inherentemente (es decir, por la misma metodología crítica que utilizaban) los límites de la interpretación no naturalista del mundo humano, esto es, los límites de la razón. (Barnes, 1996, pp.61;73/ Cfr. Platón, 1992, pp.145-243/ Nietzsche, 2005, pp.42-61).

El *Asciem Regimen* no permitía consideraciones de otro tipo que no fueren interpretaciones visibles de los fundamentos morales y éticos de derechos dados por presupuestos naturales, de allí que la condición estructural de la *naturalidad* de la razón y el razonamiento era la inherente necesidad de que las instituciones del lenguaje y de la cultura –incluyendo primordialmente a las instituciones del primitivo Estado político- lo tradujeran todo, es decir, que escindieran esa naturalidad de un mundo inordenado y caótico y lo trasladaran al mundo de la vida racional que se estaba empezando a gestar, esta situación interpretativa histórica puede observarse claramente en un pasaje de M. FOUCAULT:

Tácito comienza a analizar una curiosa situación que perduraría hasta bien entrada la modernidad, incluso más allá de la ilustración del siglo XVIII en Alemania. Dentro de las esferas del Derecho y la Administración de justicia no hay acción pública, es decir, no hay nadie que representando a la sociedad, a un grupo, al poder o a quien lo detente tenga a su cargo acusaciones o decisiones de acusaciones contra individuos(...) al no haber intervención

alguna de ningún representante la fórmula de la Administración de justicia era simple: ante la inexistencia de una razón a la cual atenerse, servirían las razones de la naturaleza para sustentar las decisiones, y al no haber otra razón más que esta, la interpretación podría pendular entre la necesidad de conservación de la vida [naturalismo hobbesiano] y la necesidad de conversión de la razón social en razón animal [contrato social roussoniano]. (Foucault, 1998, pp.65-66).

La ilustración, en cambio, como proceso histórico contradictorio y reformador de los fundamentos y las operatividades de estas instituciones (Cfr. Cassirer, 1997/ Kant, 1999, p..63,69), propiciaba, en secreto de inherencia, la formación de un culto a la simplicidad del pensamiento que lleva a los hombres, especialmente a los magistrados, jueces y legisladores a reconocer la técnica procesal como el fundamento unívoco de la acción política o jurídica en el interior de las instituciones públicas¹.

La consecuencia que para la interpretación tienen estos dos procesos de la historia (Ancien Régimen y la Ilustración) radica, en el primer caso (ancien Régimen), en que estamos ante una *interpretación sin razones*, en tanto que en el segundo, estamos ante unas *razones sin interpretación*. En el primer caso, se trata de que los fundamentos éticos y morales dados naturalmente (derecho natural) orientan las interpretaciones de los magistrados de justicia, sin ningún referente interpretativo a una racionalidad universal y, menos, a una pertinencia –de dichas razones- a la causa (juzgada) en sí, toda vez que las interpretaciones vienen dadas, y orientadas, por aquellos fundamentos éticos y morales; en el segundo caso (razón sin interpretación) estamos ante la presencia de unas razones universales fundantes de un espacio público insufladas en cada una de las causas que conocen los magistrados y convertidas en técnicas procesales de decisión, a las cuales se apela, más como fundamento de autoridad que como fundamento de razón, y de allí la concepción

¹ Esta es la propuesta crítica de Jean Jacques Rousseau sobre las consecuencias de la ilustración mal entendida. En sus Discursos sobre las Ciencias y las Artes Rousseau afirmaba que Las nuevas instituciones nacientes de un tipo de razón cuya descripción no ha quedado clara aún para nadie, no llevarán al individuo sujeto por sus derechos y deberes, a mayores condiciones de libertad, sino a una tiranía de las instituciones que en la búsqueda incesante de la libertad de los ciudadanos se quede con ella, la absorba y la manipule a su favor. (Rousseau, 1999, pp.13-28)

paradigmática del contrato social roussoniano, vertida por Montesquieu al ámbito jurídico, bajo el dogma: "el juez boca de la ley", o lo que es lo mismo, el juez que "no ha encontrado en la ilustración la salida a su culpable minoría de edad" (Kant, 1999, p.63).

En virtud de las consecuencias racionales de tal culto², Immanuel Kant atinó, aún con el conocimiento de la inaplicabilidad de sus propuestas en su propio contexto, al afirmar que el juicio debería constituir un "punto intermedio entre la razón y el entendimiento", así dejaba sentado críticamente el autor que:

El problema del juicio es que ha generado un sistema de interrelación estrecha entre los espacios de juicio que se pueden realizar en la cognoscencia humana. Un simple juicio de valor con respecto a lo sublime y a lo bello, puede implicar y de hecho implica que las concepciones de bueno y dañino, de justo e injusto se conviertan en juicios errados y enemigos de la convivencia humana. Por tal motivo, la razón a la cual apelar no puede ser una simple razón universal, puesto que la interrelación entre los juicios (juicio sobre lo sublime y lo bello, juicios sintéticos a priori, juicios con carácter universal, juicios sobre la verdad, juicios sintéticos a posteriori, etc.) evitaría un apego exclusivo del juicio a aquella (a la razón universal): debe ser un punto intermedio entre esta razón universal y el entendimiento producto de la propia valoración particular, pero no cualquier valoración, sino de una valoración sin ignorancia, una valoración práctica a priori. (Kant, 1991, p.76).

La tarea de gran parte del pensamiento ilustrado alemán, desde Leibniz hasta Fichte y Feuerbach fue la construcción de una tipología del juicio no sintético, es decir de un juicio sustentado en:

La razón pura como facultad práctica, no sintética, es decir, como facultad de determinar el uso libre de nuestra propia causalidad mediante ideas razonables, la cual puede (y debe) encerrar en la ley moral un principio regulativo de nuestras acciones, y proporcionar a nuestras acciones un principio subjetivo-constitutivo, en el concepto de un objeto, que sólo la razón puede pensar, y que debe hacerse realidad en el mundo, mediante nuestras acciones según aquella ley. Esta es una de las conclusiones mejor acabadas del pensamiento alemán de la ilustración. Un juicio técnico no propondría un prisma inexistente de hechos que se tienen que materializar y que aún no han existido, y un juicio meramente sintético propondría un conjunto de hechos pensados sólo por la razón y sostenidos, demostrables y materializables sólo en la misma razón. (Kant, 1991, p.274).

² El culto a la razón técnica es consecuencia de la racionalización de espacios que nunca han de ser tocados más que por la naturaleza misma del ser humano, no por las construcciones de su intelecto torcido. Freud es uno de los que afirmaba que la colonización cultural de la psiquis traía como consecuencia la represión de los instintos que han construido la vida hasta el presente. Las normas son propias de la naturaleza pero no los controles; el problema de la colonización de espacios que debían ser un misterio de la naturaleza ha puesto al hombre ante una única salida: el temor a la muerte o la vida en neurosis. (Cfr. Freud, 1973, pp.153-165)

En definitiva, la construcción de un juicio que, correspondiendo a la realidad, nunca se apegara únicamente a ella –puesto que la otra cara de la moneda del juicio sintético es la aprehensión exclusiva del *a posteriori* como fundamento unívoco del juicio. Esta situación haría caer al juicio en un sensibilismo extremo, sustentado sobre el error de la sensibilidad humana y la cuantificación de lo que sólo es cualificable, por ejemplo la libertad y la justicia (Locke, 1984, p.51).

Un juicio en que el punto intermedio (en muchos casos radical) de las razones no cediera ante el intuicionismo de los sentidos (generalmente extremo) ni ante la colonización del proceso de formación de las razones del juicio por parte de un tipo de técnica racional constituyente de aquel culto a la simplicidad.

Así pues, la Interpretación que podría realizar algún *sujeto-ser* -objetivo o subjetivo dependiendo de la perspectiva científica con que se aprehenda-³ empieza por el planteamiento de una interrogante ¿qué es interpretar? -siguiendo a Aristóteles y sus categorías filosóficas, nuestra perspectiva empieza por el descubrimiento conceptual del objeto de estudio ¿qué es?, como metodología para el esclarecimiento de la esencia de lo que se quiere aprehender (Aristóteles, 1998, p.237/ Cfr. Platón, 1992). Fueron los teóricos de Frankfurt, de entre ellos T. ADORNO sobresalientemente, quienes desarrollaron la versión más crítica de la *falacia positivista* sobre la posibilidad de una interpretación empirista de la realidad, la cual expresaba en su versión más rancia y radical:

El progreso de la filosofía se encuentra en la consumación de una síntesis de pensamiento analítico y de realidad social. La sociedad no puede seguirse viendo como una mera estática de lo concreto ni como una mera síntesis del movimiento, debe observarse cuantitativamente como una mezcla de los dos, así como la física observa al movimiento y al equilibrio de los cuerpos, así la física social debe observar la estática y el desequilibrio de los cuerpos sociales. [Lo que no podía proyectar Comte es que sus enseñanzas darían como resultado] ...una exclusividad a la cuantificación de los hechos sociales como metodología de

³ Mientras las perspectivas de las teorías individualistas reconocería un sujeto-ser como generador de una acción individual con consecuencias observables como sumatoria de consecuencias parciales, una perspectiva estructuralista no convertiría al interprete en un individuo concientemente particular, sino en un sujeto que ha sido objetivado y como consecuencia puede ser aprehendido por las ciencias (Giddens, 1984, 122-124).

estudio. Con lo cual la interpretación no se convierte en la síntesis de realidad y pensamiento científico, sino en el juicio sobre la estática que deja aprehender la acción humana ceñida por reglas positivas y el [desecho del] ... movimiento que producen estas acciones, movimiento que se convierte en contexto de las justificaciones y motivaciones de la cosmovisión del individuo en la sociedad. (Comte, 1984, p.112).

Versión que posteriormente sería retomada por K. POPPER y J. HABERMAS como complemento de su crítica a la razón de las ciencias sociales y de elemento de justificación de una exhaustiva recuperación de una filosofía analítica profundamente adversa al sentido que habían tomado las ciencias del espíritu a mediados del siglo XX y las sociedades Occidentales; T. ADORNO se hacía eco de aquella vieja crítica roussoniana del siglo XVIII, en el sentido de que las ciencias y las artes han perdido el rumbo de conducción de la humanidad, especialmente de Occidente: “el positivismo no ha encajado en las sociedades libres e igualitarias puesto que no se subordina a la imaginación ni a la estética de la conflictividad racional. La historia de la evolución de las ciencias es la historia del enorme refinamiento matemático de la metodología científica, convirtiéndola sospechosamente en una técnica, minando su concepto mismo” (Adorno, 1978, p.25/ Cfr. Spengler, 1998, p.307).

Volvamos a la pregunta inicial, ahora reformulada para una mejor comprensión de la dirección de análisis que se desea tomar ¿existe la posibilidad de que en el mundo de la vida⁴ esté presente una pluralidad de perspectivas tan adecuadamente amplia, cuyo resultado sea la construcción y ordenación de razones para justificar las posiciones tomadas a partir de juicios sucesivos cuyo producto sea una conclusión favorable o condenable de tal o cual hecho social?. Apoyando estas premisas sobre la pluralidad del mundo de la vida, H. ARENDT afirmaba:

En nuestro tiempo, si se quiere hablar de un concepto, debe empezarse por los prejuicios que todos nosotros tenemos sobre la sustancia de ese concepto (...) pero el juicio

⁴ Entiéndase aquí el mundo de la vida como fundamento incuestionado de la concepción natural del mundo, esto es, el mundo de la vida cotidiana o ámbito de la realidad en el cual el hombre participa continuamente en formas que son al mismo tiempo inevitables y pautadas. Esta concepción del mundo de la vida ha sido expuesta por A. SCHUTZ, (1977, p.25 y sigs). La inclusión del mundo de la vida en la interrogante de ¿qué es la interpretación? permite la introducción de la hermenéutica como esquema de confrontación de la interpretación individual, la cosmovisión del mundo individual y una cosmovisión del mundo universal. Esta confrontación permitiría ampliar el margen de respuesta a la interrogante planteada sobre el sentido y el significado de la interpretación.

sociedad, únicas que pueden encontrar razones más allá de las otorgadas por un contexto histórico colonizado por fuerzas contrarias a la pluralidad, sean desplegadas en el hacer diario y cotidiano de la acción social, mucho menos en las funciones latentes o manifiestas de las instituciones del Estado (Habermas, 1984, p.79).

A estas aserciones los empiristas lógicos, como R. CARNAP, contestarían: "si describimos el pensamiento de cada individuo a través de la filosofía y describimos el movimiento de cada cuerpo a través de la física lograremos encontrar las diferencias que Newton trató de desmitificar, la pluralidad de probabilidades hace a los hombres en su pensamiento al igual que la pluralidad de las formas y los movimientos permite acceder a una física estática y una física dinámica" (Carnap, 1987, p.42); empero, la respuesta de R. CARNAP, más que cualquier otra, encontraría en K. POPPER, un desatino difícil de salvar, puesto que el autor alemán atendiendo a tal desatino de la utilización realizada por Carnap del concepto de corroboración, afirma que "tales desatinos son generados por la ambición de la lógica de conquistar todos los espacios de la interpretación científica, del lenguaje técnico y del mundo de la vida; consecuencia de ello es que cuando la realidad se transforma la interpretación no se transforma con ella sino que, más bien, queda estática y desecha los elementos que ya en esta etapa le son imposibles de aprehender" (Popper, 2001, pp.234-235).

El reduccionismo de la filosofía a la mera lógica formal, trabajo realizado por R. CARNAP y seguido de cerca por los neopositivistas lógicos, es parte de otro mito de la razón, descrito por H. ALBERS como el resultado de una lucha sin cuartel contra la metafísica y la filosofía, puesto que:

En la lucha por la simplificación de la complicada metodología científica de la filosofía dialéctica, los positivistas han menguado la capacidad de pluralismo de interpretaciones del mundo de la vida propia de la interpretación dialéctica, cambiándola por un nuevo totalitarismo interpretativo, la simplicidad de las fórmulas mágicas de relativismo metodológico, en las cuales un mismo objeto puede ser definido a partir de una multiplicidad de metodologías, dando como conclusión un *frankensteine* científico. Los Positivistas asumen que como la razón se encuentra por encima de cualquier metodología, por ser esta volterianamente definida como sinónimo de la verdad, entonces el *medio* puede asumirse como único bajo el paraguas de esta, aunque allí abajo la multiplicidad de perspectivas supere los límites impuestos por el paraguas (Albert, 1973, p.182)

Esto es, el de tratar de hacer pasar todos los camellos por el mismo ojo de las agujas, y aunque las agujas sean de distintos tamaño, siempre existirá la dificultad de hacer del espacio y la materia una mera suposición lógicamente razonada, pero racionalmente imposible de materializar. La anterior parábola pertenece a las tantas presentadas por M. HORKHEIMER, quien denuncia que, “la teoría tradicional olvida que el espacio es infinito y como tal antes de realizar cualquier observación que se pretenda científica es necesario aclarar las limitaciones del trabajo” (Horkheimer, 1999, p.73), lo que Popper denominaría posteriormente demarcación, se convierte en una imposibilidad analítica tratar de ofrecer un mismo conjunto de principios para determinar todos los ámbitos de la estructura social, ni la sociología ni la filosofía respetada estarían de acuerdo con tales pretensiones, sin embargo, parece que la teoría positiva pura se ha apoderado no sólo del derecho, sino de todas las ciencias sociales.

La lógica de R. CARNAP es similar a la lógica del inductivismo tan criticada por K. POPPER, quien la discute a partir de la demostración crítica de la existencia de una mistificada razón total, que, “ante este tipo de totalitarismo empirista e inductivista [producto en buena medida de aquella mistificación], ya los teóricos como Hume y Locke, han dado respuesta. Así, las proposiciones no pueden partir de una única y unívoca realidad, exclusivamente, puesto que de lo contrario la síntesis que proponen los mismos positivistas entre pensamiento racional y acción racional se rompería: si la realidad puede avanzar, evolucionar y transformarse estructuralmente, también lo puede el proceso de construcción de propuestas, aunque esta no sea una realidad muy palpable y, tal vez, sea la realidad la que, en definitiva, promueva el avance de una insuficiente teoría científica [como lo afirma T. KUHN] (...) lo cierto es que la lógica del total inductivismo nos lleva a la regresión infinita o a la fundamentación apriorística de los enunciados” (Popper, 2001, p.27). Para la lógica del positivismo de R. CARNAP, la sucesión de descripciones ha de convertirse en el proceso de construcción de razones para la explicación científica de los hechos reales; sin embargo, ni todos los hechos pueden ser aprehensibles por la ciencia, ni todos son

producto de un proceso acumulativo de construcción paso por paso, pero el positivismo sigue su curso colonizador, y las ciencias se abocan a la mistificación de la razón total, sea por omisión o sea por voluntad, pero siempre se encontrarán con un supuesto dolorosa, sino mortal, para el positivismo y su lógica científica:

Que la realidad en su totalidad o que todos los hechos acontecidos en la realidad sean aprehensibles y comprensibles para las ciencias, especialmente para las ciencias humanas, es una hipótesis perteneciente al mito de la razón total. De ser cierta esta pretensión del positivismo, las previsiones a futuro tendrían un margen de error de cero y la teoría de las probabilidades se convertiría en una disciplina exacta donde las probabilidades se reducirían a una relación 1:1. Si, como en efecto es fácil de verificar, ni siquiera las ciencias de la naturaleza han logrado, en su totalidad, aprehender de esta forma su objeto de estudio, con mayor razón puede afirmarse que este cometido es aún más difícil para las ciencias del espíritu (Albert, 1973, p.193,194).

Lo que se quiere lograr con esta discusión es el desmembramiento de un falso fundamento sobre el que, muchos de los estudios sobre interpretación y razonamiento jurídico y político han estado encerrados hasta el momento⁵.

La interpretación debe partir de la existencia deductiva de fuerzas contradictorias (incluyendo la que se presenta en el interior del ordenamiento y, todavía más, las que se presentan al interior de las propias normas jurídicas) que, una vez recogidas y sistematizadas por la ciencia filosófica llámese funcionalista o

⁵ . Los poquísimos estudios de interpretación y motivación de las sentencias que se han realizado en el marco de la ciencia del Derecho, han basado sus proposiciones inductivas sobre el mito de la razón total del positivismo. La ciencia jurídica de corte analítico, expuesta por la Escuela Italiana del Derecho, está plagada de supuestos a priori y de una metodología inductivamente lógica. Muy al contrario de lo que estos han construido, el razonamiento de la interpretación debe tener como fundamento la dialéctica aprehensiva del objeto de la interpretación: un claro conocimiento del sentido y el significado del discurso o norma que se desea interpretar, sobre lo que han reparado ya lo analíticos, la construcción de una demarcación de la interpretación a realizar, de corte popperiano (de la cual no se ha construido nada), la justificación de las razones que dan acceso a la interpretación (que ha seguido la misma suerte de la anterior), y, en fin, la justificación de las razones que sustentan la interpretación misma, cuya construcción de corte analítico es infinitamente insuficiente para dar cuenta de los resultados de la interpretación. Con lo cual, la interpretación trascendería lo que sólo se ha hecho hasta ahora, esto es, la lógica de la razón de la total aprehensión [como aprehensión perfecta] de las normas y los discursos, y se avocaría, para poder dar cuenta de su actividad, a la reflexión sobre sus alcances, sus limitaciones y sus aportes a la construcción de un sistema de decisión, jurídica y administrativa, más cercano al imperio de los principios dentro del marco del Rule of the Law, siempre en el sentido que este paradigma ha de tener en el contexto de un estado social y democrático de Derecho, que supone la superación o, si se prefiere, la trascendencia, del significado de esa misma expresión en el contexto del estado liberal burgués.

analítica, puedan determinar sus razones para demostrar que su juicio particular es un verdadero punto intermedio entre una razón que se proyecta como constructora de una sociedad justa y un entendimiento particular que no ha sido colonizado por el culto a la simplicidad propuesto por la razón técnica. En cuanto a los estudios de metodología analítica de la decisión judicial, estos, aunque parezca un tanto hipotético, han resultado escasamente contradichos, al extremo que no es desventurado sostener que han sido elevados, por la realidad de los hechos, al nivel de dogmas incontrovertibles. Así, R. DWORKIN y un conjunto muy reducido de autores, ha asumido una posición crítica contradictoria a esta corriente de análisis. El autor de *Los Derechos en Serio* afirma que:

-Son los derechos y los principios individuales, naturales, universales, ciudadanos, los que están en juego en cada interpretación y en cada motivación, por lo que estas no pueden desligarse nunca de la realidad de aquellos principios, dentro de los cuales se encuentran inexorablemente circunscritas, para así evitar lo que ha venido ocurriendo con perjuicio para la justicia y para el derecho como sistema de cohesión social, esto es, que en la realidad del Derecho dentro de la sociedad compleja, las amenazas del totalitarismo de razones y de la relegación de la verdad jurídica a un segundo plano (por sustitución con otros criterios de verdad no aceptables dentro de la sociedad compleja), han desvinculado las decisiones judiciales de los principios constitucionales fundamentales, cuando deberían contener a estos en cada frase discursiva. (Dworkin, 1997, p.145,148)

Correspondería a los mismos filósofos de la Escuela de la Teoría Crítica la afirmación de que tanto la ilustración contemporánea -reflexiva- como la clásica son el campo de batalla que daría como vencedor a uno de los dos contenidos en que se ha bifurcado la razón humana: "en el momento en que empiezan a deslindarse los supuestos conceptos todopoderosos de la ciencia y la filosofía Baconiana y Descartiana en ese preciso momento las fuerzas de la ideología de la burguesía convinieron en hacer realidad los medios para activar materialmente las conclusiones de René Descartes y Francis Bacon, estos medios no fueron otros que la conversión de la imaginación en una mera suposición imposible, que la construcción de un tipo de ética de la convicción con arreglo a meros supuestos comprobables de la razón empírica, en donde el juicio se convertiría en un punto no intermedio entre la razón y el entendimiento, sino que encarnaría a la razón a través del entendimiento de la experiencia" (Kosch, 1978, p.77).

La peor de las consecuencias de esta victoria, es que "la cratología de la bifurcación intencional de la razón se convirtió en la dominación exclusivista de la técnica sobre la finalidad propia de la humanidad, es decir, la conversión de los procesos y las formas en justicia y la relegación de los valores y la imaginación [la cual es parte integral de la reflexión que lleva hacia el pluralismo] a un plano de asistencia de la técnica" (Foucault, 1980, p.117); incluso se ha llegado a tener la infausta certeza científica de que ya no existe ningún contexto racional ni democrático que acepte aquella crítica de F. NIETZCHE, la cual declaraba que: "un orden institucional político o jurídico, pensado para la eliminación de la totalidad de los conflictos sociales u humanos, era una completa abominación" (Nietzsche, 1969, p.105); o acaso de la crítica de J. HABERMAS, quien con respecto a la institucionalización de los procesos y las acciones que llevan a la construcción de la justicia en una sociedad, expresa que "puesto que al ser estos procesos, que se reconocen como comunicativos y producto del consenso de los ciudadanos, de exclusividad de las funciones de las instituciones del Estado (y en muchos casos del Mercado), se contradice la naturaleza de la Justicia... debido a que esta es esencialmente política y comunicativa y, aún perteneciendo a la esencia del Derecho, tal condición no puede afirmar inquisitivamente ni los hombres deben hacer política, ni que su imaginación y pluralidad deben hacer los valores que sustentan el Ordenamiento jurídico (Habermas, 1989. p.173).

Como consecuencia de esta expresa voluntad del positivismo lógico y de la democracia que lo sigue junto con su Constitución y por ende junto con su cosmovisión del Derecho, las enseñanzas de la justicia política de Platón pronto fueron olvidadas, y la justicia, que, conforme al clásico autor, debía permanecer en el plano más alto de las instituciones,

Se convirtió progresivamente en un conjunto sistematizado de fuerzas estáticas y de decisiones donde la verdad se propondría como *resultado* y no como *fundamento* del proceso administrativo judicial, y donde la *validez* vendría dada por la institucionalización de un Ordenamiento jurídico, por cuyo través la palabra y las razones del magistrado de justicia no serían más que las razones del legislador, quien a su vez seguiría la razón técnica colonizadora y unidimensionalizadora del espacio cognoscitivo de un unívoco hombre (*ser*),

cuyo proceso de formación de su personalidad ha sido construido a partir de la repetición de los comentarios ideológicos sin otro fin que no sea la eliminación de la individualidad natural del hombre como sujeto de la historia (Horkheimer, 1974, 31)⁶.

Tan grande debía ser la pluralidad del mundo como absoluto producido más allá de la suma y multiplicación de sus partes, que aún en la inexistencia absoluta del pensamiento utópico y la imaginación, sería la diferencia no visible la que hiciera este presupuesto realidad, es decir, que el todo existente fuere más que la suma de sus partes debido a que sus partes son existentes, pero la vida misma del sistema absoluto permite reproducir estas partes con elementos que aún cuando no sean materiales y no aprehensibles a través de los sentidos, puedan ser parte de las individualidades de cada ser, lo que convertiría a los individuos en seres en sí, en seres que tienen conexiones fuertes con el todo, y aún así se presentan como frágiles posiciones

⁶ M. HORKHEIMER, Apelando a la *Reforma del Entendimiento Humano* de B. ZPINOZA, realiza una propuesta interesante con respecto a la dominación técnica de la razón que fundamenta las acciones del ser contemporáneo. Zpinoza criticaba a los contractualistas que defendían la posición racional del hombre en el Estado de naturaleza, esto es, que un mismo hombre racionalmente capacitado, encontrándose en el Estado natural, se haya convertido en un ser animal, y que cierto día, cansado de su humillante situación, apelaría a esta misma racionalidad para firmar un contrato social institucionalizando la justicia y sus derechos propios, eliminando de un solo plumazo los instintos animales con los que vivió por tanto tiempo, a lo cual llega, según los contractualistas, por el simple hecho de cambiar el contexto político y social. Por tal motivo Zpinoza, al destruir el razonamiento contractualista, en su lugar propone que para que la aspiración de los contractualistas sea posible, a este hombre se le cambie, no sólo ni principalmente el contexto político, jurídico y social, sino sobre todo, el fundamento de su propia racionalidad. Según Horkheimer siguiendo el razonamiento de Zpinoza, lo dicho por los contractualistas es una tautología, ya que no se puede afirmar que aquello que es tan débil en el ser, como es la supuesta razón solapada que se deja llevar por la intuición del ser y su naturaleza conflictiva, se proponga en un simple cambio de contexto como una solución, cuando realmente es el problema. En otro contexto de ideas, pero en el fondo de manera similar a esta cuestión, las propuestas de devolver la justicia a la acción política, generadas a partir de la formación del Estado de Bienestar (Estado social y democrático de Derecho y de justicia), no tienen sentido de orientación, ya que no se puede buscar la solución en el mismo problema, a pesar de que esta tenga que partir de él, esto es, que al menos el Estado Liberal de Derecho, aseguraba un manejo medianamente eficaz de las sucesivas crisis del capitalismo y su sistema de socialización inversa, dado que su orientación de corte positivista le permitía una cohesión social, aunque fuere desde la perspectiva de su rectitud autoritativa. Sin cambiar los fundamentos de este autoritarismo, la justicia que fue convertida en una técnica procesal del Ordenamiento jurídico positivo en el Estado Liberal, y con el mismo fundamento pero debilitado en sus bases autoritativas, ha sido trasladada a (y convertida en) una técnica procesal administrativa, sin mejorar en absoluto la situación de crisis nuestras sociedades actuales, con lo cual asistimos en el Estado de bienestar a una crisis en el propio manejo de la crisis, puesto que los instrumentos para solucionarla están incorrectamente incardinados. Y de ahí Horkheimer acierta en concluir que si la justicia ha sido convertida en una técnica procesal del ordenamiento jurídico, y ello no ha contribuido a la solución del problema, traspasarla a una técnica procesal administrativa no cambiaría en nada la situación actual de nuestra sociedad.

individuales frente al holocausto de los derechos ciudadanos promovidos por los grupos y subgrupos cuya única razón de pertenencia es la subornación de los unos y los otros a sus designios, por lo general ignorantes de lo que realmente son y representan estos derechos:

Atendiendo a la relación individualidad, universalidad, mayoría y minoría social, es necesario recordar dos de los grandes estudios sobre el pluralismo y la democracia que desde las ciencias sociales se han esbozado: por un lado, gracias a la paradoja de CONDORCET hoy sabemos las consecuencias *negativas* que puede traer para la democracia y para la libertad la utilización de un pluralismo mal entendido. Un pluralismo desintegrador y faccionario como el presentado en la Italia del tiempo maquiaveliano no es representante de la conciencia de la sociedad ni de las expresiones de disenso con razones válidas. Al contrario, "representa la posibilidad de que una minoría se convierta en el brazo material de la dominación y la pérdida de libertad de los ciudadanos". Por otro lado, existe una paradoja que puede incluso hacer preferir la unidimensionalidad a la pluralidad desintegradora, esta es la paradoja de la tiranía de las mayorías expuesta por Tocqueville: "atendiendo a las consecuencias de la democratización, las instituciones se acercan al pueblo a preguntar sus deseos, este sin conciencia de ser ni de forma, acusa sin cesar, desmiente atrocidades, conviene en confabularse contra los ordenadores de la sociedad, es decir, contra el sistema institucional, hace promulgar leyes de protección a sus esfuerzos mundanos, y convierte el orden del Estado en un caos entendido sólo por su inconciencia" (Tocqueville, 1998, p.255-258). Este es el pluralismo desintegrador al cual las instituciones deben hacer caso omiso, aquel es el pluralismo desintegrador al cual la ciudadanía debe hacer caso omiso. Ambos representan las dos razones que permiten preferir que las razones de la interpretación sean las colocadas por el Ordenamiento jurídico, sólo que esto no lo es todo, en primer lugar, porque habría que determinar cuáles son las razones del ordenamiento jurídico, y en segundo lugar, porque no todas las razones están incluidas en dicho ordenamiento.

El problema fundamental en este esquema de totalitarismos disfrazados de pluralidad, cuando en su esencia es la tiranía de los *más* la que impera, es que aquellas conexiones del individuo con el todo social, institucional, económico, no se han propuesto normativamente como y no son en la práctica iguales ni construidas a partir de un mismo pensamiento, y esta era una de las críticas al *hombre moderno* expuesta por G. HEGEL:

"Las figuras históricas que han logrado asemejarse al héroe griego por excelencia [Gran Aquiles Divino], no han hecho más que construir la historia de la libertad de los pueblos, allanar el camino hacia la racionalización de los sentidos de la sociedad. Aún en su grandeza, estos hombres se convierten en grandes y tienen conciencia de sí mismos cuando escuchan el aplauso de la muchedumbre a sus pies, y no cuando por esa conciencia se creen por encima de los demás. Esta es la mejor enseñanza de los constructores de historia, que aún construyendo imperios nunca están por encima de estos, puesto que son parte del todo, y el todo siempre será más que la suma de sus esfuerzos y, sin embargo, los hombres de la modernidad han preferido ser individuos que ciudadanos, han preferido la sociedad civil que el Estado y aún desean desde lo más profundo de su corazón pertenecer a un Estado no por su condición de libertad, sino por su protección de las cometidas injusticias de su propiedad" (Hegel, 1999, p.236).

Estas fueron las enseñanzas de Hegel a la ilustración, a partir de la conexión con el *todo* las diferencias entre sus partes constituyentes han de construir absolutamente todo, y esas diferencias se convertirían progresivamente en libertad, en pensamiento materializable. Son similares las consideraciones de Niklas Luhmann sobre el sistema social como absoluto y las relaciones de comunicación intersistémica:

No tendría sentido para la dinamicidad del sistema que todos los medios de comunicación inter sistémicos sean producto de un mismo proceso de estructuración y ordenación de códigos binarios, cada sistema es autopoietico y autorreferente, sin embargo, esto no quiere decir que en su autorreferencia y su autopoiesis un juez no obedezca a la Ley o un representante político no tenga respeto por las demandas del sistema ciudadano, al contrario, es en las relaciones con el entorno donde se forman las diferencias comparativas de los subsistemas (...) de manera contraria, si un sistema social absoluto se reprodujera a sí mismo en dimensiones particulares, dejaría de ser absoluto y su vida sería una vida de interferencias y desplazamientos, semejante a la vida sin riesgo que pretendió construir la razón [técnica de medios] de la ilustración (Luhmann, 1998, pp.390)

De suerte que, una vez demostrada la relación del *todo* y las partes, viéndose las líneas de conexión y diferenciación paralelas en la vida del sistema social o

institucional, ahora un análisis político analítico y jurídico crítico en perspectiva paralela podrá aprehender de una manera más completa el problema de la interpretación y la justificación de decisiones jurídicas y políticas, sus medios y sus fines, y las verdaderas razones de disenso que han producido las posiciones de motivación del magistrado de justicia o del magistrado de administración ejecutiva, disenso que dialécticamente se pretende convertir en consenso, puesto que al ser disenso de lo establecido por incompletitud, inexistencia, insuficiencia o responsabilidad, pretende complementar, construir, validar y/o justificar su propia posición particular, aún cuando esta posición sea parte del todo institucional y siga los límites racionales impuestos por este.

La Interpretación como proceso de comprensión formal ha sido durante la historia de la filología, especialmente de la filología y la epistemología de la modernidad⁷ una de las limitaciones prácticas de las ciencias sociales y de la filosofía en general. Interpretar es para las ciencias del espíritu la consecución de una axiología propia de cosmovisión del hecho social. El interpretar significa la construcción óptica de la fenomenología de las ciencias éticas. D. HUME concebía la interpretación como “un sistema de conceptos en los cuales encerrar parcialmente la realidad, el motivo de la parcialidad es la inconsistencia de una verdadera axiomática en las ciencias éticas, con lo cual, el trabajo de la ciencia [epistemología] no podría ser otro que la creación de tal axiomática” (Hume, 1984, p.196) , esto con el fin de que la fenomenología metodológica de las ciencias, en el caso de D. HUME inductiva, lograra aprehensiones más o menos completas de las acciones del hombre; “no sería sino hasta principios del siglo XX cuando WITTGENSTEIN y HEIDEGGER convinieron en recuperar el interés del ser a la axiomática de la filosofía, y a partir de allí empezar a construirla, formando las respuestas a la

⁷ Definimos aquí y para efectos de no extender los límites prefijados de la investigación, a la modernidad en dos sentidos filosóficos, un primer sentido histórico, refiriéndonos como el espacio histórico que se origina en el renacimiento italiano y se inicia de lleno a principios del siglo XVI; un segundo sentido, epistemológico como un paradigma filosófico normativo, en el cual se han inscrito todos y cada uno de las posiciones de los autores desde Maquiavelo hasta nuestros días.

fenomenología limitada propuesta por Husserl, es decir, la fenomenología eidética” (Apel, 1967, p.112-113)

Para la filosofía jurídica y la filosofía política, Interpretar significa determinar “el proceso que se ha llevado a cabo, no para construir una decisión producto de un juicio de pensamiento lógico cognoscitivo-, sino para construir las razones sobre las cuales fundamentar ese juicio, que en realidad ante las limitaciones propias de los sentidos y la intuición del magistrado de justicia o de la administración pública, se ha presentado en una lógica binaria de extremos: si o no, bueno o malo, benéfico o dañino, justo o injusto” (Arendt, 1995, p.34). Así en lo que respecta a la autores de la *Condición Humana*,

El prejuicio científico se encontrará siempre presente en el análisis de aquellas acciones que se encuentran en ‘transición o construcción’ dentro del plano de la filosofía. Por ejemplo, el estudio de los valores sociales, pertenecen a este tipo de problemas fenomenológicos de las ciencias sociales, los valores son parte de la interpretación científica, pero también son parte de la realidad social, las contradicciones entre un valor que se ha pretendido estatizar y un valor dinámico de la sociedad sólo se podrán eliminar realizando el ejercicio durkheimiano de construir un tipo ideal dentro de un contexto estático de acción, a diferencia del modelo ideal weberiano (Arendt, 1995, p.39-40)

Por este motivo, no fue sino hasta la declaración científico-axiológica acerca de la necesidad de recuperación de las teorías epistemológicas de John Locke y David Hume, realizada por Wittgenstein, cuando la lógica binaria sobre la que yacía el conflicto de la interpretación se empezó a corroer, el mismo Wittgenstein escribía en el *Tractatus*, el hecho de que, “El mundo es la totalidad de los hechos, no de las cosas” debería poderse traducir en la proposición: “La ciencia es un sistema de proposiciones múltiples, no de proposiciones opuestas y limitadas” (Wittgenstein, 1988, p.279). Las consecuencias de tal corrosión del carácter binario de la interpretación abrió un campo totalmente virgen a las ciencias sociales del siglo XX: la teoría analítica, cuestión demostrable en su extensión gracias a las consideraciones de K. O. APEL:

Al pronunciar la célebre frase de que “Ninguna proposición puede enunciar algo sobre sí misma, porque el signo proposicional no puede estar contenido en sí mismo.” Heidegger y Wittgenstein encontraron la puerta a la inclusión del ser en los debates pragmatistas sobre el significado y el sentido de la cosmovisión filosófica del mundo. Una

verdadera revolución filosófica en la modernidad, debido a que el *ser* fue uno de los elementos de la filosofía clásica que ni fue retomado, ni fue transformado por la filosofía moderna, al menos no en su concepción de sentido y significado en el mundo (Apel, 1967, 132).

Sin embargo, la filosofía analítica, aunque hace referencia a las consideraciones de *relatividad* con respecto a las consecuencias materiales - incluyendo las consecuencias de las consecuencias cognoscitivas- de la progresión del lenguaje extra e intra científico, ha tendido a plantear puentes epistemológicos sobre mares revueltos: Uno de los problemas que los mismos autores de la Escuela Italiana de Filosofía Jurídica Analítica han observado, es su doble tendencia al positivismo rancio comteano, y al positivismo pragmático de Charles Pierce y William James. Tanto el positivismo comteano como el pragmatismo clásico poseen dos vetas de las cuales beben sus fundamentos epistemológicos: Francis Bacon y René Descartes. Como consecuencia las críticas de David Hume, John Locke, Immanuel Kant, W. K. F. Hegel y la Escuela Alemana de filosofía analítica de Wittgenstein y Heidegger y de sus sucesores Bertran Russell y George Edward Moore, junto a las críticas de la Escuela de Frankfurt han quedado excluidas de las perspectivas epistemológicas de su filosofía analítica (Cf. Bobbio, 2001, p.17-18).

En la ciencia jurídica, campo donde la filosofía analítica ha alcanzado un gran desarrollo, esta corriente neopositivista ha recuperado los debates en torno a la interpretación sometiéndola a una propia "lógica binaria: Cognoscitivism Ético o Positivism del Proceso Jurídico" (Comanducci, 2004, p. 17-18). P. COMANDUCCI, uno de los principales exponentes de la filosofía analítica Italiana distingue dos tipos consecuenciales de interpretación en el proceso jurídico:

1. Un tipo que designa la atribución de sentidos a hechos, comparaciones y procesos jurídico-materiales, por parte de un magistrado de justicia.

2. Un tipo que designa la atribución de significados a entidades lingüísticas normativas dadas en situaciones contextuales en las que resulta insuficiente el entendimiento por sí mismo del significado propio de dichas entidades⁸ (Comanducci, 2004, p.23).

Esa consideración limitada a la binariedad de los elementos de análisis (sentido/insentido) y de los objetos de estudio (lenguaje/norma) proviene directamente de la adopción de un positivismo heredero del utilitarismo Benthamiano y Spenceriano. Especialmente depositario del positivismo de H. SPENCER, puesto que este autor “apelaba a la codificación binaria de una ética utilitaria para convertir presupuestos de exclusión social en fundamentos de una sociedad bien organizada” (Spencer en Sini, 1999, p.37), así por ejemplo, proponía la liberación del hombre contra las cadenas del autoritarismo impositivo legal del Estado y al mismo tiempo, apelaba a la individualidad y sus consecuencias para autorizar el cobro de impuestos a los ciudadanos. Ambas posiciones totalmente válidas y no contradictorias para el autor. Esta binariedad es reproducida gracias a la utilización radical de una unívoca codificación (binaria) como fenomenología científica, en la cual, “la más mínima acepción de validez o de certeza, de una parte –generalmente incompleta- del objeto de estudio hace que todos los esfuerzos del análisis se dirijan hacia esa parte, terminando el análisis por aceptarla en su totalidad” (Lakatos, 1981, 148).

Desde esta perspectiva (neopositivista) de P. COMANDUCCI, la Interpretación “siempre ha de ser una actividad que corresponde a los procesos de formación de razones de juicio en el individuo que otorga sentido y/o significado a las entidades jurídicas” (Comanducci, 2004, pp.31-32). Importante de destacar es la división de sentidos que realiza el autor italiano: valiéndose de los escritos de A. AYER, referidos a la lingüística, P. COMANDUCCI, divide las razones de certeza de un lenguaje rigurosamente jurídico de las razones de *emoción* de uno que no lo es. De esta forma, las razones de Juicio con mayúscula, corresponden a razones de verdad y/o validez a través de la verdad, y esto representa el elemento que determina la demarcación de una interpretación jurídica de una que no lo es, cuestión que se ha tratado de desmitificar desde el inicio de nuestra investigación (Cfr. Ayer, 1984, p.69). Sin embargo, la Interpretación así definida encierra en *la única probabilidad binaria* la posibilidad de construcción de un modelo analítico efectivamente práctico, puesto que coloca al sujeto otorgante de sentido y/o significado en una elección

obligatoria entre un conjunto de presupuestos de fundamentación preexistentes y binarios, acomodados con la simple frase "elijo este fundamento en su totalidad o lo desecho en su totalidad".

Uno de los principales errores de P. COMANDUCCI, al parecer error general de la mayoría de los exponentes de la Escuela Analítica Italiana, hace referencia a que el autor, *promueve la necesidad epistemológica de concreción de una teoría propia de los límites del significado y del sentido que un magistrado de justicia ha de otorgarle a un documento, norma o a un discurso jurídicos*, se describe como error puesto que, al encerrar en una posición dicotómica radical las fronteras de una probable elección de razones de Juicio a favor de un sentido o un significado o en contra de ambos, la teoría analítica de COMANDUCCI, si bien previene las complicaciones de extensión analítica en el interior de un discurso, cierra la puerta a análisis más extensos, complejos y completos como por ejemplo el análisis triádico del sentido y significado expuesto por G. FREGE: significado/sentido, significado/referencia, sentido/referencia. (Uxia, 1998, p.3).

Principalmente por esta razón, resulta imprescindible construir una clasificación de los asuntos que debemos aprehender para lograr responder a la interrogante de ¿si es posible, en qué caso lo es y cuál es el proceso específico normativo que han de respetar los magistrados de justicia con respecto a la interpretación como actividad jurídica institucional?.

2. Una Necesaria Clasificación:

1. El sentido es parte de proceso de dirección general que se quiera designar a través de la interpretación, por tanto, acudiremos a G. FREGE para ocuparnos de las direcciones con sentido de contenido y las direcciones con sentido de forma.
- 2.El significado es una paradoja del lenguaje en el cual las argumentaciones con o sin sentido son puestas a la prueba de un contexto crítico, en el cuál la

pluralidad –supuesto que exista- se encargaría estructuralmente de movilizar las fuerzas para designar como aceptable o inaceptable un sentido como el propuesto a partir de la Interpretación como herramienta científico-técnica. Para el análisis de este punto trataremos de entablar un debate entre la filosofía crítica alemana, la filosofía analítica italiana y las consideraciones de H. G. GADAMER

3.El juicio es el proceso dual que lleva a la construcción de las razones que lo anteceden y de las razones posteriores a la realización de una Interpretación, por lo cual correspondería al sujeto que designa significados y sentidos, encontrar el proceso adecuado para evitar el culto a la simplicidad impuesto por la razón técnica y la colonización procesal de la justicia, para ello serán de gran ayuda las consideraciones de I. KANT, M. WEBER y J. HABERMAS sobre la contrastación del juicio, su facticidad material y su validez cognoscitiva.

4.Por último y como resultado de las discusiones antecedentes, trataremos de enmarcar estas discusiones en un contexto material real, reconocimiento paradojas y debilidades sobre la interpretación en un contexto de Estado Social de Derecho y bajo las limitaciones de un régimen democrático que se acerca indeteniblemente a un modelo de acción política cada vez más pragmático, todo esto enmarcado en las posiciones de L. FERRAJOLI, C. SCHMITT, H. KELSEN y O. KIRCHEIMER.

2.1. Sobre las consideraciones del sentido y el razonamiento.

Las primeras consideraciones sobre el sentido en el ámbito de las ciencias humanas se deben a los filósofos pre-socráticos. En el momento de los primeros pasos de institucionalización de las ciencias naturales y humanas dos corrientes convergieron y dieron como resultado la filosofía clásica griega y la posterior filosofía jurídica romana. Una de estas corrientes es el estructuralismo Parmenidiano y la otra corresponde a las consideraciones dialécticas de Heráclito; demostrando esto que, “las primeras características de *sentido* de las ciencias fueron aportadas por la

revolución del pensamiento teológico al pensamiento racionalista de la Grecia Antigua, revolución que terminó en las grandes obras de teatro y en la lírica y el movimiento moralista del siglo XVII a.c.” (Kuhn, 1984, p.63). Al afirmar que “el todo es más que la simple suma de las partes”, Parménides combinaba la particularidad atómica con la estructura absoluta de un mundo material, los cuerpos están constituidos de elementos y, como tales, pueden observarse a partir de dos sentidos: un sentido perteneciente a la constitución interior, y un sentido exterior correspondiente al seguimiento de las reglas de un juego racional de configuración del observador hacia dichos cuerpos. Diez siglos después de la elaboración científica de Parménides, se demostró su vigencia en la modernidad, puesto que, existe una analogía constructivista, realizada por F. BACON, hipotéticamente basada en la construcción parmediana, sobre las clasificación del sentido de las ciencias. A partir de esta analogía F. BACÓN expresaba que:

por ser las ciencias del hombre ciencias de la ética, la propia ética del observador quedaría inmiscuida en la observación, [en tal sentido]correspondería a la lógica científica determinar ¿cuáles son los elementos propios del investigador y su ética y cuáles los elementos propios del objeto a estudiar?. La ética constituye la lógica de la epistémé interna del observador, la lógica constituye la epistemología de la ciencia. (Bacon, 1982, p.106).

Por su parte la dialéctica heraclitiana convenía en diferenciar ambos sentidos del absoluto correspondiente a la observación “lo posible de observar no corresponde al todo observable, es parte de una sistematización lógica que le ofrece sentido a la vida material, pero no es ni el sentido mismo de la vida, ni es la totalidad del sentido externo aprehensible por el observador” (Heráclito, 1961, p.29). A partir de tales afirmaciones, el sentido se empezó a convertir en un sistema autorreferente en y de la ciencia, hasta que a mediados del siglo VI a.c empezó a ceder autonomía y a convertirse en parte del gran sistema de la filosofía moral socrática. Correspondería al mismo Sócrates confinar el sentido como sustantivo en un sistema crítico consecuencialista: “los discursos no son inocentes desde el momento en que parte de los vicios y virtudes de los Oradores quedan plasmados en ellos, las virtudes se forman a partir de la necesidad de perfección, los vicios a partir de las enseñanzas sin moral ni respeto por la verdadera vida buena, ambas son resultado de un proceso

largo y complejo y como consecuencia son elementos de una personalidad material específica, originaria del discurso" (Platón, 1992, p.74).

A partir de esta lapidaria pronunciación de la moral socrática, todo enunciado científico o vulgar estaría plasmado de sentidos específicos y como consecuencia el sentido mismo se convertiría en un todo estructural sujeto a la ética socrática del compromiso con la comunidad. Esta ha sido una de las características que ha conservado el *sentido como sustantivo* hasta nuestros días, una característica necesaria de explotar como centro neurálgico de su aprehensión analítica, en correlación con este sentido sustantivo, puede observarse la posición de W. JAMES, "el compromiso de la ciencia pragmática con la humanidad es el compromiso de dar sentido a las cosas difíciles de aprehender por el sentido común, queda de parte de los científicos afirmar la crítica a lo inservible dentro y fuera de las ciencias pragmáticas, es decir, de dar sentido a la ciencia, de estudiar su propio sentido y el sentido del mundo, es a lo que yo llamo el control pragmático de la naturaleza, el control del sentido del mundo por el pragmatismo" (James, 1984, pp.122-123). Ya en el siglo V a.c. correspondió al PLATÓN de la madurez y a la visión crítica de ARISTÓTELES, convertir el sentido en una herramienta crítica de la filosofía: habrá de dejarles el menor peso de todos a los jueces con respecto a las leyes, la *isonomía* (igualdad ante la ley) depende de que la *isegoría* (igualdad de palabras) no acuda a la conciencia de los jueces, de suerte que si esto llegara a pasar ninguna de las razones a las cuales este acuda serán suficientes para dar un sentido de justicia entre tantos diversos sentidos que se han apoderado de un espacio que no admite pluralidades sino una razón unívoca, el espacio cognitivo, de allí que:

Queda por entendido entonces que por fuerza cuando las leyes de la ciudad se conviertan en adiciones sin resultados, los jueces convengan en rehacerlas convenientemente según la forma tradicional en que se han hecho con anterioridad, esta es la única virtud de la realidad sobre las leyes, y es la única forma en que por fuerza el juez pueda incluir parte de sus valores en las instituciones de justicia de la comunidad. Cuestión contraria, por fuerza el juez debe estar sometido a lo que dice la ley, la interpretación sería un ultraje a la institución de justicia (Aristóteles, 1996, p.67)

La anterior representa la otra de las características de la dialéctica del sentido,

a pesar de que el sentido del juez sería institucionalmente aceptable, no necesariamente tiene que escoger entre una jurisprudencia de sentidos, ni el sentido que este asuma designar sería el sentido absoluto de la legislación establecida, de modo tal que para evitarse complicaciones, el sentido se debería mantener como una cuestión unívoca, como una cuestión de un sólo sentido y nada más, como por ejemplo el caso del absoluto hegeliano, en su máxima expresión

lo único que está dado en el mundo es el absoluto, no entiendo a esos filósofos que asumen una relación sistemática entre lo real observable y sus tesis filosóficas, si la libertad no está dada como de hecho se presenta en el mundo contemporáneo, entonces no se podría hablar de los caminos para llegar a ella, si un Estado no ha sido construido, entonces no podríamos hablar de la necesidad de su construcción y los pasos históricos para hacerlo realidad, simplemente este tipo de pensamiento no tiene sentido, puesto que el pensamiento es un fenómeno del actuar histórico y la acción histórica es la superación de lo externo, es decir, de lo sensible. (Hegel, 1980, p.21)

Desde este contexto epistémico, el sentido puede ser aprehendido desde dos perspectivas: una correspondería a la *esencia* del sentido como dirección, la otra corresponde a la *sustancia* del sentido, es decir, el sentido del sentido o el sentido analítico del discurso como herramienta de complementación de un imposible proceso de designación de un sentido único para todos los casos y todos los contextos, autores como I. KANT Y G. HEGEL, también se han encontrado inmersos en este debate, al menos en lo que corresponde al sentido como dirección teleológica de la historia, así por ejemplo un pequeño pasaje de HEGEL "las acciones y sus consecuencias tienen un sentido específico, las batallas en el altar terrenal no tienen otro sentido que la libertad, y la libertad no tiene otra dirección que el absoluto de libertad, el *nous* (pensamiento) puro" (Hegel, 1996, p.211). Ya en el siglo XX, correspondería a M. HEIDEGGER, una nueva apertura hacia la hermenéutica del sentido, o el ser del sentido teleológico. "El *ser* con sentido no es un simple hecho presente, es un *ser-en-el-mundo* con sentido y como tal no puede actuar sin involucrar al mundo en su haber, sabiendo que en él se inscribe su sentido de existencia, el sentido del *ser-en-el-mundo* no es otro que la superación de lo externo y de su sentido colonizador; como afirmaba Kant, salir de una minoría de edad, por tanto, el sentido del sentido es la superación del sentido actual dado, es la trascendencia del sentido"

(Heidegger, 1999, p.186).

Por su parte, dentro de la filosofía analítica el sentido correspondería a la fase inicial de la interpretación, ¿existe la necesidad de dar sentido a algo que ya formal y expresamente lo posee?, es allí donde la investigación por medio de la falsación popperiana se hace presente en el proceso de interpretación, P. COMANDUCCI, afirma que, "la fase inicial de la filosofía analítica es la determinación del sentido oculto de los enunciados. Si queremos determinar analíticamente la situación de una norma por ejemplo, es necesario advertir la interrogante ¿en qué sentido conocemos la norma? y ¿cuál sería el límite del sentido del conocimiento de una norma?" (Comanducci, 2004, p.13).

Se ha comprobado que la historia cambia efectivamente el contenido de los sentidos a partir de un cambio de formas procedimentales de los contextos: así, afirmaba MONTESQUIEU, "ni las leyes de un sistema de valores sociales establecidos en un contexto histórico son semejantes a las de leyes del mismo contexto histórico pero de diferente sistema de valores culturales, ni un mismo sistema de valores culturales aún con pocos cambios puede proyectar a lo largo de su desenvolvimiento histórico un mismo sentido práctico a sus leyes, siquiera que sean las mismas normas con cambios diminutos en su contenido" (Montesquieu, 1984, p.460). De manera tal que, la presencia de la opinión del pueblo en la reproducción de los valores institucionales y de allí a los asuntos legislativos, representa el rompimiento de esta ley de la historia y el curso hacia la destrucción de las instituciones. Por lo cual, los elementos que constituyen un sentido, en este caso el sentido de las leyes, no pueden combinarse con elementos de sentido que no sean formados a partir de la razón institucional, es decir, a partir del sentido común.

De manera similar el sentido ha de estar sometido a los cambios del contexto histórico y valorativo cultural como una forma de evolución conceptual, así lo propone W. DILTHEY, quien, conviniendo en reafirmar un concepto propio

denominado *Erleben* (sentido inmediato) asintió:

De la historia su sentido desconocemos, al menos su sentido ulterior, lo que sí podemos aprehender es su sentido inmediato, el juego contextual sobre el que se desplazan las acciones que forman la experiencia del presente, las acciones pasadas habrá que estudiarlas con valores pasados, y el descubrimiento de estos valores es el principio de existencia de la historia (Dilthey, 1978, p.206).

Por tanto, a pesar del mantenimiento de dos características fundamentales del sentido que constituyen su esencia, la sustancia de este concepto ha variado en el contexto de los cambios históricos de la modernidad. Uno de los principales cambios fue observado por W. DILTHEY; este autor afirmaba que "el sentido de las ciencias del espíritu es la posibilidad única de comprensión del sentido del mundo humano y de las acciones que se desprenden de la interacción de sus miembros, a través de una comprensión anterior, la de la diversidad de relaciones entre el sujeto que observa y la realidad que es observada" (Dilthey, 1978, p.75), en nuestro caso entre el sujeto que designa sentido y el discurso cuyo sentido ha entrado en la lógica del juego de la pluralidad de perspectivas y no ha pasado el *test* de verificación por confrontación de razones para su fundamentación;

Esta pluralidad estará representada por lo que Wittgenstein denominaba juegos del lenguaje, es decir, el contexto de valores de lenguaje que enmarca un discurso dado en un espacio comunicativo dado. Este contextualismo tiene una única finalidad, la búsqueda del reconocimiento del sentido de la visión particular sobre el sentido de la visión estructural, aunque por lo general aquel primer sentido se enmarca en el interior del segundo. (Habermas, 2000, p.272)

Sin embargo, la característica propia de este procedimiento de dar sentido es su apego a un *Erleben* (sentido inmediato), es decir, un apego a un doble proceso de objetivación, una objetivación dirigida a la cuantificación de las *razones de fundamentación* con lo cual se planteará la tesis de acceder al permiso para dar un sentido distinto al presentado anteriormente por la norma, o en su defecto al omitido o no detectado; y un proceso de objetivación de las *razones que considere suficientes* para designar un sentido luego de realizada la interpretación - El *Erleben* de Dilthey representa la sintetización del proceso de objetivación constituido a partir de la experiencia inmediata. El sentido de una acción ética está determinado por la justificación interna que el sujeto que la realizó pueda exponer, y de no exponerla,

servirán los intereses que subyacen a ella o las consecuencias y reparaciones que dicho sujeto realice. Por lo general, el sentido así definido es inherente y corresponde a la interpretación encontrar el camino más objetivo hacia dicha inherencia-. A pesar que la contribución pragmática de Dilthey es una de las nuevas características del sentido designado por el magistrado de justicia en el Estado Social de Derecho, es una contribución necesaria de atender pero insuficiente para lograr captar completamente las otras dos características del sentido como dirección espacial discursiva, las cuales permiten que no sea el cognocitivismos el que lleve a destino preprogramado la realidad, como sucede con la Interpretación del culto a la simplicidad de la razón técnica, sino que sea la realidad la que obligue por falsación del sentido primigenio a cambiarlo, dando acceso a la formación de un nuevo sentido a partir de la labor del magistrado de justicia ⁹, y esta es una de las razones fuertes para afirmar que el juez no puede ser, como lo creía Montesquieu, la boca de la ley, puesto que, un magistrado de justicia podría argumentar sus justificaciones in ningún tipo de problema trascendente, en una lógica binaria que desecha una o varias normas, incluso algunos principios por incompletitud ante la realidad sobre la que debe decidir; sin embargo, este mismo magistrado se enfrentaría a una crisis argumental en el preciso momento en que, valiéndose de un *Erleben* que desconoce, sustituya en su totalidad esos principios y normas y los lleve a su exclusión una vez se haya constituido la correspondiente jurisprudencia, cuestión que tendría asidero abierto en la psiquis de otro magistrado cuya lógica de juicio sea binariamente similar.

Esta relación del discurso material con la lógica del acceso a la designación de un sentido distinto del primigenio se presenta como una relación perteneciente a la característica dialéctica del sentido elaborada por HERÁCLITO y retomada por ARISTÓTELES y HEGEL:

si el sentido proviene de la razón particular que deja parte de sí en un discurso, entonces difícilmente a través de la lógica formal se comprendería por qué tiene que ser la

realidad la que termine estableciendo el destino final de dirección y sentido de un discurso [pensamiento], cuestión que sería realizable a través de la negación de la existencia completa de razones absolutas del discurso y de la necesidad de confrontación con el complemento absoluto; de tal confrontación de un sentido incompleto con la necesidad absoluta de que le sea designado un nuevo sentido, se establecerá la síntesis que representará el camino intermedio entre el cognoscitivismo ético y la propuesta de incompetencia del magistrado de justicia para llevar a cabo, desde sus limitaciones particulares, un proceso similar al del legislador en su haber institucional (Hegel, 1983, pp.12-13).

Correspondería a M. WEBER complementar las conceptualizaciones sobre el sentido del sentido, es decir, sobre la comprensión de un primer sentido expuesto u oculto pero existente, la comprensión de su incompletitud y la comprensión de las justificaciones suficientes del subsiguiente designado nuevo sentido:

Para Weber el *Erleben* era un concepto epistemológico fundamental en las ciencias éticas, permitía una diferenciación entre la metodología para la aprehensión de los objetos físicos naturales y las acciones subjetivas materiales -como es la designación de sentido-; sin embargo, el *Erleben* sometándose a sí mismo a la inmediatez de la experiencia más que a la superioridad de una razón de las ciencias, somete a su vez al sentido a una justificación basada en esa misma inmediatez con lo cual se convertiría en un inductivismo de asignación de sentido: cada vez que sea revisado toda vez que será designado un sentido distinto, hasta el punto de perderse el punto de partida que no es otro que el mismo Ordenamiento jurídico (Rossi, 1973, p.19).

Para evitar los problemas de la inmediatez del *Erleben* de DILTHEY, M. WEBER proponía un paralelismo con el *Verstehen*, es decir, con la comprensión. Este concepto lleva al designador de sentido a entender obligatoriamente el sentido anterior, sea este mostrado de manera simple o se encuentre en una maraña de intransigentes complejidades inherentes. La comprensión del sentido primigenio lleva a la determinación de los límites de la asignación de un sentido distinto, es decir, contestaría a la interrogante sobre qué tan distinto podría ser el sentido que se le otorgue a un discurso cuyo sentido se ha convertido en insuficiente y fácilmente falsable - Esta es una de las objeciones que a la crítica de las ciencias sociales, especialmente a la crítica popperiana ha realizado I. LAKATOS. "Popper no ha sido poco tendiente a la crítica excesiva y sin límites de las teorías científicas, asumiendo que o bien ofrecen una versión empobrecida y truncada o bien distorsionan los hechos, Popper convierte las anomalías en experimentos cruciales y exagera su impacto instantáneo sobre la corroboración" (Lakatos, 1981, p.269).

Por este motivo es necesario tener cuidado en la crítica a los elementos que constituyen un discurso, determinando su peso dentro de este, sus interacciones externas y las relaciones que puedan construir hacia el exterior-. Pero también lleva a la eliminación de la carga de intuición que se logra producir en el magistrado de justicia una vez que se otorga el acceso a la designación de un sentido a un discurso o norma, y que tanto aborrecimiento producía en ARISTÓTELES y MONTESQUIEU; M. WEBER, expresaba en este sentido su versión:

Los valores éticos no se separan de la investigación ni del investigador, aún entre dichos valores, existe la posibilidad de transformar algunos enunciados en enunciados objetivos, siguiendo un buen proceso de investigación científica. La determinación deductivo-hipotética se presenta cargada de valores, es el problema que lleva a la motorización de los recursos investigativos. Un punto intermedio entre juicios de valor y juicios sintéticos se hace presente: la observación de las relaciones y la comprobación de validez del problema con respecto a otros problemas de estudio y con respecto a los procesos de reproducción social, denominada etapa de los juicios con arreglo a los valores. A partir de este momento la comprensión se convierte en un proceso meramente objetivo, resultando en conclusiones a verificar y a comprobar [verificables y falsables] al mismo tiempo(Weber, 1973, p.227)

De manera tal que tanto el *Erleben* como medio de objetivación, como el *Verstehen* comprensivo como medio de limitación representan ambos métodos de control de la designación de un sentido a una norma o un discurso. Con lo cual se estaría recuperando la otra característica esencial del sentido: que a pesar de ser una partícula dentro del Ordenamiento jurídico, la posibilidad de llevar a cabo una función del todo en menor grado pero con la misma esencia, no implica el desborde de las fronteras del todo, dado que este es más que la suma de las interacciones de las partes que lo constituyen, característica propia de la filosofía de corte estructuralista de Parménides.

A partir de aquí nuestra labor de investigación estará centrada en la construcción de puentes sistemáticos de interacción entre la lógica de los sentidos del discurso vista desde las categorías de forma y contenido de G. FREGE y las características que constituyen la recuperación de los elementos esenciales del sentido. Para iniciar nuestro trabajo constructivo es necesario definir forma y contenido de un discurso argumentativo-justificativo, de allí se sigue que,

El contenido de un discurso, entiéndase metalenguaje, lenguaje, norma, se define a partir de las conexiones que posee la semántica expresada con la esencia intencional del discurso. Por ejemplo, si Pedro quiere demostrar a través de palabras bien preparadas o poco preparadas algo a María, entonces las intensidades del discursos que atraviesen o transiten cerca de lo que racional e intencionalmente quiere demostrar Pedro, corresponderían al contenido del discurso de este (Wittgenstein, 1983, p.182).

Esta es la relación entre sentido-significado-consecuencia-compromiso-capacidad, y representa una de las unidades básicas del análisis de la relación triádica del sentido y significado propuesta por Charles Peirce: representación, objeto e interpretante. Para que algo funcione como representación tiene necesariamente que hacer referencia a un objeto y determinar un interpretante. Tanto las relaciones semánticas de G. FREGE, como las del Ch. PIERCE, representan dos relaciones semánticas imprescindibles para la construcción de nuestro modelo crítico y de aquellos puentes sistemáticos de interacción discursiva.

Por su parte, la forma consistiría en el mecanismo técnico que se tenga, sea el óptimo o no, para materializar la expresividad del contenido que intencionalmente se pretende mostrar. Las formas poseen un peso relativo al contexto en que los contenidos se quieran expresar, así por ejemplo un contexto de lenguaje técnico como la ciencia podría desechar una idea brillante por el simple hecho de no establecer una relación hipotética de causa efecto en una forma metodológicamente aceptable para el auditorium de la ciencia. Así los puentes entre la lógica del todo y las partes del sentido y la dialéctica de los accesos y justificaciones del sentido, se encargarían de construir dos posibles relaciones: 1.La esencia del contenido del sentido y la característica dialéctica del sentido, y 2.La forma del contenido del sentido y la relación contextual del todo y las partes (Cfr. Rorty, 1993, p.49-77).

Por un lado, la lógica de las contradicciones es parte fundamental de la operatividad del relativismo en los contenidos de sentido de un discurso, la síntesis no necesariamente puede ser tomada como un destino final de una confrontación de contradictorios absolutos, también puede ser tomada como una culminación parcial de un proceso de formación de contenido de sentido a partir de fundamentos ya

predispuestos, como es el caso de las normas del ordenamiento jurídico, distinguibles de estos, pero con una amplia reciprocidad en cuanto a completitud, falsación y verificabilidad. Por su parte, la lógica de la subsunción de la acción del magistrado de justicia a las normativas del contexto institucional puede reasegurar márgenes de limitación específicos entre la labor de reconstrucción de sentidos a través de la designación de uno específico, y la concepción de comprensión que promueve limitaciones inherentes una vez se haya cumplido con la labor del *Erleben* y el *Verstehen* en paralelo (Ferrajoli, 2001, pp.33-90).

2.2 Significados y Designación de significados.

J. HABERMAS se ha enfrentado constantemente a las paradojas conceptuales provenientes del análisis del lenguaje como sistema de comunicación e interacción social. Las dos paradojas que destaca el autor alemán hacen referencia a una relación dual entre Validez y Justificación, y entre Validez y Facticidad:

"el acuerdo es inherente como *telos* al lenguaje humano. Sustituye las versiones rígidas del poder como violencia a una versión racional reflexiva de comunicación como lo refería Hannah Arendt. Acuerdo y lenguaje [principios fundamentales del proceso de reproducción del sistema social dentro de nuestra sociedad del conocimiento y la información] a pesar de no relacionarse como medio y como fin, Sólo podemos precisar el concepto de acuerdo cuando precisamos lo que significa utilizar proposiciones con sentido comunicativo. Lo que implicaría que un sistema de interacción comunicativa ni tendría autoridades absolutas ni medios para lograr tal situación, y el mejor medio para eliminar la posibilidad de tal autoridad es la justificación a través de este lenguaje que se encuentra recíprocamente interpretado por el acuerdo (Habermas, 2001, p.387)

La teoría del discurso ha asumido tres grandes posiciones con respecto al significado de estas paradojas del discurso que se pretende racional y consensual:

1.Una teoría de la contingencia del lenguaje de significados propia de la corriente pragmatista de la filosofía analítica norteamericana encabezada por Ch. PIERCE, W. JAMES y R. RORTY -relación validez-justificación.

2.Una corriente crítica científica constituida por dos posiciones opuestas y complementarias, el neopositivismo crítico de K. POPPER y los análisis de T. ADORNO y J. HABERMAS, quienes encuentran en la

constitución misma del lenguaje y sus usos materiales en una sociedad articulada por intereses y dominaciones, una veta rica en consecuencias positivas y negativas para las ciencias sociales y para la organización misma de la sociedad -relación validez-facticidad.

3. y una corriente crítica de las dos anteriores encabezadas por T. NAGEL, J. DERRIDA y H. G. GADAMER, en una relación discurso-ciencia-hermenéutica.

Ch. PIERCE, uno de los grandes teóricos del pragmatismo extraía algunas categorías analíticas de los significados, de los mismos principios generales del pragmatismo:

Considerar cuáles son los efectos prácticos que pensamos pueden ser producidos por el objeto de nuestra concepción, y a través de tal concepción determinar el significado de las comunicaciones y de las acciones materiales no comunicativas. La concepción de todos estos efectos es la concepción completa del objeto. De tal suerte que si nuestra concepción subjetiva nos lleva a habituarnos a una posición contradictoria como los mandatos del Estado y sus impuestos por ejemplo, a pesar de las verdades a las que apele y a pesar de las virtudes con las que trate de encontrar aprobación, ante las consecuencias de la expropiación, siempre el significado de sus alegaciones será el mismo: una práctica de injusticia que rompe con el contrato social. Cuestión que también se muestra contraria cuando se habitúa el pensamiento a la justificación de una acción, cuyos significados serán similares a su perspectiva positiva de las consecuencias que se cree habitualmente que podría tener una acción lingüística o material.

La cita de PIERCE termina así con una aclaratoria sobre el significado y el hábito

Para desarrollar el significado de un pensamiento es necesario pues simplemente determinar qué hábitos produce, pues el sentido de una cosa consiste simplemente en los hábitos que ella implica. El carácter de un hábito depende de la manera en la que él puede hacernos reaccionar no solamente en tal circunstancia probable, sino en toda circunstancia posible, por más improbable que pueda ser. Lo que sea un hábito depende de estos dos puntos: cuándo y cómo él hace reaccionar. Con respecto al primer punto: ¿cuándo? Estimulando totalmente a la acción derivada de una percepción; con respecto al segundo punto: ¿cómo? El fin de toda acción es el de llevar a un resultado sensible. Nos atenemos así a lo tangible y lo práctico como base de toda diferencia de significado, sea todo lo sutil que ella pueda ser. (Pierce, 1999, pp.58-61).

Como afirma M. UXIA RIVAS, que existe una complejidad inherente al pensamiento sobre el significado expuesto por Ch. PIERCE, este autor pensaba que,

El significado de un discurso tiene una estrecha relación con la subjetividad de cada receptor inmerso en el debate sobre la pregunta ¿qué significado podemos atribuir a este discurso inmediato o norma tradicional? Al igual que el sentido, el significado posee su propia esencia y su propia sustancia, la primera viene dada por una doble característica: 1. Designación inicial de la autoridad de significado que otorga el constructor del discurso,

asumiendo que tal contenido de comunicación quiere significar una específica consecuencia y quiere motivar tal o cual acción, restringiéndola o permisándola -imperativos, apelativos, constructivos, designativos, definitorios, conceptualizadores, de subsunción. 2. Designación consecucional del significado, es decir, si en el interior del proceso de construcción de un discurso la autoridad del o los constructores asumen un juego de suma variable, en el exterior -hacia el o los receptores- del proceso del discurso se asume un juego de autoridad de suma cero (Uxia, 1998, p.7)

Lo más característico de este doble juego, es un proceso de refracción de las consecuencias en el significado, es decir, que exista una autoridad capaz de llevar a cabo todas las consecuencias materiales de los términos constitutivos del significado y, a partir de allí, tenga la posibilidad de iniciar un nuevo proceso ahora de reconstrucción para reafirmar su autoridad de significado específico y unívoco o para reformularlo parcial o totalmente.

La sustancia del significado posee de igual forma una estrecha relación con los grados de autonomía que pueda adquirir por sí mismo un significado con respecto a su proceso de construcción. Al parecer en un contexto de pluralidad y de atención al significado sustantivo, la autoridad que ha impuesto este u otro significado pierde vigencia -aunque no necesariamente validez-, y se produce una especie de autopoiesis del significado, donde la subjetividad de los miembros en relación con el discurso se convierte en un espejo de la verdad del significado, más no de su validez puesto que esta se ha escondido tras las sombras de la eliminación de autoridades rígidas en un contexto de consenso. De manera similar como ocurre en la paradoja del significado expuesta por Pierce, anteriormente citada, la autoridad subjetiva que se encarga de llevar a cabo la construcción misma del discurso pierde su validez para imponer un límite a las interpretaciones del significado primario del discurso, puesto que no puede enclaustrar el hábito de los receptores en fronteras específicas, cuestión que se presenta en la ya citada paradoja de Humpty-Dumpty y Alicia, donde la pregunta de Alicia hacía referencia a las consideraciones de capacidad del creador de lo dicho para que el sentido y el significado de lo comunicado fuere tal y como él lo prefiriera. De suerte que, el significado en el mundo material se convierte en una especie de subsistema autopoietico y autorrefrente, no sólo autónomo sino en muchos

casos independiente de la autoridad que le ha dado sentido unívoco y que le ha propuesto como función principal una consecuencia comunicativa específica.

Ha sido R. RORTY, quien más ha contribuido a observar las contingencias del significado del discurso. El pragmatismo Rortyano se ha basado en una mezcla de funcionalismo lingüístico y de utilitarismo comunicativo con el fin de poner coto a la dispersión que la relación signo-referente ha colocado al significado,

De observar a la comunicación como producto racionalizado de la intuición humana, entonces, se comprendería el temor de los constructores de un discurso para convertir su autoridad en validez, la naturaleza del instinto es defensiva por naturaleza y aprehenderá a una autoridad comunicativa del significado como una amenaza a sus propias posiciones de autoridad con respecto al significado propiamente dicho, [así pues] Correspondería de Dewey expresar que la autoridad se ha relativizado en nuestro contexto de democracia y pluralidad, quien ose construir la validez de sus argumentos en fundamentos de universalidad, se encontrará con un renacer de la razón natural de los hombres, ese renacer hace referencia a su deseo de libertad de toda autoridad, hasta de su propia ética particular" (Rorty, 2000, p.85)

Por tal razón, correspondería a la capacidad comunicativa la función de materializar las consecuencias del significado para demostrar, validándolo a través de la imposición real, cuales son las verdaderas características y límites de un significado específico. Pero esta capacidad, afirma Rorty

Se encuentra íntimamente ligada a la misma naturaleza de la comunicación, por tanto, las relaciones coste-beneficio son un parámetro de influencia directa sobre los grados de capacidad de aplicación material de las consecuencias de un discurso, es decir, sobre la autoridad misma que determina el significado de un discurso o norma [esto porque] La Idea no puede estar ahí afuera como creían los ilustrados, puesto que las proposiciones no empiezan ni terminan ahí afuera, de modo que incluso el significado de la verdad se ha convertido en un sin lugar dentro de la filosofía social. El mundo está ahí afuera, pero la interpretación del mundo y los significados que de ella se desprenden no están allí, por tanto, es en el momento de la comunicación, es decir, de la interacción de subjetividades cuando, tiene sentido hablar de significados (Rorty, 1991, p.25)

Los positivistas cortaron estas contradicciones de raíz, asumieron que al convertirse el proceso exterior del discurso -proceso de comunicación- en un asunto de objetividad, no habría otra autoridad vigente que la validez de la comprobación empírica, de manera tal que,

Los positivistas, desde Descartes y Bacon, al encasillar la imaginación que compone la subjetividad en la experiencia que compone la objetividad comprobatoria de los discursos, asumen una posición contraria a la del pragmatismo. Las interpretaciones del mundo no pueden partir de una construcción metafísica del pensamiento, puesto que el pensamiento se forma a partir de la

experiencia, de manera contraria entonces el trabajo de Locke sobre la inexistencia de ideas innatas no tendría sentido, ya que los elementos de la subjetividad que se forman a partir de otra subjetividad, la del alma propia, serían los elementos que componen las interpretaciones del mundo, y no la realidad del mundo tal y como es (Moore, 1983, p.77).

El problema que enfrentarían los defensores de esta corriente en la actualidad, haría referencia a la dualidad de la complejidad social y a la comprobación de que el inductivismo no es parte de un segmento de objetivación de las ciencias, puesto que si en definitiva las acciones sociales, incluyendo la comunicación son comprensibles en su totalidad en la subjetividad del constructor lingüístico, quedaría a la ciencia un acercamiento oportuno a dicha comprensión total, con lo cual los grados de objetividad partirían no de una razón total como lo expresaba Comte, sino de un conjunto de razones subjetivas y particulares encargadas de dar sentido y significado a su propia autoridad comunicativa, por ello, afirma N- LUHMANN,

La sociología comprensiva ha tratado de demostrar desde Simmel hasta Luhmann, que las acciones sociales de los sujetos tienen fundamentos duales de objetivación y subjetivación. Los sistemas cognitivos son parte del mecanismo comunicativo del sistema social, su autopoiesis los hace constructores de su propia imaginación, son los subsistemas más activos y menos limitados en sus acciones, pero al mismo tiempo son los subsistemas cuya relación con el entorno está más redificada, puesto que su esquema comunicativo abarca todos los espacios del entorno interior del sistema social, de modo que todos los subsistemas se relacionan con sus elementos de lenguaje comunicativo. Y esta es una realidad, debido a la posibilidad tangible de que los sistemas se apliquen a sí mismos las características propias del concepto de sistema, por ejemplo un afuera/adentro, cuestión que la han desarrollado en su casi totalidad los sistemas cognitivos (Luhmann, 1998, p.28)

Otra de las propuestas con respecto al significado viene dada por la teoría crítica positivista y crítica dialéctica. K. POPPER como uno de los máximos exponentes del neopositivismo crítico ha asumido posición con respecto a las consideraciones del significado del lenguaje técnico y del lenguaje ordinario:

Las propuestas de significado como expresiones máximas de la conciencia del sujeto, no son más que simples conjeturas inferenciales de una hipótesis por demostrar. Las propuestas hipotéticas nacen de un proceso de pensamiento deductivo, y aunque se demuestren y verifiquen a través de una metodología inductiva, el significado siempre es parte del deductivismo propio de la propuesta hipotética, por tanto el significado nace allí, en la gran propuesta y se diluye con la misma atinencia a lo largo del proceso de verificación (...). El punto de partida de las ciencias es siempre el problema, y el punto de partida de los enunciados científicos es la proposición sistemática deductiva -no podría ser de otra manera- de las razones fundantes de esa interpretación lógica de la realidad que ha dado como consecuencia una hipótesis científica sobre qué, cuál, cómo, dónde y por qué esa hipótesis del problema (Popper, 1973, p.103).

Al diluirse en el proceso de verificación la autoridad inscrita en el significado, esta pierde constitutividad subjetiva y se va formando como una autoridad que en vez

de llevar a la subjetivización totalitaria de los significados, lleva a una confrontación continua con la objetivación de las propuestas, de sus significados y de sus conclusiones materiales. Para POPPER, la metodología inductiva

Siempre llevará a dos grandes problemas en los procesos de comunicación del lenguaje técnico, por un lado lleva a una regresión infinita en la cual la autoridad de significado primigenio puede reproducirse a sí misma por aquella tendencia a la autonomización del proceso de construcción inductiva de las propuestas; por otro lado, lleva a la incoherencia de tantos planos espaciales de contrastación que generan la pérdida de la convicción esencial del significado y de su propia autoridad (Popper, 2001, p.30)

La crítica popperiana se dirige con igual intensidad hacia la aprehensión natural-positivista del significado verificable de un enunciado hipotético o de un discurso en lenguaje especializado, como el del magistrado de justicia. "Los positivistas suelen aprehender el problema de la demarcación-[de significados a asignar] como si fuere un problema de significados de las ciencias naturales" (Popper, 2001, p.35); como consecuencia, se afirma que la metafísica propia de la deducción es sólo "parloteo", con lo cual, el significado empieza a buscar raíz material por todos los rincones de la experiencia, a sabiendas que su fundamento es la autoridad de sujeto que produce el discurso, lo que se materializa es dicha autoridad y esta como fundamento de la demarcación del significado transforma al significado mismo en un subproducto de la autoridad, es decir, en una propuesta ajena a la verificabilidad, la contrastación y la verificación, a un totalitarismo del significado que no necesariamente corresponderá al significado primigenio.

Por último, las afirmaciones de K. POPPER sobre el significado dirigen los esfuerzos de la ciencia hacia la aprehensión problemática del significado: para POPPER,

La ignorancia es el punto de partida de los problemas de las ciencias humanas, de no existir ignorancia sobre la resolución de los problemas y sobre la ubicación de algún problema, no tendría sentido la existencia de la ciencia (...) Sea por que los enunciados erróneos que rayan en la ignorancia más descarada tienen el poder de sobrevivir alejados de la interpretación de la realidad real, o porque el trabajo de la ciencia sea el de desestructurar la institución que en las mismas ciencias estos enunciados proponen, la ignorancia se supone como uno de los pasos iniciales a la formación del conocimiento científico (Popper, 1994, pp. 23-24-25).

Es por tal razón, que se propone un nuevo paso de acceso hacia la designación

de significado de un enunciado discursivo o de una norma jurídica, esa nueva vía ilimitada es la problematización del significado problemático más allá de la simple incompletitud. Esta problematización del significado tiene dos vetas de aprehensión: la coherencia de significado y la eficacia de significado, de allí que W. C. CANARIS, haya propuesto un sistema de análisis teórico que convierta a la coherencia del significado y a la eficacia del significado en parte integral del giro lingüístico que ha tomado la ciencia, especialmente la ciencia jurídica de finales de siglo. La eficiencia es parte de la pragmática institucional de nuestras sociedades, la coherencia es parte de la institucionalización de las formas comunicativas en las que el Derecho y otras ciencias se encuentran enclaustradas. Por tal motivo ambas concepciones se proponen como fuentes de control y verificación de las ciencias sociales en nuestros días. (Cfr. Canaris, 1995, pp.27-28).

La jurisprudencia de significados ha de superarse a través de la expansión del pensamiento problemático, afirma C. W. CANARIS. En esta misma corriente de pensamiento, la eficacia de las teorías jurídicas debe medirse de manera similar ante la función de alternatividad ante los nuevos problemas del Derecho. La jurisprudencia de significados es una de las características de las ciencias de la modernidad, cuestión que siquiera es superada en las etapas de transformación de los paradigmas científicos, afirma T. KUHN; esta alternatividad de las teorías consiste en la construcción de nuevos significados para nuevos referentes, es decir, que no basta con las propuestas de W. JAMES, sobre nuevos nombres para viejos conceptos, sino que los nuevos conceptos deben ser para la aprehensión de nuevos problemas más que de nuevos nombres. (Cfr. Kuhn, 1984, p.209).

Por consiguiente es necesario dilucidar el significado del conjunto de enunciados básicos que enmarca un discurso o norma específica. Para lograr el ascenso del pensamiento problemático existen dos modos científicos eficientes: uno hace referencia a la construcción de un significado a partir de una dilución inductiva que permita la materialización consecuencial sistemática mediante la integración de

dicho significado en un orden de cosas más amplio, sea este orden un espacio a priori o material. El otro es consecuencia directa de la primera, los conceptos de eficacia y coherencia han de representar para el análisis del significado y sus consecuencias materiales la mejor forma de aprehensión empírica del significado que no necesariamente desemboque en un inductivismo regresionista o apriorístico.

El contexto de significado tiene una estrecha relación con la posibilidad de integración de un significado particular en un sistema de significado presupuesto y normado, póngase el caso de las instituciones legislativas y de las instituciones jurisdiccionales. El conjunto de principios de la ciencia jurídica y de la filosofía debería servir como ese espacio en el cual se lograría integrar al significado que se quiere analizar. Por esta razón una de las primeras metas de la ciencia jurídica, afirma L. FERRAJOLI, "es la socialización técnica de los jueces que toman decisiones, positivas o negativas, con respecto a los derechos de los ciudadanos" (Ferrajoli, 2001, p.48); el autor italiano, al enraizar gran parte de su epistemología de la problemática garantista en las ciencias filosóficas de la ilustración, especialmente la Alemana, Francesa e Inglesa, asume las posiciones de estos autores con respecto a las condiciones intelectuales del legislador y del juez magistrado de justicia pública; una de estas posiciones es la Montesquieu de quien extrae que,

Los magistrados deben representar los álgidos montes de la sabiduría, deben aprender a invitar cuando no conviene forzar, a guiar cuando no conviene mandar, esa debe ser su habilidad que por intelecto ha de convertirse en suprema. Los magistrados no deben resistirse a la razón, puesto que la misma resistencia constituirá su triunfo, puesto que pasado un tiempo el magistrado se verá forzado por necesidad a volver a su camino (Montesquieu, 1984, p.458)

La preparación técnica de un decisor, debe ser, y de hecho lo es, parte integral de la posibilidad de diluir parte del significado en un conjunto de principios universales o generales de la filosofía o del Derecho, y como consecuencia tener un acceso mayor a la designación problemática de un significado a un discurso o a una norma.

El conocimiento previo de los principios generales es condición *sine qua non*

de la integración del significado en un conjunto de principios que contextualizan dicho significado, con lo cual, este se convertirá en un elemento transparente a partir del cual observar sus limitaciones y aumentar sus grados de contrastación con la situación específica presentada, de modo que la función creadora del magistrado de justicia o de la administración se convierte en una solución de los problemas de delimitación y limitación expresa del significado de un discurso o de una norma. Así POPPER, lanza una de sus expresiones contra el supuesto "tiránico absoluto de la razón" de Platón:

Las Leyes de Platón concebían que, al no encontrarse colaboración denunciante del delincuente mismo sobre su crimen, es decir, su confesión, el juez tendría todas las potestades para decidir, no sobre el crimen y sus relaciones, sino sobre los motivos mismos del crimen [expresión tomada al pie de la letra por Montesquieu], considero que el programa político institucional de Platón, lejos de ser totalmente superior al² del totalitarismo, es fundamentalmente idéntico al mismo (...) Considero que situaciones como la del juez que hace el papel de psicoanalista de los sueños de motivación de un delincuente que no ha confesado, es parte de la oscuridad con que se maneja la justicia y los procesos de justicia en la ciudad trascendente de Dios, en la ciudad del filósofo rey, al poder ocultar los fundamentos de sus decisiones, los sabios magistrados no tienen que ofrecer exclusas de validez para sus decisiones. La publicidad no es parte de la opinión del juez, este no tiene que rendir cuentas a las instituciones y mucho menos a la opinión pública, aquellas son controladas por estos de manera totalitaria, esta es inexistente ((Popper, 1984, p.94).

Sin embargo, la problematización por delimitación [demarcación] puede traer consigo la paradoja de la regresión infinita que podría dejar al discurso o a la norma en un limbo de significado perdiendo la esencia de su autoridad inicial. Por tal motivo los conceptos de coherencia y eficacia son parte integral de la problematización como mecanismo de acceso a la creación de significados a partir del significado propuesto deductivamente.

La coherencia hace referencia a los grados de consenso que en el interior de un Ordenamiento de significados, es decir, la coherencia es resultado de una comparación material de la operatividad de un significado en un contexto compuesto por otros significados (Cfr. Canaris, 1995, p.77). En el momento en que la coherencia presente un conjunto frontal de oposiciones a su operatividad empiezan a observarse un subconjunto de contradicciones lógicas internas al mismo significado y de parte del significado hacia los demás significados. Por lo general, y debido al pluralismo

excesivo de legislación del Estado contemporáneo de Derecho, las incoherencias se presentan entre significados extrasignificado, y las incoherencias intrasignificados se convierten en tolerables in-extra debido al peso de sus propias contradicciones. Esto no quiere decir que los significados no tengan contradicciones en su propio interior que permitan conseguir incoherencias graves; al contrario, los procesos de dilución de la autoridad subjetiva del significado en los procesos de verificación inductiva no siempre tienen un carácter progresivo y lógico, puesto que no siempre parte de un juicio deductivo como fundamento, y esto trae a colación la problemática de la utilización de axiomas y las críticas de Hume sobre la imposibilidad axiomática de seguridad objetiva de los discursos y normas producto del pensamiento humano aplicadas a la comunicación y organización de la sociedad. En sus *Ensayos*, D. HUME, hace referencia a los tres niveles que ha alcanzado la ciencia desde la perspectiva de la lógica del conocimiento,

Hay pues, tres operaciones fundamentalmente distintas, que han sido confundidas con el nombre de razón, pero que es preciso distinguir y criticar: hay en primer lugar, la deducción o razonamiento en sentido estricto; en segundo término, el descubrimiento de las relaciones empíricas o causales; y en tercer lugar, la descripción de un valor metafísico (...) como los dos últimos usos de la palabra razón no son estrictamente racionales contienen factores que no pueden demostrarse, estos factores se han de llamar convenciones, puesto que no tendría sentido llamarlos factores de razón (Hume, 1983, p.322)

De ello se desprende que a pesar del fundamento deductivo de los discursos, la coherencia como resultado comparativo de la operatividad material en un contexto más amplio de significados, tiene que estar acompañada del concepto de eficacia, entendido no en el término utilitarista económico, sino de eficacia deductiva, entendido como la partícula procesal que lleve a buen destino la construcción de un significado, y ese buen destino no puede ser otro que el respeto por la validez y la justificación de las razones que dan acceso a la transformación o afirmación del sentido y significado de un discurso o de una norma.

Como conclusión de este apartado se presentan los comentarios de la *Escuela de la Teoría Crítica* de T. ADORNO y J. HABERMAS. El primero de estos autores afirmaba que, "el proceso de análisis del significado previo a su falsación o

verificación no puede hacerse de modo separado ni con otro método que no sea el mismo que lo conformó inicialmente" (Adorno, 1973, p.12) De allí la réplica de H. ALBERT, sobre el positivismo,

A pesar de la creencia en la sublimitud de las ciencias, los positivistas creen que los procesos de pensamiento pueden ser cuantificables y cualificables, commensurables en sus formas y esencias, ante la máquina infernal que se ha convertido el positivismo y su apéndice la teoría analítica, al pensamiento no le ha quedado más que aceptarla en virtud de una simple identificación mecánica con los procesos lógicos formales (Albert, 1973, p.198)

De manera similar a HEGEL, sus herederos de la *Teoría Crítica*, asumen a la dialéctica como fórmula de producción del pensamiento y como consecuencia de crítica del análisis que se pueda realizar a un significado específico. La ventaja de la dialéctica es que permite observar las líneas de comunicación de las particularidades diluidas de la autoridad del significado, a partir de las cuales reconstruir el significado mismo atendiendo a su reafirmación o a su reconstrucción y/o desplazamiento. El significado en la corriente positivista es posible de aprehensión o desechable por inaprehensión, puesto que, la totalidad de significados no es mensurable en su absoluto, al igual que está demostrado que la totalidad de los hechos humanos no pueden ser aprehendidos por las ciencias. El problema del positivismo y sus teorías fantásticas es que tienen como fundamento observar particularidades y no estructuras, no observan puentes de interacción, ni características esenciales, con lo cual, en torno al significado pueden llegar muy cerca de donde empezaron, al contrario la dialéctica promueve una lógica distinta, la lógica de los puentes de comunicación, de las líneas esenciales, de los todos conceptuales y contextuales, con lo cual no se puede desechar nada puesto que conforma ese todo, que forma parte de esas líneas, lo que implicaría deconstruir de un plumazo una línea de interacción, es decir, obviar gran parte del objeto de estudio.

T. ADORNO, afirma que

El estudio funcionalista del significado diluido, trae como consecuencia una inferencia más que parcial del verdadero significado, plagada de un conjunto de valores de justificación subjetivizados por las preferencias y las visiones particulares del sujeto que realiza la operación de construcción, los que realizan la operación de dilución y el que realiza la operación misma de la investigación (Adorno, 1973, p.27)

Por ello, no es lo mismo convenir en encontrar la comprensión de un valor subjetivo de autoridad del significado, que tratar de encontrarlo a partir de una perspectiva de comprensión subjetivizada y éticamente valorizada. Las observaciones sobre partículas de significado trae consigo una conclusión errada de lo que quiere realmente significar un discurso o una norma, "se divide el significado en los distintos plazos y espacios de su dilución y como consecuencia la autoridad del significado que es un concepto amplio y general resulta de la sumatoria de las partes subjetivadas de la disolución, como consecuencia todo enunciado se convertiría en un enunciado totalitario y no con pretensiones de universalidad (Cfr. Adorno, 10973, p.27). Si el todo es más que la suma de las partes, entonces, el todo de la autoridad del significado no sería un verdadero todo, sino una simple sumatoria de partículas sustantivas y no de esencias y relaciones de contrastación entre partes y el todo.

Esta posición es completada por las críticas que realiza Noam Chomski a las consideraciones lingüísticas del significado y la autoridad del significado de John Austin.

En el inicio de los sistemas lingüísticos las relaciones comunicación-sentido se convierten en interacción comunicativa, lo que denominamos hipocresía del lenguaje no aparece como condición posible de la comunicación y en tanto esto ocurra los medios y los fines del significado de un discurso se entrecruzan y confunden. Sin embargo, en los sistemas complejos de comunicación donde las reglas de comunicación se han hiperextendido y donde los medios no son unívocos, la denominada hipocresía de la información lingüística se apodera de la comunicación del significado, a partir de este suceso se empieza a observar la determinación del significado como una verdadera cuestión de sentido común (Chomsky, 1963, p.47).

Complementando la posición de N CHOMSKY, G. E. MOORE, asiente que,

La lógica del significado y sus sistemas de comunicación han variado antropológicamente, en un primer estadio de la evolución lingüística la gramática del pensamiento se expresaba en una relación directa significado-compromiso-consecuencia-capacidad; en lo sucesivo a la evolución, el pensamiento otorgo a la lógica del significado un sistema de objetividad en la cual se perdió la relación significado-compromiso, y donde la relación consecuencia-capacidad se revirtió en significado-consecuencia, excluyendo a la capacidad de la relación. Como resultado, el sistema de representaciones subjetivas fregeano se convirtió en el sistema de pensamiento unívoco de múltiples sustancias pero de una única esencia. De esta manera la lógica, la matemática y la técnica de la forma se apoderaron progresivamente de las representaciones subjetivas y como consecuencia la pluralidad del sentido común empezó a mermar (Moore, 1983, p.55)

El significado ofrece consecuencias reales a los sujetos que con él se relacionan, tendrá consecuencias objetivas aquel productor de un discurso cuyo contenido tenga un significado válido para el conjunto de individuos a quien pretende mostrarse tal discurso, o tendrá consecuencias negativas aquel significado confuso, aunque sea científicamente legítimo pero que ante el sentido común de los científicos se muestra como un significado indeterminado, es decir, como un significado que no ha logrado desplegar toda su potencialidad. A este conjunto de consecuencias J. AUSTIN las denomina como perlocución o actos perlocucionarios (Austin en Serrano, 1994, p.171). Estos actos son los responsables de transportar la autoridad del significado de un discurso o de una norma a través de un mecanismo especificado y eficaz, y representa el acto que mayores conflictos presenta dentro del conjunto de elementos lingüísticos relacionados con el significado.

En este sentido crítico, existe una paradoja dentro del análisis lingüístico pragmático, que es denominada como la paradoja Humpty-Dumpty de Alicia en el país de las maravillas:

Cuando utilizo una palabra [discurso, norma] tiene un sólo significado, el que yo quiero darle en ese preciso momento, afirmó Humpty-Dumpty. Cuestión a la cual respondió Alicia: Pero acaso te crees con tal capacidad de hacerlo realidad, como para convertir una conversación en tu propia dictadura personal. Esta es una de las paradojas mejor expresadas sobre el significado. ¿Acaso el narrador puede reconstruir el proceso de entendimiento del oyente, de suerte que en el contraste, la información de socialización contenida en el oyente sea reemplazada por la del narrador?. (Carrol, 1980, p.63).

Esta paradoja complica la situación del significado dentro de la Interpretación jurídica y administrativa, existirán casos y al parecer luego de la muerte del precepto de Montesquieu sobre el "juez boca de Ley", se han generalizado; en los cuales los permisos para el acceso a la transformación o reafirmación del sentido de un discurso o norma se encuentre a merced de ese autoritarismo lingüístico que posee el juez que decide sobre los derechos de los ciudadanos. Tal vez sea este uno de los principales aportes críticos a la cuestión de la Facticidad de la autoridad y a la cuestión de la Validez como legitimidad operativa incremental, sustentada sobre una jurisdicción abusadora y parcializada hacia una ideología específica.

Capítulo III.

**ALGUNAS NOTAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.
CONSIDERACIONES AL TRASLUZ DE LA POLÉMICA SENTENCIA
N°34/2004 DEL 26 DE ENERO, SOBRE LEYES ORGÁNICAS.**

www.bdigital.ula.ve

1.- Algunas notas sobre la interpretación constitucional.

1.1. El debate sobre la interpretación en general.

El problema de la interpretación, esto es, la actividad consistente en la identificación o determinación del sentido de un texto jurídico, y en particular, el de la interpretación constitucional, parece estar en el centro del debate de la teoría jurídica; entre otras, por dos potísimas razones: por el carácter de supralegalidad que se reconoce a las Constituciones contemporáneas (Cfr., García, 1994, pp. 49 y sgs.), de donde emana una interpretación superior que marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas y establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución, pero también por la peculiaridad que tienen las Constituciones respecto a los otros materiales jurídicos, en el sentido de que aquí predominan enunciados de principio o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad y diversidad que las del resto de las disposiciones jurídicas del Ordenamiento (Alchourrón y Bulygin, 1991, p.443), lo que trae causa en, al menos, dos importantes asuntos.

En efecto, la mayor complejidad de aquella interpretación se debe, por un lado, a la tendencia a la absoluta concordia entre los muchos (y diversos) principios y valores que conforman la convivencia colectiva, algo tan deseable como irrealizable, de donde surge una de las particularidades que denota la vaguedad del lenguaje constitucional, cuestión descrita por Zagrebelsky como:

Un tiempo (el actual) dirigido a la aspiración no a uno [de los principios y los valores], sino [un tiempo referido] a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc. Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. *Es el tema del conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente* (Zagrebelsky, 1999, p.16)

Y como confirma Wróblewski:

Al igual que el resto del lenguaje legal, el que se utiliza en el texto constitucional es vago y, en muchas ocasiones, hasta presenta perfiles borrosos. Así, “la Constitución se formula en un lenguaje legal vago. La Constitución se presenta como un conjunto de reglas legales, que se identifican según algunos criterios formales (Constitución en sentido formal) y/o criterios de contenido (Constitución en sentido material), como la parte jerárquicamente más alta de un sistema jurídico. La Constitución, como parte del sistema jurídico, existe en un contexto funcional cambiante y está relacionada especial y estrictamente con los caracteres esenciales de la sociedad global organizada en el Estado. Las reglas constitucionales se interpretan según los tres contextos (lingüístico, sistémico y funcional) de la ley, aunque una de las peculiaridades de la interpretación constitucional sea el papel de la interpretación funcional en general y el de los factores políticos en particular. Por lo general, la terminología de la Constitución contiene muchos términos-básicos (*key-terms*) que requieren interpretación, e incluso términos constitucionales puramente descriptivos que suscitan la interpretación en algunas ocasiones, demostrando la influencia del contexto funcional como una de las fuentes de vaguedad del lenguaje legal y del carácter pragmático de las dudas interpretativas” (Wróblewski, 1988, pág.56).

Por otro lado, la mayor complejidad ya referida se debe a que en la justificación de las decisiones, teniendo en cuenta que ello depende de la diferente naturaleza de las premisas (lingüísticas, empíricas, o valorativas), y que la justificación no puede prolongarse hasta el infinito, el criterio valorativo tiende a ser muy fuerte (Dworkin, 2000, p. 177) y, además, llegado a cierto punto, el criterio valorativo (ideológico) resulta inevitable (Iturralde, 2003, p.15).

1.2. Algunas consideraciones evidentes, olvidadas y no redundantes.

Es importante partir de algunas consideraciones que, a fuerza de evidentes, no es superficial resaltarlas aquí. Para comenzar, me refiero a que, como se ha dicho atinadamente, “no hay ningún aspecto del conocimiento humano que no requiera de una dimensión teórica general para ser correctamente comprendido”(López, 2003, p.17), sobre todo cuando nos adentramos al estudio de decisiones del máximo intérprete de la Constitución, cuyas repercusiones son, como veremos, de gran importancia para los grupos políticos que compiten por el poder, quienes tratan de atribuir significado a las disposiciones y principios constitucionales en dirección a sus opciones políticas de preferencia (o, para decirlo más exactamente, tras las disputas interpretativas “ocultan el papel que sus convicciones políticas personales” juegan “en su haber optado por el estilo interpretativo” adoptado (Dworkin, 2000, p. 177)), y ello en dos supuestos: tanto en el momento de legislar cuanto en el momento de solicitar al poder

jurisdiccional que aclare el sentido de las disposiciones legislativas, esto se debe en buena medida a que, como resalta Wróblewsky:

Existen términos constitucionales que son abiertamente valorativos y, por tanto, por razones semióticas exigen la determinación de su significado cuando se utilizan. Por ejemplo, el autor destaca a los valores supremos del ordenamiento que se expresan en términos como <<libertad>>, <<igualdad>> o <<justicia>> (artículo 1 de la Constitución española), lo cuales, debido a razones lingüísticas, requieren interpretación en cualquier contexto en el que no haya significado, estrictamente definido, de estos términos fundamentales y fuerzas políticas distintas tiendan a utilizarlos, a la hora de decidir asuntos concretos, de manera más o menos diferente (Wróblewsky, 1988, p.38).

En efecto, respecto al primer supuesto, merece la pena resaltar que el acto de creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos), y el resultado de este proceso plural está, por su naturaleza, marcado por el rasgo de la ocasionalidad, por cuyo través cada uno de los actores sociales, cuando cree haber alcanzado fuerza suficiente para orientar en su propio favor los términos del acuerdo, busca la aprobación de nuevas leyes que sancionen la nueva relación de fuerzas (Zagrebelsky, 1999, p.37).

En relación al segundo supuesto, no parece desventurado afirmar que cuando los grupos sociales y, especialmente los grupos políticos, acuden a la sede jurisdiccional en búsqueda del sentido de las disposiciones legales, posiblemente su orientación obedezca a una suerte de búsqueda del sentido político del Derecho y, con ello, de las normas que anida, sentido al que, por cierto, no está vinculado el juzgador (Peña, 1997, p.250).

Luego, y como corolario de lo anterior, que la Constitución es, como decía un eminente autor infelizmente desaparecido, un acto normativo con el carácter político especialmente pronunciado, lo cual se debe, según J. WRÓBLEWSKI, a la génesis de la Constitución, su contenido y su función:

La Constitución en su conjunto expresa más o menos adecuadamente las relaciones políticas de una sociedad organizada en un Estado, fija las estructuras básicas del aparato estatal y funciona como salvaguarda del mantenimiento y desarrollo del sistema sociopolítico. La Constitución garantiza los derechos y libertades de los ciudadanos. La Constitución, por tanto, perfila las reglas básicas de la política que se expresan en formas legales. La estructura del Estado, las relaciones entre los cuerpos representativo y administrativo, los grados de centralización y descentralización están

fijados junto con el esbozo de las tareas principales y, eventualmente, de las direcciones de la actividad del Estado (Wróblewski, 1988, p.112).

Y es que “la Constitución –ha señalado el Tribunal Constitucional español– es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el Ordenamiento jurídico” (Tribunal Supremo Español, 1981, F. J. 3º) ; así, la Constitución, como resaltaba K. HESSE, fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas de Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la comunidad. Regula la organización y procedimiento de la unidad política y la acción estatal. Crea las bases y determina los principios de orden jurídico en su conjunto. En todo ello es la Constitución el plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la configuración jurídica de una comunidad (Hesse, 1992, p.16).

1.3. Constitución, valores y el carácter político.

Esa presencia, en la Constitución, del sistema de valores esenciales que han de constituir el orden de la convivencia política, e informar el ordenamiento jurídico, convierte a la Constitución, según lo apunta A. PEÑA FREIRE, en una norma cualitativamente distinta del resto de normas del ordenamiento jurídico y la dota de unas peculiares funciones (Peña, 1997, p.81).

De modo, pues, que el carácter político especialmente pronunciado de la Constitución proviene de la génesis de la Constitución, de su contenido y de su función, lo que, además queda rubricado por U. PREUSS, quien define la Constitución Como mecanismo de un proceso falible de aprendizaje por el que una sociedad supera progresivamente su incapacidad para autotematizarse normativamente:

Una sociedad está articulada y constitucionalizada cuando se confronta consigo misma en las adecuadas formas institucionales y procesos normativamente dirigidos de adaptación, de resistencia y de autocorrección (Preuss en Habermas, 2000, p.531)

Estas referidas funciones traen consigo algunas peculiaridades en las decisiones del Tribunal Supremo como intérprete de la Constitución: me refiero a la delimitación de un campo de licitud dentro del cual otros operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo a criterios políticos (para el caso del legislador) y jurídicos, para el caso del juez ordinario (Prieto, 1991, p.175).

De este modo, sin perjuicio de que la ley, y la propia Constitución, pueden ser instrumentos de expresión de determinados intereses políticos, poder y Derecho, aun vinculados no pueden ser reducidos el uno al otro, porque, como ha dicho R. DWORKIN:

Abogado y jueces no pueden evitar lo político tal y como lo entiende, en términos generales, la teoría política. No obstante, las leyes, el derecho, tampoco son un asunto de política personal o partidista (Dworkin, 2000, p. 143).

Con lo cual, “una vez dictada la norma, es del ordenamiento, no del poder, y queda integrada en un contexto jurídico donde múltiples factores incidirán en el sentido e interpretación de la misma sumándose a los que se hayan de localizar en la voluntad de su promotor, es decir, del legislador” (Peña, 1997, p.248 y 259).

No obstante lo anterior, y en conexión directa con las pretensiones de la Teoría general del Derecho, relativas a la abstracción de las condiciones positivas o de superación de la realidad concreta del Derecho, hay que reparar en que, ni a la teoría general del Derecho en su labor de elaborar conceptos o categorías jurídicas, ni a la Sala Constitucional cuando resuelve controversias interpretativas en torno a disposiciones del texto constitucional, les está permitido, en sus consideraciones y/o resoluciones, abstraerse hasta el punto de provocar una desconexión de la realidad social y/o política.

Lo anterior porque se supone con razón que es en estas realidades donde cada modelo de derecho existe y donde cada interpretación cobra su sentido y significación, al extremo de que, como se ha dicho atinadamente, los vínculos del Derecho con lo social (y con lo político) no son sólo un añadido actual –aun constante- de los fenómenos jurídicos, sino que se proyectan sobre la idea misma

del Derecho a partir del momento en que se afirma su naturaleza social o histórica (Peña, 1997, p.22).

1.4. La interpretación constitucional, su conexión social y el carácter político y democrático especialmente reforzado en el texto fundamental de 1999.

De ahí que, así como en la Teoría General del Derecho “el estudio de un determinado concepto o fenómeno como categoría jurídica general, y al margen de sus precisas configuraciones normativas, no puede prescindir de las condiciones sociales o políticas que le dan sentido y que atraviesan el modelo jurídico en que el concepto existe” (Peña, 1997, p.22), tampoco es admisible esta prescindencia en sede de interpretación constitucional.

Por tanto, en el Derecho y, con ello, en la resolución de controversias interpretativas respecto a normas constitucionales, “la conexión social o la apertura epistemológica no tienen sólo una función supletoria o subsidiaria de los análisis realizados, sino que son elementos definitorios del objeto de análisis jurídico, en la medida en que éste aparece inevitablemente conectado con lo histórico, implicado con lo social y, en el modelo constitucional, vinculado teleológicamente a lo externo, dada la influencia de intereses y valores socialmente relevantes que inciden sobre el ordenamiento” (Peña, 1997, p.22).

Hay que reparar, además, en que el texto constitucional incorpora en sus disposiciones valores de distinto signo, pues las Constituciones contemporáneas de los Estados democráticos, como el nuestro, contienen, al trasluz de dicho texto, una fuerte dosis de carga social y democrática, que en la nuestra de 1999 dicha carga tiene, con acierto, un carácter especialmente pronunciado, lo que ha sido reconocido incluso por la doctrina extranjera europea y comparada. Así, J. GONZÁLEZ PÉREZ, al referirse a un estudio en el que compara el derecho a la tutela jurisdiccional en varios países resalta que nuestra Constitución actual es la que reconoce el derecho en la forma más completa (González, 2001, p.28).

Por consiguiente, en la medida en que tratan de representar todo el espectro de los valores vigentes en la sociedad, esto es, en la medida en que tratan de ser constituciones para todos, incorporan necesariamente valores –valores últimos- de signo contrapuesto (Atienza, 1997, p.264) .

La idea de un pluralismo constitucional no hace otra cosa que recoger el hecho de que vivimos gobernados por lógicas diversas y, por tanto, “los referentes constitucionales, en mayor medida que el resto de las normas jurídicas no son precisos y siempre requieren un grado de interpretación muy elevado dada la proximidad a elementos valorativos integrantes de la moralidad crítica, la generalidad de las normas constitucionales, su carácter plural y la necesidad de integrar distintas posibilidades de comprensión o desarrollo en un conjunto de funciones que determinarán el sentido del resto del Ordenamiento, y que finalmente podrá generar tensiones y contradicciones entre las distintas visiones que se tengan del texto constitucional” (Peña, 1997, p.111-112).

Ya I. BERLIN se ha encargado de advertirnos contra el profundo error de suponer que todos los bienes, todas las virtudes, todos los ideales, son compatibles, y que lo deseable puede unirse, en última instancia, en un todo armonioso sin pérdida, toda vez que no tenemos una concepción coherente del mundo sin pérdida, y de ahí que los bienes (y los valores en función del cual se organiza la sociedad) entran en conflicto por su misma naturaleza, sin que pueda existir un plan indiscutible para armonizarlos, con el añadido inevitable de que no todos los valores pueden hacerse igualmente presentes a todos los puntos de vista (Cfr. Willians, 2004, p.22-23).

En definitiva, hay que considerar la posibilidad de colisión de los diversos fines humanos, pues “en la vida, según se vive normalmente, los ideales de una sociedad y una cultura chocan con los de otras, y (...) con el paso del tiempo llegan a chocar unos con otros dentro de una misma sociedad y, a menudo, dentro de la experiencia moral de un mismo individuo”, con el agravante de que “tales

conflictos no siempre, ni siquiera en principio, pueden resolverse totalmente” (Berlín, 2004, p.169).

Superar los esquemas tradicionales que se oponen a esta consideración exigirá tiempo, tanto a las estructuras del Estado como, posiblemente también, a algunos custodios de la Constitución. Todavía es fuerte la inercia de los viejos discursos y todavía sigue habiendo modos de decir y Sentencias de los Tribunales que tienen una idea del poder de acuerdo con la cual es la vida misma la que es anticonstitucional (Cfr. Innerarity, 1998).

A los nostálgicos del buen Derecho liberal introducido por la burguesía europea creadora del derecho positivo moderno, reacios a admitir la relatividad propia de la pluralidad constitucional, cabe sugerirles algo análogo a aquello que decía J. M. KEYNES de los economistas <<clásicos>>: si resulta que las paralelas insisten en juntarse cuando según los principios de nuestra geometría no deberían hacerlo, hay que cambiar de geometría en vez de dedicarse a fustigar a las paralelas (Jiménez, 2000, p.16).

Afortunadamente, la vida es más poderosa que sus normas, menos rígida, más favorable a que principios distintos compartan un mismo espacio o a que puedan ser varias cosas al mismo tiempo, en el sentido de que en las circunstancias de un caso se ha preferido una solución jurídica inspirada por un principio y no por otro, pues los principios son graduables según las circunstancias en que se materializan (Peña, 1997, p.115).

Así, la aceptación del pluralismo social y del relativismo de los valores como presupuestos constitucionales, según resalta A. M. PEÑA FREIRE, tiene como efecto que la función asignada a la Constitución no sea la de realizar un programa de justicia sino, precisamente, la de asegurar las posibilidades para la discusión y confrontación pacífica del gran número de proyectos de vida y justicia que tiene cabida en ella.

Por estos derroteros, la existencia de distintos valores que permiten desarrollos normativos diversos como condición de la pluralidad como valor homogéneo constituye la esencia y/o el sentido de la ductilidad constitucional y el sustrato para la expansión constitucional, pues un ordenamiento (Cfr. Peña, 1997, p.80), a la mejor usanza liberal, cuya constitución estuviera formada exclusivamente por reglas, es decir, por normas de contenido preciso no modulable y, en algunos casos, hasta petrificado, bloquearía las posibilidades de expansión constitucional. La legislación vendría predeterminada, en un elevado grado, por las determinaciones constitucionales y, en el resto, el poder legislativo actuaría sin sujeción alguna limitándose a regular libremente todo lo demás (Cfr. Peña, 1997, p.116).

Los valores de signo contrario (o, dicho de otro modo quizás mejor, las disposiciones jurídicas que los anidan), rasgo característico del contexto jurídico complejo, cognitivamente abierto y plural, propio del Estado constitucional (Cfr. Peña, 1997, p.95), requieren concreción y precisión en lo que tengan de indeterminado, pues al contrario de lo que ocurría con la visión de los derechos en las Constituciones de corte liberal, el marco constitucional (en el Estado constitucional de Derecho) es, como resalta A. M. PEÑA FREIRE, incierto, dinámico y a la vez con vocación de proyección sobre el resto del Ordenamiento.

1.5. La interpretación y labor de concreción del texto constitucional.

Lo anteriormente dicho constituye otro referente por el que los postulados constitucionales, en mayor medida que el resto de las normas jurídicas, no son precisos y siempre requieren un grado de interpretación muy elevado dada la proximidad a elementos valorativos integrantes de la moralidad crítica, la generalidad de las normas constitucionales, su carácter plural y la necesidad de integrar distintas posibilidades de comprensión o desarrollo en un conjunto de funciones que determinarán el sentido del resto del Ordenamiento, y que finalmente podrá generar tensiones y contradicciones entre las distintas visiones que se tengan del texto constitucional.

Lo anterior lleva a A. M. PEÑA FREIRE a resaltar que

La generalidad e imprecisión de los enunciados normativos de la Constitución y su relación con referentes externos plurales son las causas de que sus necesidades y posibilidades interpretativas sean mucho mayores. Las normas constitucionales, por lo tanto, precisan de un proceso de concreción que sólo puede realizarse mediante una peculiar actividad interpretativa en las que se expresarán tensionalmente los valores e intereses sociales y económicos o los posicionamientos éticos que afectan al sistema jurídico en una conexión que no está desprovista de sentido (Peña, 1997, p.112).

Para alcanzar la concreción y precisión de los valores y normas jurídicas anidadas al interior del Ordenamiento, especialmente en el ámbito constitucional, reseñada en párrafos anteriores, necesarias para que aquello que constituye la clave principal del Estado constitucional de Derecho -esto es, los valores axiológicos expresivos de la centralidad de la persona en el Derecho y frente al Estado: *dignidad, libertad e igualdad* (Cfr. Peña, 1997, p.82-87 y 112), aparezca acompañado de los elementos internos al Ordenamiento y por cuyo través (mediante procedimientos, estructuras y funciones) se garanticen las pretensiones y valores externos de los que el propio derecho es un efecto, la teoría y la práctica del derecho han desarrollado, como respuesta a los problemas que esto pueda suscitar, la teoría general de la interpretación jurídica: esta, según lo dicho por J. WRÓBLEWSKI,

Explica que las valoraciones desempeñan un importante papel en la justificación de las decisiones interpretativas y en los procesos de toma de decisión interpretativa (Wróblewski, 1988, p.113)

Por consiguiente, la referida teoría general suministra pautas y reglas para realizar aquella labor de concreción y precisión de los enunciados de las disposiciones jurídicas (Cfr. García, 2001, p.87) de carácter constitucional.

Ahora bien, debido a que estas pautas y reglas encajan en una axiología política, por lo menos a través de términos valorativos que se refieren a valores políticos que influyen en la interpretación de aquellos, la función de la interpretación constitucional es política, siempre que por esto se entienda que dicha interpretación va dirigida y se interesa tanto por garantizar la observancia de reglas constitucionales que tienen de por sí un carácter político, como por

determinar, en muchas ocasiones, los asuntos políticamente relevantes (Cfr. Wróblesky, 1988, p.112-113).

Queda fuera de esta apreciación, en cambio, la búsqueda, al menos desde la jurisdicción, del sentido político del Ordenamiento jurídico constitucional, a lo que volveremos más adelante.

En un sistema de pluralismo político (art. 2 de la Constitución) la función del intérprete de la Constitución es, como destaca el Tribunal Constitucional español, “fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues, en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo” (Tribunal Constitucional, 4/1981, de 02 de febrero, Fundamento Jurídico 3º.).

Y es que, a pesar de que la lucha política se expresa mediante una perenne pugna “por la afirmación hegemónica de proyectos particulares, es decir, formulados como universales y exclusivos” lo cual es “lícito, además de inevitable, para cada parte política en liza”, no así “para el derecho constitucional del Estado democrático y pluralista actual”. “El derecho constitucional invocado en las salas de los tribunales constitucionales (...) y en todos los lugares en los que puede ejercer una influencia sobre la realidad, tiene que mantener abierta sus posibilidades y condiciones de existencia y no cerrarlas abrazando enteramente la perspectiva de alguna de las partes”. En fin, “hoy existe contradicción entre derecho constitucional y adhesión unilateral a un proyecto político particular cerrado” (Zagrebel'sky, 1999, p.16).

De ahí que “los expertos no sólo interpretan las distintas proposiciones normativas a partir del contexto que esas proposiciones tienen en el corpus del derecho considerado en conjunto, sino también desde el horizonte de una precomprensión de la sociedad contemporánea, la cual resulta rectora en todo su trabajo de interpretación. En este aspecto la interpretación del derecho es siempre

también una respuesta a los desafíos de una situación social percibida de determinada manera” (Habermas, 2000, p.469).

Para actuar en este contexto, no parece aventurado afirmar que, como acertadamente señala L. PRIETO SANCHÍS siguiendo ideas de A. CARRASCO, el método característico de la interpretación se sitúa a medio camino entre lo que éste último llama la deducción estricta propia de la justicia ordinaria y el juicio de optimización política:

De un lado, y por la misma naturaleza de su actuación, el Tribunal Constitucional (y vale igual para nuestro Tribunal Supremo cuando actúa como intérprete de la Constitución) no está en condiciones de verificar una mera labor de subsunción, pues generalmente ni aquello que ha de ser enjuiciado se asemeja a un supuesto de hecho, ni los parámetros para el enjuiciamiento pueden dejar de ponderar conjuntamente principios y reglas;

De otro lado, ha de <<autocontenerse>> también a fin de no realizar un juicio de optimización que implicaría decidir cuál es la <<mejor>> interpretación del texto constitucional y, consiguientemente, asfixiar el margen de apreciación del Parlamento” (Prieto, 1991, p.176-178).

1.6. Ni judicialismo ni deducitvismo extremos.

Y es que, como se desprende de lo acertadamente destacado por J. AGUILÓ REGLA, existen dos posiciones extremas:

1.- En la primera (el “judicialismo extremo”), las decisiones judiciales sólo son explicables en términos de pura voluntad, y en este supuesto, “la nota característica sería el escepticismo frente a las normas jurídicas como guías de conducta, de forma que las decisiones judiciales sólo resultan explicables en términos de actos de voluntad”, y así, “esta visión de la decisión judicial hace superflua la noción misma de Derecho objetivo y, en consecuencia, también la de

normas de origen judicial entendidas como guías para las decisiones judiciales futuras” (Aguiló, 2000, p.103)-,

2.- En la segunda (el “deductivismo extremo”), en realidad no hay decisiones, se trata simplemente de conclusiones, de allí que desde esta otra posición se considera que “el Derecho objetivo es completo y cerrado, de forma que suministra todos los criterios necesarios para resolver todos los casos posibles. Para esta posición teórica aplicar, pues el Derecho es algo así como deducir; y, en consecuencia, del mismo modo que la conclusión no aporta nada a las premisas, la aplicación de normas no aporta nada al Derecho objetivo” (Aguiló 2000, p.103).

De esta manera, y como destaca el autor en referencia, ni el “judicialismo extremo” ni el “deductivismo extremo” excluyen la posibilidad de hablar de normas de origen judicial, y, en el fondo, esa exclusión es el resultado de una visión muy empobrecida de la argumentación jurídica o del método jurídico, que, vale la pena mencionarlo siguiendo al referido autor, juega un papel central en todas las operaciones de aplicación del Derecho que no son meramente subyuntivas, es decir, aquellas que suponen la extensión (argumentación por analogía), restricción (argumentación a contrario) o selección (reducción al absurdo) del Derecho explícito (Aguiló, 2000, p.146-147).

1.7. Dos niveles de análisis que conviene distinguir.

Como el tema objeto de estos comentarios promete ser escabroso, antes de seguir adelante, importa resaltar que existen dos planos de análisis que conviene distinguir adecuadamente:

1) en un plano hay que situar las decisiones y actividades políticas de los distintos grupos que combaten en la dirección del Estado y el enjuiciamiento político que estas cuestiones merezcan, es decir, y por lo que aquí importa, si el sometimiento a discusión parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia adolece, o no, de fallas reprochables y si, en efecto,

se juega, o no, con las coyunturas políticas que, en su caso, darán lugar a su promulgación en conformidad con orientaciones políticas que, genética y/o funcionalmente, estén conectadas con las relaciones entre diversos grupos interesados en utilizar el poder del Estado en sus direcciones preferidas (Cfr. Wróblewsky, 1988, p.112).

El Tribunal Constitucional español resaltado que

En un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos (Sentencia número 11/1981, de 8 de abril, F. J. 7). En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1982, F. J. 2. Esta aseveración del Tribunal Constitucional español tiene sustento teórico en la separación entre la función legislativa y la de control constitucional de la legislación, y en el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional (Cfr. Bernal, 2005, p.46).

Para este enjuiciamiento no se puede (ni se debería) proceder con simple actitud trivial a tinter, sin más, de colorido político la elección de las opciones preferidas, porque en cualquier caso, las valoraciones y/o críticas van en una dirección, y con otras predeterminaciones teóricas y contextuales. Sin embargo, este plano no será objeto del análisis que aquí pretendemos hacer.

Si que importa destacar, en cambio, que “a consecuencia de la pluralidad constitucional, el sentido político impreso en los procesos jurídicos por el legislativo no es el único posible desde la óptica constitucional ni su cooptación por la mayoría gobernante anula a todos los demás. (...). El sentido político impreso por el legislativo al ordenamiento no sólo no es el único, sino que puede no ser el más recomendable o legítimo desde un punto de vista constitucional; es más, puede que incurra en desviaciones considerables respecto del sentido constitucional del ordenamiento” (Peña, 1997, p.249-250).

Lo anterior no implica soslayar la capacidad del poder legislativo para, conforme al principio de oportunidad política, apreciar las exigencias del interés general y, como órgano competente para la dirección y programación políticas, adoptar decisiones legislativas y “optar por cumplir con los mandatos

constitucionales de contenido material de maneras diversas, en la forma y tiempo que estime conveniente” (Espín, 2004, p.16).

Las anteriores cuestiones, en conjunto, determinarán en buena medida la decisión de los jueces, aunque no exclusivamente, pues como partes del poder judicial, absolutamente vinculado al Derecho (y no sólo a la ley parlamentaria), aquellos están sometidos, además y principalmente, a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico;

2) en otro plano distinto, que sí nos interesa en estos comentarios, se ubica la calificación de incorrecta, insuficiente y/o no fundamentada, a la decisión por cuyo través el Tribunal Supremo le atribuye significado al art., 203 constitucional, en el sentido de que es posible la presentación y aprobación del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia con mayoría simple de los parlamentarios, calificación que tiene que formularse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos y lógico racionales, porque como ya se ha dicho, y para resaltarlo ahora con palabras del Tribunal Constitucional español,

“La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español núm., 11/1981, F. J. 7º).

Y es que, en efecto, Si reparamos en que, muchas veces, la Constitución es fruto de mayorías parlamentarias de diferente signo político y, en muchos casos (independientemente de esto), resultado de compromisos políticos y/o de mayorías que se producen en coyunturas históricas muy precisas, lo normal es que no sean la expresión de un único valor sino de puntos valorativos diferentes

y a menudo divergentes; de ahí que las Constituciones suelen recoger, incluso, valores potencialmente contrapuestos (Cfr. Iturralde, 2003, p.304).

Es a la vista de lo anterior que, sin duda, los programas de esas opciones pueden presentar ideas distintas sobre el grado de realización de los principios o directrices constitucionales (Cfr. Atienza, 1992, p.346); ahora bien, interesa destacar dos cuestiones.

La primera, que si la necesaria configuración del significado de una disposición constitucional admite varias opciones posibles (Cfr. Bernal, 2005, p.43)¹, para que la labor del intérprete no se convierta en un puro decisionismo judicial (Cfr. Andrés, 1999, p.11-12)² y, a la postre, en arbitrariedad, es necesario, para la debida tutela y garantía (Cfr. Fernández, 1994, p.161 y sigs)³, la justificación racional del fallo como la mejor elección posible, al menos dentro de las que se han barajado en las interpretaciones propuestas para dotar de significado al texto objeto de interpretación (Tribunal Constitucional Español, Sentencia número 174/1985, de 17 de diciembre, F. J. 6º).

Esto es así porque, “de acuerdo a la estructura y sentido del Estado constitucional, la función jurisdiccional es un instrumento de garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos y de la corrección jurídica de los

¹ La posibilidad de varias opciones queda rubricada, además, de la normal ambigüedad, vaguedad e indeterminación del texto constitucional, que permiten afirmar y, hasta, autorizan diversas lecturas válidas de dicho texto y, con ello, permite concebir múltiples soluciones para las conflictos específicos; de ahí que, en este sentido, la Constitución en un ordenamiento marco, que deber ser concretado, sólo fija las condiciones del proceso de decisión política y le establece unos límites.

² Es oportuno señalar que la discrecionalidad del intérprete experimenta un *plus* de sujeción en la observancia de la Constitución y en el deber de motivación de las decisiones judiciales, que proscribire el decisionismo tan arraigado en los viejos hábitos judiciales.

³ La exigencia de motivación de las decisiones tiene aquí especial importancia, pues en un sistema político construido desde la centralidad de los derechos de la persona, cualquier intervención, positiva o negativa, en la esfera personal de un individuo ha de estar justificada (motivada), pues de aquí depende esencialmente, y como atinadamente resalta T. R. Fernández Rodríguez, la legitimidad de ejercicio de todo poder, legitimidad de ejercicio que es inexcusable e irrenunciable, como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquél. En este contexto, importa recordar que todo poder público es un poder funcional como poder otorgado en consideración a intereses ajenos a los de su titular; es un poder, por tanto, obligado a justificarse en su ejercicio, a dar cuenta cumplida de éste.

desarrollos normativos” (Peña, 1997, p.256), en el que “la independencia y el exclusivo sometimiento a derecho de los jueces es requisito necesario para la efectividad y funcionamiento de esta importante garantía” (Peña, 1997, p.256-257).

La segunda, que como resalta A. M. PEÑA FREIRE, asistimos a un concepto ampliado de independencia del poder judicial; así, “adquiere ahora un significado específico que superará la interpretación personalista que la definía tradicionalmente como independencia frente a las partes y que apuntaba a la proscripción de las injerencias de los poderes públicos o privados en la actividad de interpretación y aplicación de las leyes. Ahora, el concepto se amplía para abarcar también la independencia del poder judicial respecto de lo que hemos denominado el sentido político del ordenamiento: sólo con la facultad de situarse al margen de las valoraciones y ponderaciones que realizan los poderes políticos con potestad normativa, es posible apreciar su posible desviación o ilegitimidad respecto de la constitución.

Lógicamente, esta independencia tiene un límite infranqueable, que no es otro que el propio *derecho* en su sentido constitucional, pues no conviene olvidar que el poder judicial también está sometido a derecho: independencia judicial es así sometimiento del juez a derecho, pero sólo a derecho” (Peña, 1997, p.234).

En este punto resulta beneficioso para la claridad de nuestros argumentos, aclarar junto con ESPÍN:

Que la Constitución no es sólo una norma con contenidos materiales decisivos – entre los que destacan los derechos fundamentales- sino, todavía más, un marco de actuación en el que deben caber políticas legislativas diversas que no han de quedar coartadas más allá de lo necesario por consideraciones de igualdad material. Si no queremos agotar el marco de la política y confundir la norma constitucional con una ley universal cuyo contenido queda deferido a la jurisdicción constitucional, debe haber un amplio margen constitucional para políticas legislativas diversas e incluso, en muchos casos, antagónicas. Y este margen de diversidad legislativa dentro de un marco constitucional es una exigencia inexcusable tanto del propio concepto de Constitución como de dos de sus valores primordiales, el pluralismo y la libertad” (Giménez, 2004, p.15).

En definitiva, y como corolario de lo anterior, una cuestión es la política, que desde nuestra perspectiva, y siguiendo a J. F. LÓPEZ AGUILAR, puede verse como el “proceso de determinación de la voluntad del poder”, y otra la justicia, esto es, el “el proceso de determinación del sentido del Derecho” (López en Peña, 1997, p.250) a partir de valores compartidos.

Y es que la Constitución, y en general el Derecho, como apunta L. FERRAJOLI, no es otra cosa que un conjunto de significados. Rigen, funcionan, mientras su sentido es socialmente compartido. De otro modo, desaparecen, junto a los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de Estado o cambios institucionales (Ferrajoli, 1996, p.29). De modo pues que, para que esa suma de ideología, coerción fuerza y consenso, escenificada en el Derecho (Cfr. Fernández, 1997, p.29), pueda conseguir y mantener el orden en una sociedad dada, es necesario que el sentido del Derecho sea socialmente compartido.

La pluralidad de valores e intereses sociales, su recepción constitucional y su afirmación legítima frente a las elaboraciones políticas del interés general exigen, como resalta A. M. PEÑA FREIRE, la existencia de un poder independiente que ofrezca una solución jurídica a los conflictos de acuerdo al único criterio rector de la garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Esta solución, continúa señalando el autor, es una forma específica de garantía de la pluralidad de intereses sociales frente a las tendencias neutralizadoras del interés general tal como es formulado normativamente (Cfr. Peña, 1997, p.246-247).

1.8.- La interpretación como actividad creativa.

Si todo lo anterior es cierto, podemos afirmar con M. ATIENZA (Cfr. Atienza, 1997, p.247), varias cuestiones importantes:

1.- que la interpretación designa típicamente una actividad (parcialmente) creativa.

La creación no legislativa de una norma se produce cuando el contenido de esta es distinto al de cualquier otra norma del mismo sistema jurídico o al de sus consecuencias lógicas (Cfr., Bulygin, pág., 360).

Decimos que la creatividad sólo es parcial porque no se puede olvidar que el juez queda, en algún sentido, vinculado por la formulación del mensaje legislativo, de modo que entre el mensaje legislativo y la interpretación del juez se produce “una relación dialéctica, es decir, de conexión y de implicación”, por cuyo través “el juez efectúa una operación (...) ‘demiúrgica’, o sea, de transformación de los datos informativos de la legislación en un nuevo producto mental que se compone de elementos fácticos y valorativos, y que está dotado de una fisionomía distinta propia y de autonomía operativa” (Frosini, 1995, p.105-106).

2.- Que la interpretación tiene que ver con determinar el significado de lo que en algún aspecto relevante no es claro o es indeterminado, y por tanto, añade algo nuevo y, en alguna medida, legislativamente orientado, como ya ha dicho SUMMERS (Summers, 1997, pág., 109) e implícitamente ha reconocido H. KELSEN desde antiguo al referirse al acto judicial como un proceso creador del derecho.

Partiendo del supuesto de que se utilice una lógica apropiada, la inferencia de consecuencias lógicas de reglas generales y abstractas quedan comprendidas dentro de lo determinado por el derecho; de ahí que, según el análisis teórico no se puede considerar a la interpretación como una operación puramente lógica ni a las consecuencias interpretativas de una norma como sinónimo de sus consecuencias lógicas.

Una decisión interpretativa es creativa si su formulación no está determinada por el derecho sino que, antes bien, exige opciones (valorativas) del

intérprete; así, la creatividad depende de las opciones que se describen también como valoraciones del intérprete (Cfr., Wróblewski 1988, p.82-83).

A mayor abundamiento, que la interpretación añade algo nuevo es admitido, aunque de modo muy limitado en sus consecuencias, por el propio positivismo jurídico cuando, al efecto, H. Kelsen resalta que,

“la resolución del tribunal nunca puede hallarse determinada por una norma general, ya existente, del derecho substantivo, hasta el grado de que esa norma que el tribunal aplica, sea, por decirlo así, simplemente reproducida por la individual constitutiva de la decisión. Por precisa que la norma general pretenda ser, la especial creada por la decisión del tribunal siempre añadirá a aquella algo nuevo” (Kelsen, 1995, p.173).

Ya desde antiguo H. Kelsen resaltaba, al referirse al acto judicial como proceso creador del derecho, que las leyes y las normas consuetudinarias son únicamente, por así decirlo, productos semi-elaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta. Se trata, decía Kelsen, de un proceso de individualización y concreción siempre crecientes. En la decisión, continúa resaltando más adelante el autor, se aplica una norma general preexistente que enlaza determinada consecuencia a ciertas condiciones, sin embargo, y en contra de lo que en ocasiones se afirma, el tribunal no se limita a formular el derecho ya existente (Cfr., Kelsen, 1995, págs., 159-160).

3.- Que la interpretación aporta algo no reconocido previamente por aquello que es susceptible de interpretación.

Por ello, F. J. Ezquiaga Ganuzas ha dicho con razón que

“las decisiones de algunos órganos jurisdiccionales determinan en buena medida cuáles son las normas de un sistema jurídico” (Ezquiaga, 2000, p.134).

En consecuencia, no parece exagerado hablar de “normas que provienen de autoridades jurisdiccionales” (Aguiló, 2000, p.67), esto es, creación judicial de normas que tienen que ver con el hecho de que el proceso de aplicación del Derecho objetivo contribuye a la conformación del mismo (Aguiló, 2000, p.103).

Y es que, como ya apuntaba O. VON BÜLOW en el siglo pasado, la ley determina en un grado muy escaso el contenido de las resoluciones de los jueces, pues el papel central en la construcción del Derecho lo ejerce el Juez. Es en la magistratura (en el <<Richteramt>>) donde verdaderamente adquiere forma

definitiva el texto legal, de modo que la ley, según lo indicado por el autor, una vez emitida por el legislador no es todavía derecho vigente. Ella es tan solo un plan, un proyecto del futuro ordenamiento jurídico al que se desea llegar (Cfr. Sálas. 2001, p.210).

Dicha creatividad se debe, en parte, a que la complejidad e imperfección formal de los actuales ordenamientos jurídicos permite desechar la idea de que el Ordenamiento jurídico ofrezca la solución a cada uno de los casos individuales: para decirlo con palabras de ITURRALDE, el Ordenamiento jurídico no predetermina totalmente la solución a los casos individuales (Cfr., Iturralde, 2003, pág., 252 y 257).

Al hilo de lo indicado, conviene precisar que la imperfección de los Ordenamientos jurídico no ocurre sólo en nuestro país; también en los de la Europa continental, a los que se refieren las elocuentes palabras de P. GROSSI:

“¡Pobres de nosotros!, ¡cuántas veces los productos normativos de los legisladores modernos están lejos de ser derecho! La hipertrofia y la hipervaloración de la ley pesan sobre la sociedad y cultura europeo-continental y sobre las otras zonas del mundo por ellas condicionadas. En una óptica semejante se ha hablado de <<descodificación>> y además de <<deslegalización>>. La exigencia es una y sólo una: quitarle a la ley su papel totalizador y socialmente insoportable que la era burguesa le ha otorgado” (Grossi, 2003, p.64).

Que el Ordenamiento y su derecho no ofrezcan solución a toda la ocurrencia fáctica que se pueda presentar porque, al efecto, no predeterminen totalmente la solución a los casos individuales no implica que sea sólo un buen consejo que el intérprete (por ejemplo, el juez) puede seguir o ignorar sobre la base de su propio juicio, y de ahí que, por ser el Ordenamiento la base dotada de autoridad para la decisión (Cfr. Aarnio, 1991, p.14), esta ha de producirse en un marco determinado por dicho Ordenamiento y por las limitaciones legales que el mismo impone (Cfr. Iturralde, 2003, p.256)⁴, en condiciones de tiempo escaso y de saber incompleto (Gunter, 1995, p.300). Con todo, debe desaparecer la idea de que el derecho se hace sólo mediante leyes y que sólo el legislador es sujeto

⁴ Limitaciones legales que, de una parte, imponen el tipo de razones que pueden (deben) darse a favor de una decisión, y de otra parte, no impiden reconocer que las razones en apoyo de una determinada decisión judicial no pueden reducirse a razones legales, y es por esto por lo que son necesarios criterios de justificación de dichas decisiones

iusproductivo capaz de transformar todo en derecho casi como un rey Midas de nuestro tiempo (Cfr. Grossi, 2003, p.64).

Si bien se considera, la interpretación consiste, como insistiremos más adelante, no en descubrir sino en atribuir un significado a una disposición legal (Alchourron, 1993, p.37/ Moreso, 1997, p.19); para ello, el juzgador acude a principios jurídicos y, en base a la labor interpretativa de disposiciones legales que realice, hace evolucionar la jurisprudencia o la estanca. Esta operación no es ni más ni menos que cualquier otra tarea creativa (Cfr. Peces, 2000, p.168).

1.9. La caracterización de la decisión jurídica.

Ahora bien, esto no siempre ha sido visto así, y tampoco podría decirse que actualmente exista completa claridad respecto a lo anteriormente indicado, muy a pesar de que en “los últimos cincuenta años buena parte de la filosofía del Derecho viene dedicando su atención al razonamiento jurídico en general y al judicial en particular” y que, además, existan hoy día, como se ha resaltado con razón por V. ITURRALDE SESMA, muchos lugares comunes, lo que implica un avance en la teoría de la justificación de la judicial. En efecto, resalta la referida autora que,

“Los análisis que suelen incluirse bajo la denominación <<teorías de la argumentación jurídica>> parten de lo que hoy pueden considerarse lugares comunes en materia de aplicación del Derecho: que no hay una separación tajante entre creación y aplicación, que los problemas de interpretación son en buena medida inevitables debido al vehículo —el lenguaje— a través del cual se expresa el Derecho; que la determinación de los hechos sólo la pueden hacer los aplicadores del Derecho que pueden presentarse problemas de lagunas y contradicciones, etc. Por todo lo cual la solución a los casos individuales no puede venir siempre predeterminada por la Ley” (Iturralde, 2003, pág.,13)-. La cursiva es nuestra.

La cuestión es importante porque tiene que ver no sólo con la caracterización de la decisión judicial como un silogismo que reduce a aquella a una simple aplicación a los casos concretos de soluciones abstractas y generales previstas por las normas jurídicas, sino también con el principio estructural y funcional básico del Estado de Derecho, esto es, la vinculación del Juez a la Ley, con el que se encuentra conectado el *iura novit curia*.

Desde esta perspectiva, como resalta F. J. EZQUIAGA GANUZAS, durante mucho tiempo se ha considerado que el interés de presentar la decisión judicial como un razonamiento silogístico (Wróblewski, 1977, p.11) se derivaba de la necesidad de separar las actividades de creación y aplicación del Derecho: los órganos judiciales se limitan (o deben limitarse) a aplicar normas jurídicas no creadas por ellos, sino por los órganos legislativos (Cfr. Ezquiaga, 2000, p.68). Sin embargo, a pesar de que, como más adelante se insistirá, nada impide resaltar la corrección lógica de utilizar el esquema silogístico para conectar (a los efectos de la decisión judicial) la premisa normativa y la fáctica con la conclusión, la cuestión es, en realidad, muy otra.

Incluso, recientemente se ha insistido en que la práctica judicial muestra que existen, por un lado, casos que pueden ser resueltos conforme a derecho pero en sentidos diversos⁵, y por otro, casos que son resueltos por el juez mediante la producción de una norma jurídica de origen no legislativo, aunque posteriormente sea presentada como significado de una disposición normativa; con lo cual, si esto es así, se afirma que, al menos en algunos casos, la función judicial implicaría la producción de normas jurídicas y no la simple aplicación de las normas producidas por los órganos legislativos, con lo que se difuminaría la tradicional distinción entre función legislativa, de creación del derecho, y función judicial, de aplicación de derecho (Cfr. Ezquiaga, 2003, p.51).

Estas afirmaciones suponen dos cuestiones importantes como seguidamente se verá.

⁵ Un ejemplo de lo indicado en el texto se manifiesta en los llamados *casos difíciles*, donde el gran problema radica en que pueden ser resueltos de modo diverso, a menudo dependiendo de las valoraciones del juez. Aunque no existe consenso respecto a lo que ha de entenderse por *caso difícil*, puede señalarse que el mismo “puede estar provocado por la indeterminación del lenguaje usado para redactar las disposiciones, porque se pone de manifiesto una antinomia o una laguna o porque el juez no comparte la solución normativa; sus consecuencias serán que no cabe en relación a ello hablar de solución correcta; su solución puede requerir sopesar las disposiciones en conflicto, utilizar los principios o acudir a juicios morales; y el conocimiento de las normas que lo resuelven no es posible ya que esta no preexisten, sino que deben ser <<construidas>>” (Ezquiaga, 2003, p.48).

En primer lugar, que la interpretación jurídica y, en lo que aquí importa, la interpretación constitucional “es especialmente relevante por razón del lugar y de las funciones de la Constitución en un sistema jurídico. El papel de la discutida creatividad de esta interpretación es, así, muy importante para todas las áreas de regulación legal y de actividades del Estado en las que la Constitución sea relevante y/o aplicable [que, en el contexto de Estado Social y democrático de derecho, puede decirse que su aplicación es en la casi totalidad de los supuestos que se puedan presentar, incluso los de derechos sucesorales; y ello es así, habida cuenta que, generalmente, todos los casos discutidos son susceptibles de ser llevados a una controversia referida a los principios jurídicos recogidos en el texto constitucional (Cfr., Atienza y Ruiz, 1996, p. 2 y sigs)]. Esto se hace claramente patente en la oposición entre las ideologías dinámicas y estática de interpretación constitucional, como en la discusión que concierne a las instituciones particulares de esta interpretación y de sus funciones” (Wróblewski, 1998, p.90).

En segundo lugar, por un lado, que dicha interpretación se corresponde mejor con la ideología dinámica descrita por J. WRÓBLEWSKI como sigue.

Según una ideología dinámica, una interpretación constitucional debería adaptarse a las necesidades políticas en el contexto cambiante de las actividades del Estado. La constitución fija algunos principios, pero el lenguaje constitucional, al menos en muchas disposiciones, es un lenguaje abierto (*open-ended*), utiliza cláusulas generales que se interpretan según la política ejecutada en el Estado. En este sentido, las reglas constitucionales carecen de significado fijo y la Constitución sólo expresa <<*les lignes essentielles de la philosophie politique gouvernementale*>>. (...). La interpretación constitucional cumple funciones políticas, se basa en valoraciones políticas. La interpretación constitucional institucionalizada otorga enormes poderes políticos a los intérpretes oficiales. Al Tribunal Supremo de EE.UU se le tiene como un *policy-marker* y la historia de su actividad, desde los tiempos del *New Deal* (...) demuestra ese papel y el significado cambiante que se atribuye a las reglas constitucionales de EE.UU. El poder de la interpretación constitucional es tan relevante por razón del impacto del contexto funcional sobre el significado de las reglas constitucionales (Wróblewski, 1988, p.79-80).

Y por otro lado, que la referida interpretación pivota sobre el desacuerdo y/o la duda respecto al significado de una disposición o, más exactamente, como dice J. RAZ:

“La interpretación sólo es posible cuando el significado de lo que es interpretado no es obvio” (Raz, 1996, p.26).

Esta indicación, aunque pareciera trivial, tiene consecuencias importantes que, sin embargo, suelen olvidarse con frecuencia en los argumentos justificatorios del fallo judicial.

1.10. La atribución de significados a los textos legales no es cognoscitiva.

El proceso de asignar significados no es cognoscitivo; es un asunto de decisión que, por supuesto, puede estar apoyada en razones más o menos convincentes (Cfr. Bulygin, 1999, p.470-471) Más claramente, cuando el intérprete atribuye un significado a la disposición legislativa que interpreta, la interpretación se convierte en una actividad discrecional (Cfr. Alchourron, 1991, p.444/ Ezquiaga, 2000, p.190). Y es que, como ha dicho H. L. A. HART, “en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictado por el derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto” (Hart en Moreso, 1997, p.238), con lo cual, puede afirmarse que los jueces, aunque no fuere en todos los supuestos, crean derecho.

www.bdigital.ula.ve

2. Desacuerdos interpretativos y actividad discrecional. La motivación.

En efecto, el desacuerdo obliga a precisar la naturaleza lingüística, sistémica o funcional del mismo o si, en su defecto, se trata de varios o de todos ellos; y la importancia de esta delimitación radica en que, por un lado, contribuye a enmarcar adecuadamente el ámbito decisorial en el que el juzgador le tocará desenvolverse, y por otro, que dependiendo de su naturaleza los desacuerdos serán de tipos diferentes (Igartua, 2003, p.122-127) y, por tanto, diferentes sus necesidades de justificación racional.

No obstante, es cierto (y hay que admitirlo) que “de cara a justificar su decisión, es preferible para el juez apelar al sentido unívoco del texto claro, del que él es un simple lector, que a la autoridad de que está investido para imponer su interpretación del documento normativo controvertido. Su actividad resulta de la primera forma mucho más aséptica y la credibilidad de su decisión (al menos

desde un punto de vista formal) mucho más acentuada. En este caso el juez no decide, sino que simplemente pronuncia lo establecido por el legislador” (Ezquiaga, 1984, p.42).

Sin embargo, también cierto que esta es una disyuntiva falsa: no se trata de optar entre decir que un texto es claro o, en su defecto, imponer la interpretación del juzgador sino, más bien, de ejercer el poder discrecional de interpretar que subyace al ejercicio de la jurisdicción permitiendo el control intersubjetivo de lo decidido y siguiendo los cánones que permiten hablar del ejercicio legal y legítimo de aquellos poderes discrecionales por cuyo través el juzgador elige (opta por) una decisión en lugar de otra.

En esta perspectiva, han de puntualizarse los momentos en los que el juez se ve compelido a optar -o sea, a elegir entre distintas opciones para decidir; en palabras de Ferrajoli, esta elección es producto de que “la actividad jurisdiccional se identifica en el entrelazamiento de ‘saber’ y ‘poder’, en los que siempre hay márgenes de discrecionalidad potestativa más o menos amplios, pero irreducibles más allá de ciertos límites” (Ferrajoli, 1997, p.63) -, los cuales deben constar expresamente en la sentencia, pues “la elección entre un método de interpretación u otro no es objetiva sino valorativa” (Ezquiaga, 1984, p.43); de ahí que “la elección entre interpretación subjetiva u objetiva, lógica o teleológica, literal o sistemática (...) no son adoptadas por el jurista práctico sobre el fundamento de abstractas argumentaciones metódicas, cuanto sobre el objetivo de la relevancia de los resultados a los que tal elección en concreto conduce, y, por eso, a fines prevalentemente justificativos” (De Ruggiero, en Ezquiaga, 1984, p.43).

La validez de estos asertos puede confirmarse con un somero examen de la jurisprudencia de cualquier sistema judicial, lo que bastará para comprender que las directivas se eligen según las circunstancias, que es una actividad discrecional y, además, que no existe lo que podríamos llamar <<el método favorito de cada juez>>. Estos no sienten especial predilección por un

método determinada por la ideología del juez de cara a la aplicación de la interpretación (Ezquiaga, 1984, p.43-44)..

Puede decirse con A. ROSS que, en lo que atañe a la interpretación del derecho legislado, no pueden darse reglas fijas; lo más que puede alcanzarse es un estilo de método o estilo de interpretación y, por ello, el grado de certeza de las aserciones concernientes a la interpretación es muy bajo (Cfr. Ross, 1997, p.144). Y es que “los métodos de interpretación son susceptibles de ser enunciados de forma muy diversa, pueden ser utilizados de manera muy variada y, finalmente, (...) un mismo método proporciona sentidos diferentes de un mismo documento normativo” (Ezquiaga, 1984, p.46). Si esto es así, es decir, si un método es susceptible de ser entendido de varias formas, también serán diversas las maneras en que pueda ser utilizado” (Ezquiaga, 1984, p.48).

Por tanto, al no existir “criterios objetivos que indiquen cuándo debe aplicarse una máxima y cuándo otra, ellas ofrecen gran amplitud para que el juez llegue al resultado que considera deseable” (Ross, 1997, p.190), y es por lo que “las máximas de interpretación no son reglas efectivas, sino implementos de una técnica que –dentro de ciertos límites- habilita al juez para alcanzar la conclusión que considera deseable en las circunstancias, y al mismo tiempo, preserva la ficción de que sólo está obedeciendo la ley y los principios objetivos de interpretación” (Ross, 1997, p.190-191).

Pues bien, sobre estas cuestiones gira la motivación (Igartua, 2003, p.127) de la decisión⁶, y todo porque, como señala El Tribunal Constitucional Español, “en contra de lo que con naturalidad ocurría en el Antiguo Régimen –haciendo referencia a la situación histórico-política anterior a la Constitución Española de

⁶ Aclaro que entiendo por “decisión” lo que define la elección; de ahí que, “decisión” en este sentido no es el equivalente a la designación del resultado (conclusión) de la actividad judicial y, por tanto, ningún acto de decidir, en cuanto tal, puede ser inferido por vía de razonamiento lógico (deductivo), es decir, la decisión es un acto de voluntad y como tal no está determinado por la lógica (Cfr., Alchourrón, y Bulygin, 1991, p.303). el que la decisión sea un acto de voluntad no lleva consigo que ya por ello es un acto arbitrario, y tampoco que se configure como un ejercicio del más puro decisionismo judicial.

1978-, en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado. Con ello se cumple (...) con la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial ...” (Tribunal Constitucional Español, Sentencia núm., 24/1990, de 15 de febrero, fundamento jurídico 4).

2.1. Atribución de significados: explicación y justificación.

Esas Razones no pueden ser de cualquier índole, pues de poco vale una descripción exhaustiva de una <<ratio decidendi>> que, a la postre, hilvana razones polivalentes; esto es, de fallos que se excluyen recíprocamente: las razones que fundamentan el fallo han de ser razones con fundamento (Cfr. Igartua, 2003, p.59). Y esto no es un simple juego de palabras, pues de aquí emerge la necesidad de fundamentar el fallo en razones justificativas, no en razones explicativas.

Las razones explicativas son distintas a las razones justificativas. En efecto, como lo ha apuntado M. CRISTINA REDONDO,

“toda explicación tienen un propósito descriptivo mientras que toda justificación tiene un propósito evaluativo o normativo. El aspecto interno, esto es, la intención de explicar, presupone el interés cognoscitivo de hacer inteligible la acción. En contraste, la intención de justificar presupone el interés práctico de evaluarla o aprobarla” (Redondo, 1996, p.79).

Para decirlo con palabras de C. S. Nino,

“las razones *explicatorias* se identifican con los motivos. Ellas están constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones. El caso central de razón explicatoria o motivo está dado por una combinación de creencias y deseos (...). Las razones *justificadorias* u objetivas no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si (desde algún sistema de valores –jurídico-fácticos- en que debe basarse la justificación) fue buena o mala desde distintos puntos de vista” (*La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pág., 126).

Decir que un juez condenó a X por el homicidio de Z porque cree que es culpable y desea que se todo comportamiento inmoral sea castigado significa enunciar una razón explicativa; decir que la decisión del juez se basó en la

interpretación del artículo del Código Penal vigente que castiga el homicidio significa enunciar una razón justificatoria, de ahí que, como señala M. ATIENZA,

“los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas” (Atienza, 1997, p.23).

Solo las razones justificativas permitirán determinar si es aceptable, o no, la decisión adoptada, siempre partiendo de algún sistema de valores en que debe basarse la justificación.

En definitiva, como estamos en el ámbito de un recurso de interpretación y lo que se discuten son significados (no la norma aplicable al caso), lo propio de las decisiones jurídicas en general, y de la interpretación constitucional en particular, es que el Juez o Tribunal justifique la selección de las directivas interpretativas y las valoraciones por las que ha optado para atribuir significado a la disposición constitucional objeto de interpretación; pero además, ha de justificar porqué deja de seleccionar otras directivas interpretativas y otras valoraciones que se consideran aplicables para atribuir significado a la disposición en referencia, y, de paso, “identificar todos los argumentos determinados por los problemas básicos que tendrían que resolverse si la decisión fuera racional” (Wróblewski, 1998, p.62).

En esta perspectiva, “parece claro que un problema de interpretación puede plantearse siempre como un problema semántico, un problema de atribución de significado a un término, a un enunciado o a un conjunto de enunciados, (es decir, a un material jurídico) lo cual exige la utilización de una regla semántica (previamente existente o creada para la ocasión) que, a su vez, habrá que justificar argumentativamente”, y “un juez que tenga que motivar una decisión (originada en un problema interpretativo) no puede dejar de hacer las operaciones que se acaban de señalar aunque (...) su cometido no se termine ahí” (Atienza, 1999, p.135)

2.2.- El papel de la jurisdicción.

Sentado lo anterior, importa destacar -por las razones que seguidamente apuntaremos- que, en los tiempos que corren, resulta insostenible afirmar, como lo hacía MONTESQUIEU, que "los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes" (B. De Montesquieu, 1984, p.199).

Porque es evidente que hoy este pensamiento ha muerto⁷ y la posición del juez se ha modificado sustancialmente, cuestión que es reafirmada de G. DEL VECCHIO:

"sólo una concepción errónea de la Ciencia jurídica podría desear para sus normas aquella rigidez mecánica que convertiría al Juez en un autómatas, haciendo del *summum jus* (...) una *summa injuria*. De una aparentemente mayor determinación de esas normas derivaría, no ya sólo una más perfecta correspondencia de las mismas con todas las clases de hechos, sino una mayor dificultad para mantener su espíritu, en relación con la realidad siempre nueva y siempre distinta" (Del Vecchio, 1967, p.139-169).

La referida modificación ha operado tanto por la imposibilidad de mantener, desde el estrado judicial, una concepción del discurso judicial inspirada en la certeza, en la verdad inequívoca y unívoca y, en fin, en la absoluta objetividad que automáticamente excluye y desacredita las soluciones alternativas a las que toma el cuerpo colegiado, pero también, y como corolario de lo anterior, porque la imagen de la jurisdicción como actividad sustancialmente mecánica y aséptica, que se basa sólo en un saber técnico, no se corresponden con la exigencia del juez responsable, propia de las democracias actuales, en las que ley, derechos y justicia no son equivalentes.

⁷ Desde el punto de vista que aquí interesa, la muerte de Montesquieu alude al fin de una idea de la división de los poderes según la cual "el juez no es sino un instrumento de la letra de la ley". En realidad, para Montesquieu el judicial es "en cierto modo un poder nulo", en tanto es simplemente "la boca que pronuncia las palabras de la ley". Esta concepción de la administración de justicia fue llevada a la práctica en Francia y, luego, difundida a otras naciones del continente, por la perdurable reforma de Napoleón Bonaparte, y cuyo ocaso puede que se iniciará con la obra de H. Kelsen (Cfr. Caro, 2002, p.1). Ahora bien, si ya nada es como en su día imaginó Montesquieu, en las democracias occidentales más maduras, su muerte rejuveneció, paradójicamente, la reflexión jurídica y política, y terminó alumbrando nuevas reglas de funcionamiento de los poderes del Estado, que se corresponden con la formulación contemporánea de los principios democráticos fundamentales y, en líneas generales, preservan los imprescindibles equilibrios funcionales, los controles y las responsabilidades que guían la actuación de los tres poderes públicos tradicionales.

En efecto, respecto a esta cuestión importa destacar, con O. BACHOF, algo que, a fuerza de evidente, no deja de ser importante: el constitucionalismo y el liberalismo clásico tenían una gran fe en la ley y en el legislador —que contrastan con su desconfianza hacia el juez—, en los que veían la garantía contra el arbitrio de la autoridad, y este es el motivo de la “vituperada equiparación positivista entre ley y derecho” (Bachof, 1963, p., 39).

Hoy día, en cambio, cuando ya no se puede equiparar ley derechos y justicia, todo poder necesita justificar sus decisiones de manera adecuada y suficiente, habida cuenta que la sociedad está interesada en la funcionalidad del sistema normativo y estatal antes que en sus, siempre retóricas, declaraciones de principios, y al no existir aquella equiparación ya no basta indicar que la aplicación de la ley es la atribución del derecho y el otorgamiento de la justicia, que demandan una justificación adecuada y suficiente en cada supuesto fáctico.

Hoy día no sorprende la afirmación de que la elaboración del derecho no es tarea única del parlamento (derecho legislado) sino también de la jurisdicción - derecho interpretado- puesto que como afirma P. Ibáñez, el Estado constitucional de derecho comporta, cierta redistribución del poder a favor del judicial, como consecuencia de la mayor relevancia del papel de este y de la consiguiente revitalización de su independencia; también conlleva un replanteamiento del criterio de legitimidad del la jurisdicción (Ibáñez, 2003, p.252) cuya función judicial no es automática o de pura subsunción, sino reflexiva; no es fruto de un mero voluntarismo sino de resoluciones contrastadas por los hechos, por las normas y, en definitiva, por la Constitución (Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español núm., 120/1987, de 10 de julio), sin que esto implique, como acertadamente lo ha señalado A. E. PÉREZ LUÑO, menoscabo de la seguridad jurídica.

La moderna ampliación de las facultades hermenéuticas del juez en la búsqueda de la decisión justa, al decir de E. PÉREZ LUÑO, no actúa en detrimento de la seguridad jurídica, siempre que este realice un ejercicio de

racionalidad práctica basado y controlado por el conjunto de fuentes normativas y los valores ético-políticos que inspiran el sistema jurídico, de modo que con esa opción a favor de la justicia no se menoscaba sino que se refuerza la seguridad jurídica, pues esta es una categoría axiológica más amplia y compleja que la mera seguridad legal (Cfr. Pérez, 1991, p.103-104).

De este modo, como resalta A. M. PEÑA FREIRE, la actividad jurisdiccional deja de ser mera interpretación y aplicación de la voluntad del legislador expresada en la ley y el poder judicial deja de ser un subalterno del legislativo. Ahora, la función jurisdiccional adquiere relevancia constitucional y el poder judicial pasa a convertirse en un auténtico poder en el Estado. *Frente al imperio de la ley surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar ley y praxis jurídica con los principios y valores constitucionales.*

Por consiguiente, el poder judicial se convierte en el guardián del derecho en su expresión constitucional: su función será la realización del Estado constitucional de Derecho o, también, el control jurídico de las distintas posibilidades de realización del programa constitucional, en donde la función jurisdiccional detenta un contenido garantista, que se expresa en dos vectores: mediante la corrección jurídica del ordenamiento conforme a su sentido constitucional y, además, la garantía de una solución desde el Derecho para el conflicto entre derechos e intereses legítimos que se plantee (Peña, 1997, p.233).

Así, dado que el elemento primario que caracteriza la jurisdicción es la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos en todos los momentos y procesos jurídicos, el juzgador en el ejercicio de su función sólo está vinculado a Derecho y en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluido aquel que se refiere a la centralidad de sus pretensiones e intereses legítimos (Peña, 1997, p.288-289).

En cualquier caso, y sea como fuere, parece de recibo señalar, como ha destacado K. LARENZ, que en la actualidad,

“toda reciente metodología jurídica está de acuerdo en que las resoluciones judiciales no están completamente ‘preprogramadas’ en las leyes, que la aplicación de la ley no es sólo subsunción lógica, que el juez siempre ha de emitir (también) juicios de valor y que, a este respecto, le queda un cierto margen de libre enjuiciamiento” (Larenz, 1994, p.496).

Pareciera que va de suyo lo que venimos planteando y que, al efecto, se trata de una disquisición meramente académica que, por evidente, no hace falta referir. Sin embargo, esta consideración perderá pronto todo su sabor meramente académico cuando el lector se complazca en pensar, por lo que seguidamente le referiremos, que no siempre ha sido así. Para evidenciarlo basta una elocuentísima cita de P. LABAND al respecto, quien resaltaba que la decisión jurídica consistía en

“la subsunción de un supuesto de hecho bajo el Derecho vigente, y es, como toda conclusión lógica, independiente de la voluntad; no hay libertad para decidir si la consecuencia debe darse o no, pues, como suele decirse, resulta de suyo, con necesidad interna. El llamado a decidir puede verse obligado a investigar el hecho y en el establecimiento del mismo se le puede reconocer un amplio espacio de juego para su libre apreciación, pero la configuración del mismo no depende de su voluntad. Del mismo modo, el Derecho objetivo (la proposición lógica superior) puede conceder al juez un amplio poder discrecional, prescribirle que atienda a la equidad, autorizarle una sentencia arbitraria. A pesar de ello, el juez no habrá dado vigencia a su voluntad, sino a la del Derecho objetivo, pues es la *viva vox legis*” (Laband, en Starck, 1979, p.359).

Sin embargo, pese a lo dicho por LABAND, “si la norma individual de la sentencia no contuviese algo nuevo, que no está determinado en la regla general, holgaría el fallo judicial, no sería necesario formular una norma individualizada” (Recansens, 1980, p.215).

De modo, pues, que el juez a lo largo del proceso de aplicación del Derecho, que concluirá con la decisión final sobre la cuestión planteada, elige, valora, extrae conclusiones, vierte opiniones personales, en definitiva, proyecta en su actividad todas sus convicciones, preferencias y opciones, cuando menos, en seis momentos diferentes:

- 1.- En la interpretación de los hechos,
- 2.- En la elección de la norma aplicable al caso,
- 3.- En la determinación de la necesidad o no de interpretar la norma,
- 4.- En la elección del método de interpretación,

5.- En los modos de utilizar los métodos de interpretación (pues estos son, como ya ha quedado dicho, susceptibles de ser enunciados de forma muy diversa, pueden ser utilizados de manera muy variada y un mismo método es susceptible de proporcionar sentidos diferentes de un mismo documento normativo), y

6.- En la elección de precedentes jurisprudenciales y doctrinales (Cfr. Ezquiaga, 1984, p.33).

Esas valoraciones y/o elecciones son, hoy con mayor razón, propicias y, hasta, necesarias en el ámbito del pluralismo constitucional, por tres razones que seguidamente apuntamos:

1.- Por razones de confianza profesional y de técnica. J. Igartua Salaverría lo ha dicho con la claridad que le caracteriza: el que, a los efectos de fijar qué consecuencia jurídica precisa ha de coronar la resolución de la controversia, el juzgador tenga ciertas dosis de libertad es

“perfectamente aceptable y hasta deseable por razones de *confianza* profesional (los jueces están capacitados para escoger la solución mejor al resolver casos individuales) y de *técnica* (no es posible asegurar una buena solución si se excluye todo margen en la elección de consecuencias)” (Igartua, 2003, p.188).

Esto plantea, a su vez, el problema de la obligatoriedad, que recae en el Juez, de motivar el modo puntual del ejercicio de esas dosis de libertad.

2.- Por la indeterminación del derecho en un mundo de leyes desbocadas:

E. GARCÍA DE ENTERRÍA escribía recientemente que:

La segunda gran crisis de la Ley, y seguramente la más grave, es la producida por la desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de las Leyes como consecuencia de su multiplicación incontinente, que, además ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias, que complementan o ejecutan las leyes. La vieja idea de una sociedad libre moviéndose en el cuadro de unos cuantos Códigos y Leyes, claros, concisos y tendencialmente estables, que dejaban a la libertad ciudadana todo el amplio espacio de la vida social así encuadrada con precisión y rigor, esa idea ha dejado paso a la situación actual en que la sociedad se nos aparece inundada por una marea incontinente de Leyes y Reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético.

La extraordinaria movilidad de las Leyes (continúa diciendo el autor en referencia) y, por ello, su producción masiva,

afecta gravemente al propio basamento del sistema jurídico y a sus dos valores centrales, la justicia y la seguridad jurídica, de aquí que la multiplicidad de las normas nos ha forzado, paradójicamente, a volver los ojos a los métodos precodificadores de la jurisprudencia, a los que pusieron en marcha los juristas romanos y que nunca han dejado de estar presentes en la conciencia de los hombres de Derecho por encima de la envoltura formal de sus normas, y mucho más cuando éstas son tan ocasionales y fugaces como ya nos consta. Ese método es el de la primacía de los principios generales del Derecho, condensado ético de la justicia y reguladores de todas y cada una de las instituciones positivas de un ordenamiento. (...). Solo un esqueleto firme de principios puede permitir orientarse en el magma innumerable de dichas normas, en su mayor parte ocasionales e incompletas, sometidas a un proceso de cambio incesante y continuo. Esta situación nos entrega, insoslayablemente, aunque pueda parecer paradójico, a un pensamiento jurídico de valores o por principios generales (García, 1999, p.47.48).

Llegados aquí, se comprende fácilmente la importancia de la justificación racional de las decisiones jurídicas, habida cuenta de la incapacidad de la ley, por su crisis estructural y funcional dentro del sistema jurídico y, con ello, dentro de la estructura del Estado, para legitimar por sí sola las decisiones que resuelvan controversias inter-institucionales, intra-institucionales y extra-institucionales.

3.- porque en la sociedad de hoy es muy compleja y cambia aceleradamente, lo que, a fuerza de obviedad, no deja de tener implicaciones importantes en la concepción y función de la legislación y de la jurisdicción, pues en este contexto conviven en los Ordenamientos jurídicos actuales cierta dosis de rigidez y flexibilidad (Cfr. Parejo, 1993, p.100-101).

Respecto a esta cuestión, importa destacar que la complejidad y diversidad del Ordenamiento aumenta con la de la sociedad: de ahí la propuesta de que “cuando, como hoy ocurre, se producen un alto de diferenciación social y la correspondiente fragmentación del estado de conocimiento y de la conciencia de los grupos potencialmente amenazados, lo indicado son mecanismos que <<pongan a los individuos en condiciones de desarrollar intereses, de defenderlos comunitariamente y de hacerlos valer en los procesos estatales de decisión>>” (Habermas, 2000, págs., 527 y sigs.).

En virtud de estas tres razones, cobra especial importancia la interpretación de las regulaciones jurídicas en función de las situaciones y circunstancias dadas y, por tanto, la creación del Derecho se convierte en un

trabajo en equipo del cuerpo que formula reglas (el Parlamento) y el que administra justicia, esto es, los Tribunales y la maquinaria administrativa (Cfr. Aarnio, 1991, p.33).

La realidad aquí descrita ha movido a algunos autores a resaltar, como lo hace J. HABERMAS, que el desarrollo del Derecho por parte de los jueces ha llegado a “convertirse en una legislación implícita”, que, entre otros problemas puede poner “en peligro la racionalidad de la administración de la justicia” y, de paso, sobrecarga “en exceso la base de legitimidad con que cuenta el poder judicial” (Habermas, 2000, p.517), por lo que, una buena manera de fortalecer esa base es justificando racionalmente el ejercicio puntual de la jurisdicción, en forma tan similar como ocurre en cualquier tipo de decisión⁸, salvando, claro está, las diferencias de contextos, sus exigencias y sus implicaciones.

Lo que antecede ha sido resaltado por la doctrina española: La sociedad moderna, escribe J. IGARTUA SALAVERRÍA,

Ha entronizado la necesidad de justificar racionalmente cualquier tipo de decisión. Lo cual supone el entierro de creencias en iluminaciones privadas y el destierro de aquellas prácticas canonizadas por el autoritario *sic volo sic iubeo* (el equivalente de nuestro vernáculo *orden y mando*). En el mundo que nos toca vivir, valga lo que valiere y salvo casos singulares y extrapolados, parece indigno que las opciones de un sujeto sean un frenesí de su capricho. Las decisiones han de estar justificadas. Y queda tácito que las decisiones de los jueces también. He aquí, pues, el abolengo cultural de la motivación de las sentencias” (Igartua, 1991, p.143).

En definitiva, como la organización judicial implica necesariamente la creación de una autoridad que resuelve las controversias con carácter autoritativo (el resultado de una controversia es lo que el arbitro dice que es), y de paso, como dijimos en el epígrafe I y por las razones allí apuntadas, dado que la interpretación (y, con ello, la decisión judicial) presenta cierta complejidad y diversidad (Cfr. Iturralde, 2000, p.527), más cuando se trata de disposiciones constitucionales, es requisito *sine quo non* de la decisión judicial la motivación; y ello no sólo por una exigencia del orden legal sino, lo que es más importante, por la idea misma de jurisdicción y de su ejercicio en los Estados democráticos, donde

⁸

no pueden desligarse las ideas de jurisdicción y motivación (Cfr. Iturralde, 1998, p.143).

En este sentido, y como destaca incluso J. IGARTUA SALAVERRÍA, el pensamiento jurídico ha ideado, para fijar los atributos definitorios de los tribunales, una seña de identidad, elevada nada menos que a principio general de Derecho: la obligación de motivar las decisiones judiciales; es decir, la jurisdicción lleva aneja la motivación (Igartua, 1991, p.143).

2.3. La existencia de Votos Salvados es propia del pluralismo contingente de la sociedad actual.

En síntesis, son tal suerte de razonamientos los que nos conducen a entender que no ha de extrañar la existencia de Votos Salvados en las decisiones jurídicas, porque la razón que origina determinar el significado de una disposición constitucional, que luego se expresa en una decisión interpretativa, trae causa en que el significado *prima facie* del texto es dudoso, de ahí que en estos casos, como lo señala J. WRÓBLEWSKI, siempre hay una elección entre significados diferentes, y la manera de eliminarlos es por medio de directivas interpretativas y de valoraciones (Cfr., Wróblewski, 1988, p.29 y 37), que admiten una ubérrima floración de posibilidades y combinaciones al interprete⁹.

Esto no obstante, se requiere precisar dos consideraciones adicionales: la primera, que no cabe confundir *interpretación* con *invención* y/o *descubrimiento* ni *creatividad* con *arbitrariedad*, tal como notaremos más adelante en estos comentarios; la segunda, que incluso, si hay divergencias en las valoraciones asumidas, no queda otra alternativa que resolver *ex autoritate*.

Resultaría muy extenso ilustrar tanto las razones ideológicas a favor o en contra de la tesis de la única solución correcta en la interpretación

⁹ Adviértase que el problema de las decisiones interpretativas, típico de las jurisdicciones constitucionales europeas de control de constitucionalidad concentrado de la ley, son fruto de una ponderación de intereses sustanciales que se extraen de principios institucionales que influyen en el fondo mismo de la decisión, tanto en la interpretación que *resulta* de la decisión como en la interpretación que *lleva* a la decisión (Cfr. López, 2003, p.9-10).

operativa que echan a andar los Tribunales, como el largo y complejo elenco de factores (formales, sustanciales, legales y extralegales) que generan en los sistemas jurídicos indeterminaciones. Basta decir aquí, a los efectos de esta investigación, que “la tesis de la única interpretación correcta es aceptada por cualquier ideología de la interpretación legal operativa que mantenga que la tarea de la interpretación consiste en descubrir el significado de una regla legal que es, al menos en parte, independiente de la actividad del intérprete”. Sin embargo, “existe la posibilidad de establecer que una regla ofrece varios significados y todos igualmente justificables y que queda en manos del legislador (y, por lo que aquí importa, del intérprete) decidirse por uno” (Wróblewski, 1988, p.86).

Las indeterminaciones arriba referidas permiten hablar de la existencia del “pluralismo contingente”, según el cual se atribuye a la indeterminación objetiva del derecho las discrepancias en un tribunal respecto a las interpretaciones. No es este el lugar adecuado para tales disquisiciones, de modo que, sin perjuicio de lo anterior, y sin entrar ahora mismo en dichas discusiones, podemos afirmar que si hubieren interpretaciones diferentes las divergencias insalvables (que no son extrañas a las soluciones jurisdiccionales) serán determinadas en última instancia por un argumento *ex auctoritate*.

He aquí, pues, uno de los tantos problemas relativo, en general, a los límites de la argumentación jurídica y, en particular, a los límites de la justificación de las decisiones judiciales - también a nivel legislativo existe la posibilidad de establecer que una disposición legal ofrece varios significados, todos igualmente justificables, quedando en manos del legislador decidirse por uno o por otro, cuestión sobre la que, no obstante la polémica al respecto, puede afirmarse, en base a lo dicho en el texto, que las posibilidades de elección legislativa no han de extrañar a nadie-, y, en fin, a los límites del conocimiento humano para llegar a la *verdad* como predicado de las aserciones fácticas y a la *corrección* como predicado de las aserciones jurídicas.

2.4. Estupidez ilustrada e ilustrados desesperados.

Desde el punto de mira de las consideraciones que anteceden, se puede afirmar que no se exhibe sino una ignorancia supina cuando se critican fallos, o con pretensiones propias del escéptico ilusionista que se propone un objetivo inalcanzable (esto es, encontrar una solución que, además de agradar a todos, sea la totalmente correcta), o con las pretensiones del escéptico desencantado y frustrado, que se propone el caos debido a las limitaciones humanas (esto es, no existe posibilidad de alcanzar la justicia, por la maldad del hombre, por las injerencias políticas, por las limitaciones humanas, etc). Huelga decir que:

Estas dos posiciones son inaceptables. La alternativa entre el mito ilustrado de la certeza jurídica objetiva y el decisionismo subjetivista en el derecho es comparable a aquella otra, recurrente desde siempre en la historia de la filosofía del conocimiento, entre dogmatismo realista y escepticismo relativista, es decir, entre la pretensión de que la ciencia esté dotada de (o pueda conseguir o justificar definitivamente) la verdad absoluta y la idea de que la verdad es inaccesible y la elección entre teorías concurrentes es arbitraria (Ferrajoli, 1997, p.62).

Se trata, en definitiva, de los 'irracionalistas' y los 'escépticos', que son en realidad 'verificacionistas' y 'justificacionistas desengañados' (POPPER Dixit); y lo que ya no podría asegurarse es si se trata sólo del solapamiento, bajo ignorancia aparente, de otras preferencias no confesadas ni justificadas, o si se trata, en cambio, de incapacidad para responder con la idoneidad y la altura que ha de expresarse un desacuerdo en la práctica forense ante una sentencia cuyos criterios no se comparten.

Tanto unos como otros (irracionalistas y escépticos), en sus intentos frustrados de encontrar una decisión objetiva, pontificante y completamente unívoca, desvinculada del contexto político, que la procuran desde dos perspectivas igualmente inaceptables al tiempo que, desde sus respectivas perspectiva logran, sin proponérselo, un mismo objetivo. En efecto, las críticas se nuclean:

1.- Bien desde el colorido de la crítica política (no de la teoría política sino desde la política personal o partidista), inaceptable en este estrado, toda vez que se confunde el que los jueces no pueden evitar lo político, tal y como lo entiende la

teoría política con otro asunto muy distinto: el de la política personal o partidista, solapando la primera dentro de ésta última.

Si bien se mira, puede afirmarse sin empacho que las leyes, el derecho y la interpretación no son asunto de política personal y/o partidista, al tiempo que se afirma que quienes tienen que ver con el derecho también les incumbe lo político, que no pueden evitarlo y, desde la perspectiva aquí apuntada, hace parte de lo que toda interpretación significa (Dworkin, 2000, p. 143 y 177).

2.- Bien en fin, desde los deseos de argüir a favor de supuestos “vericuetos” interpretativos que no terminan de esbozarse, y de pésimas redacciones (Cfr. Blyde, 2004), que, más bien, son omisiones legislativas que habrán de valorarse con criterios acordes a la teoría general del derecho.

Y el objetivo común que logran no se hace esperar, a saber, el estimular a la audiencia que se deje (des)orientar por criterios tan primitivos como ineficaces, a la retirada al irracionalismo y, con ello, a la ‘guarimba’, a la ‘desobediencia tributaria’ y, en fin, a todo lo que puede suponer la ausencia de cohesión hacia un argumento legítimo y válido.

Las posiciones de los irracionalistas y escépticos párrafo anterior concuerdan, en lo referente a la búsqueda de una decisión objetiva pontificante y completamente unívoca, desvinculada del contexto político, y en este contexto se inscribe, al parecer, la aspiración de G. Blyde cuando, para hacer una crítica desde la postura partidista en referencia a la decisión del Tribunal Supremo de Justicia que resuelve la interpretación del artículo 203 de la Constitución de 1999, concerniente a determinar el tipo de mayoría parlamentaria que ha de votar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, destaca que “resulta imposible abstraer esta interpretación realizada por el Tribunal Supremo de Justicia de la actualidad política y legislativa” (Blyde, 2004).

En realidad, este aserto parece descubrir el mediterráneo, por lo siguiente. En materia de interpretación constitucional, y siguiendo a J. WRÓBLEWSKI (Wróblewski, 1985, p.102-109), parece que hay cuatro peculiaridades principales:

1) variedad de las reglas constitucionales (en las que se comprenden las reglas de conducta, las que determinan la organización y competencia de los órganos del Estado, las que determinan los fines que deberían llevar a cabo los destinatarios de las reglas constitucionales, las reglas directivas que señalan las funciones que deberían realizarse mediante algún tipo de actividades o los valores que deberían conseguirse);

2) características de los términos utilizados en la formulación de estas reglas (la tipología de términos constitucionales, relevantes para la interpretación constitucional, distingue términos valorativos cuasidescriptivos y descriptivos);

3) aplicabilidad de las reglas constitucionales;

4) *carácter político de la interpretación constitucional*: “la peculiaridad de la interpretación constitucional consiste en el enraizamiento político de las valoraciones inherentes a las dudas constitucionales y a las opciones interpretativas. Parece que el papel del contexto funcional y, especialmente, el de sus componentes políticos es muy fuerte. La interpretación de los términos valorativos está mayormente enlazada con la axiología política, y las controversias concernientes a los términos descriptivos y cuasidescriptivos están estrictamente unidas a los problemas políticos de funcionamiento de las estructuras sociopolíticas” (Wróblewski, 1985, p.102-109).

De ser comprobable lo anterior, y de hecho parece serlo, entonces va de suyo que las decisiones interpretativas del Tribunal Supremo de Justicia no se pueden abstraer del contexto político, ya que a ello obedece la concepción dinámica de la interpretación constitucional; por tanto, es una sinrazón arengar contra el fallo porque, en el contexto político en el que se produce, favorezca a

una de las partes en competencia política; la cuestión ha de plantearse, más bien, en términos de si a la vista de la interpretación dinámica de la Constitución está justificada la elección interpretativa formulada en el fallo y, por tanto, si el mismo se sostiene o resulta inaceptable.

Es lo que siempre ocurre cuando los comentarios se ahorran, inicial y finalmente, todo esfuerzo de afinar al máximo posible y de acotar con todo rigor técnico el problema sobre el que se pretende discurrir o debatir, ahorro que muy pronto pasa la cuenta en forma de dificultades añadidas, que muchas veces llegan a ser tan insuperables como estériles y, en muchas ocasiones, hasta con el despropósito de la huidiza manera de enturbiar con lo trivial y con réplicas aparentes (no argumentos), que, a decir verdad, no asumen siquiera jerarquía de falacias merecedoras de aclaratorias y/o desenredos.

El hecho de que la atribución de significados en la interpretación constitucional no sea apta para alcanzar la absoluta objetividad, que la técnica jurídica o, quizá mejor, su uso, y la preferencia de una técnica frente a otra no sea neutral (Cfr. Igartua, 2003, p.102-103/ Igartua, 1999, p.23 y sigs), aunque tampoco pueda decirse que la misma legitima cualquier decisión ni siempre más de una [por ello merece la pena suscribir que, como atinadamente se ha escrito, “la única objetividad posible en el Derecho es la objetividad de la técnica jurídica. Fuera de ella o al margen de ella, todo es puro decisionismo, gratificante cuando coincide con los propios intereses, pero insoportable en caso contrario” (Fernández, 1998, p.134)], como tampoco son neutrales los jueces algunas veces y que, en definitiva, en el ámbito jurisdiccional haya lugar para momentos de decisión, no autoriza a la crítica de ilustres profesionales del derecho que, debe lamentarse, no haya podido regalarnos ni una sola muestra confirmatoria de lo que sostienen.

De ahí que respecto a estas críticas que llaman al escepticismo pueda decirse, siguiendo a H. L. A. HART, que “el escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquéllas no son lo que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y

podrían anticipar todas las posibles combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna” (Hart, 1963, p.173).

Así, vale la pena recordar a estos efectos que, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional español, la Constitución “no surge, ciertamente, en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada” (Tribunal Constitucional Español, núm., 11/1981, f 8º) y, por tanto, el hecho de que existan en la interpretación jurídico constitucional intersticios de la legalidad que permitan el arbitrio judicial (Cfr. Nieto, 2000, p.224 y sigs), ello no es óbice para negar y hasta, casi, evitar -como se ha pretendido- tanto la crítica *auténtica* (a la vista de que se desdibuja el problema real) como la delimitación de la verdadera dimensión del problema, que es lo que pretendemos en el epígrafe que sigue.

2.5.- Parcialidad política o ejercicio de poderes discrecionales en la jurisdicción.

En la perspectiva indicada *supra*, tampoco parece razonable atribuir a los fallos del Tribunal Supremo de Justicia defectos que, al efecto, no pasan de afirmaciones infundadas y, de paso, a adjudicar dichos supuestos a compromisos políticos y a la falta de cualidad de quienes deciden, agravados por una actitud tan pontificante como si hubiere una rabiosa relación de causalidad, y por la propia naturaleza de las cosas, entre supuestos defectos del fallo y supuestos compromisos políticos de los Magistrados.

¡No; no es eso señores abogados!, porque resulta una simplificación inadmisible, que, si obedece a algún modelo teórico, no puede ser otro que el monolítico, preocupado exclusivamente por las exigencias de reducción de la complejidad, por la generalidad, la pretensión de aplicar herramientas de carácter general y predeterminadas a problemas históricos concretos, que antepone las exigencias conceptuales a las evidencias reales y sacrifica éstas a las primeras, que

desconoce la complejidad y la flexibilidad, e impide ofrecer una imagen multiforme del Derecho.

La referida imagen es, por lo demás, adecuada a la compleja naturaleza del mismo. Sin embargo, esa simplificación excesiva, apuntada en el párrafo que antecede, pareciera la propia de los <<abusos>> de quienes V. FAIREN GUILLÉN decía que “todo lo que les molesta resulta inconstitucional” (Fairén, 1990, p.57), y además, lejos de analizar para aclarar, oscurece la verdadera comprensión del problema, que va mucho más allá y es mucho más complejo que esa explicación basada en las, supuestas, sinrazones de la actividad judicial.

Efectivamente, por lo que se refiere concretamente a las relaciones del Poder Judicial con el resto de los poderes públicos en las democracias avanzadas, los principales debates y conflictos giran alrededor de los siguientes asuntos (Cfr. Caro, 2002, p.1):

- 1.- el llamado activismo judicial;
- 2.- la independencia e imparcialidad de los jueces, y el control democrático al que debe estar sometida la magistratura;
- 3.- los conceptos de responsabilidad política y responsabilidad criminal de los gobernantes;
- 4.- la judicialidad de los actos políticos; y.
- 5.- el problema de la discrecionalidad de los jueces.

En este último, y en la independencia e imparcialidad de los jueces, es donde se ubican los problemas de la decisión interpretativa que comprenden los fallos del Tribunal Supremo de Justicia que traen causa en recursos de interpretación de disposiciones constitucionales.

Y es este el contexto en el que hay que reparar, sin ánimo de exhaustividad, que según se use un argumento de la interpretación gramatical o de

la sistémica o de la funcional, el significado que se le atribuye a una disposición puede ser notablemente distinto, e incluso puede ser distinto aunque se adopten argumentos de un mismo tipo (Cfr. Igartua, 1994, p.100 y sigs).

De ahí que, más allá de sus posibles defectos y de la aparente relación de causalidad entre los supuestos del fallo y la tarea especulativa de adjudicárselos a compromisos políticos de los Magistrados, se trata más bien de que, frecuentemente, argumentos interpretativos diversos permiten justificar tesis interpretativas en contraste, e interesa reparar en que lo aquí indicado no ocurre solamente en la atribución de significados a las disposiciones legislativas; también sucede igual con los conceptos del derecho público, puesto que,

“si valoramos en su conjunto la reflexión científica sobre el derecho público llevada a cabo en estas décadas, no podemos dejar de notar que los términos y los conceptos empleados son básicamente los mismos de otro tiempo, que han sido heredados de la tradición. Ahora bien, ya no producen significados unívocos y estables. Al haberse erosionado progresivamente el principio unitario de organización política, representado por la soberanía y por el orden que de ella derivaba, los significados resultantes pueden variar en función de las constelaciones que se van formando entre los elementos que componen el derecho público” (Zagrebelsky, 1999, p.12).

Por tanto, conviene tener presente que a un mismo texto jurídico le son atribuibles significados diversos y ello no es en absoluto sorprendente: utilizando el método literal, llega un abogado a la conclusión A, mientras que el contrario llega a la conclusión B porque ha utilizado el método teleológico. Y a ninguno podemos reprochar nada, porque ambas son técnicas admisibles (Cfr., Nieto, 1998, p.155) desde dos puntos de vista diferentes aunque complementarios:

1.- Desde el punto de vista político en general, puesto que,

Las sociedades actuales se caracterizan por su carácter plural, que trae consecuencias en el orden constitucional. Porque la aspiración de que los conflictos que se presentan en la sociedad se solucionen bajo el prisma de uniformidad, de lo monocromático y lo monótono, es realidad que pertenece a otros tiempos, por lo que el Derecho Constitucional “es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales”, y la Constitución habrá de entenderse, como dice G. Zagrebelsky y destaca el fallo de la mayoría, como un ‘compromiso de las posibilidades’, y no como un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia, por lo que “será la política constitucional que derive de las adhesiones y de los abandonos del pluralismo, y no la Constitución, la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos” (Zagrebelsky, 1999, p.13-14).

2.- Desde la perspectiva técnico jurídica referida a la concepción del Ordenamiento jurídico:

Porque hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan por sí un ordenamiento como podía suceder en el siglo pasado. La crisis de la idea de código es la manifestación más clara de este cambio (Zagrebelsky, 1999, p.39). Y es que, como ha destacado T. R. Fernández, en el conflicto de paradigmas del Estado liberal y del Estado social de Derecho pugnan aquél por sobrevivir y éste por imponerse, en un contexto de crisis en el que son bien visibles, desde luego, la decreciente eficacia vinculante de la ley parlamentaria y el riesgo que corre el principio de división de poderes de venirse abajo en un Estado que se ve confrontado con tareas crecientes y cualitativamente nuevas. (...). Es indiscutible que el clásico paradigma del Estado liberal de Derecho, construido a la medida de un Estado y de una Administración limitados a mantener el orden que necesitaba una sociedad económica y expresado en una ley abstracta y general que operaba a partir de casos típicos a los que asociaba consecuencias jurídicas claramente definidas, aportando de esa forma la imprescindible seguridad jurídica frente a eventuales —y puntuales— intervenciones de la Administración, ya no puede explicarlo todo. El Estado social, que aspira a la justa distribución de las oportunidades y compensaciones sociales, reclama, ciertamente, otro tipo de ley, una ley orientada a fines, y otro tipo de actuación administrativa, que se resiste a una predeterminación normativa concluyente (Fernández, 1999, p.255-256).

3.- Por las implicaciones propias de los métodos de interpretación autorizados en el Derecho.

El problema que desde esta perspectiva se plantea consiste en que, salvo escasos supuestos en que el propio Ordenamiento establece qué métodos han de usarse para interpretar y en qué orden, no existe un orden de preferencia respecto a los métodos a utilizar, de modo que se instauren criterios para preferir un tipo de interpretación o de resultado interpretativo en detrimento de otros, con lo cual, la decisión queda, como se insiste en el texto, a merced de la discrecionalidad del intérprete. Y como cada método interpretativo propicia ciertos valores en detrimento de otros, serán entonces las preferencias valorativas del intérprete las que determinan los resultados de la interpretación al optar por uno u otro método (Cfr., Igartua, 1994, p. 84 y sigs).

Cuestión distinta es que, en lugar de arengar contra los Magistrados, se afirme que no sería descabellado pensar que se ha preferido la utilización de determinados métodos de interpretación en lugar de otros porque se buscaba llegar a un resultado querido en lugar de otra conclusión también posible y, hasta, admisible, sólo que productora de un resultado no querido (o no preferido) por el intérprete, toda vez que podría afirmarse que, en buena medida, “de la elección del método interpretativo depende el resultado jurídico, ya que frente a un mismo texto y frente a un mismo caso práctico la elección de una u otra vía interpretativa puede conducir a soluciones divergentes” (Ezquiaga, 1984, p.45),

Y todavía más: la concepción teórica sobre interpretación podría prefigurar inexorablemente el esquema adecuado de <<motivación>> para las decisiones interpretativas (Cfr. Igartua, 2003, p.136).

Ahora bien, obsérvese que si este es el sentido del problema, también sería distinta su concepción y sus consecuencias, como seguidamente veremos.

En efecto, si se asume la cuestión desde esta perspectiva, entonces ya no se podría hablar de relación de causalidad entre el resultado del fallo y los compromisos políticos de los magistrados que suscriben el mismo sino, más bien, de que el juzgador ostenta poderes decisorios que se manifiestan en el uso discrecional de las distintas opciones interpretativas, poderes que debe justificar adecuadamente cuando los utiliza en sede de interpretación constitucional, dado que aquí no son admisibles las actitudes judiciales presididas por el uso irreflexivo de la discrecionalidad inevitable.

Ocurre sin embargo que, desde esta perspectiva, los esfuerzos de rigor jurídico demandan mayor dedicación que la simple denuncia en titulares de periódico, pues se ‘choca de frente’ con barreras que, si bien no son nada insuperables, demandan la criba adecuada para opinar, con propiedad, respecto a los problemas jurídicos de interpretación de disposiciones jurídicas y, en nuestro caso, constitucionales.

En efecto, un análisis que parta de estos supuestos admitirá, necesariamente, que las normas no hablan de sí mismas, y que toda norma, para existir, tiene que ser *leída*, esto es, valorada, interpretada o aplicada por alguien.

Esta lectura, y esto es lo más importante a nuestros efectos, “puede hacerse desde numerosos y variados puntos de vista que, necesariamente, afectarán al propio significado normativo. La conclusión es evidente: las normas no son ecuaciones o factores neutros sino *cadena de argumentación* que, en todo caso, traducen *valores ideológicos e intereses sociales, políticos y económicos*”(Peña, 1997, p.21-22).

Y, desde luego, estas afirmaciones no son tampoco neutrales sino que, más bien, penden de una concepción específica, en la que consideramos al Derecho como una realidad multidimensional, variable, contextual y epistemológicamente abierta a su entorno (Peña, 1997, p.29).

Hoy es generalmente compartida la idea de que la mayor parte de los textos, ya sean jurídicos, literarios, religiosos o filosóficos, pueden ser entendidos en sentidos distintos, y decir que un mismo texto puede ser entendido en sentidos diversos equivale a decir que hay diferentes razones relevantes en base a las cuales esos significados pueden ser atribuidos a ese texto (Cfr. Dicoti, 1997, p.117/ Dworkin, 2000, p. 143 y sgs).

Además, el punto de partida del discurso jurídico, como acertadamente apunta R. ALEXY, “lo constituyen las convicciones normativas realmente existentes, que con frecuencia son incompatibles entre sí” y “puesto que no todos los pasos de la argumentación están fijados y algunas reglas del discurso sólo pueden cumplirse de manera aproximada, existe por ello siempre la posibilidad de que no se alcance ningún acuerdo”.

Por tanto, queda un “amplio campo de lo posible discursivamente en el que puede justificarse tanto un determinado enunciado normativo como su negación, sin infringir las reglas del discurso” (Alexy, 1997, p.273).

Para decirlo con otras palabras:

Por un lado, “el juez es un decisor racional que bajo condiciones de incertidumbre procura maximizar la certidumbre legal” (Aarnio, 1990, p.65);

Por otro lado puede afirmarse que, formalmente, la solución de una controversia jurídica consiste en un conjunto de restricciones, que definen el espacio de soluciones posibles, y una regla de decisión que permite elegir la solución dentro de ese contexto.

Dado que tanto las restricciones como la regla de decisión pueden ser cambiadas, entonces una misma controversia puede ser resuelta en un sentido u otro, según sea el marco considerado. Y la valoración exhaustiva de las consecuencias prácticas que de la aceptación de las reglas de derivación (inferencia) empleadas se pueden llegar a producir, traerá como consecuencia preferir una solución coherente a otra solución coherente, en razón de considerarla más aconsejable para el logro de un determinado fin (Barragán, 1990, p.65).

De los párrafos anteriores se observa palmariamente que existe la posibilidad de encontrar más de una solución jurídicamente correcta al significado de la disposición interpretada, y con mayor razón cuando se repara en el carácter inductivo de las conclusiones obtenidas en la interpretación de las disposiciones y en la aplicación de las mismas a las situaciones fácticas concernidas.

El referido carácter permite afirmar, con P. ANDRÉS IBÁÑEZ, que no hay, pues, sentencia, que, como hipótesis, no pudiera haber sido otra distinta. Pero dirigir este argumento de principio como reproche contra una resolución tendría que llevar, no a revocarla, sino, directamente, a cerrar los tribunales (Ibáñez, 1998, sp). Y es que, como los métodos de interpretación del Derecho son múltiples y diversos, ellos registran diferencias sustanciales entre sí y, en consecuencia, también difieren las conclusiones obtenidas por quienes los aplican (Cfr. Cueto, 1998, p.111).

Por tanto, está claro “que si un juez se vale de un conjunto de directivas y valoraciones diferente al conjunto de directivas y valoraciones de otro juez, la disposición interpretada tendrá dos sentidos diferentes”(Igartua, 1994, p.91), de manera que, como ha enfatizado A. NIETO, la inevitable discrecionalidad judicial no se debe a una especial testarudez o soberbia de los jueces sino a la naturaleza de las cosas¹⁰: porque las leyes y los Tribunales y, en definitiva, el Derecho son

¹⁰ Desde una perspectiva lingüística se ha advertido que “las interpretaciones posibles de un término legal son tantas como resulten compatibles con los límites de su significado en nuestro lenguaje (nuestro lenguaje ordinario y/o nuestro lenguaje técnico-jurídico) y con la lectura contextualizada de ese término”, si bien se resalta también que esto pone el “límite a las interpretaciones posibles”, porque “todo lo que traspase ese límite ya no será interpretación de esa norma” (García, 2001, p.87).

así y no pueden ser de otra manera (Cfr. Nieto, 1996, p.19-20), siendo el Derecho, como atinadamente lo destaca J. PÉREZ ROYO, la más frágil de todas las ramas del saber, muy a pesar de que es, sin embargo, la que más incidencia tiene en nuestra vida. Y en efecto, como destaca el autor citado, “en el Derecho no hay reactivos químicos, ni microscopios, ni aceleradores de partículas. El jurista no dispone nada más que de la palabra. Ésa es su única herramienta para analizar las relaciones humanas y dar respuesta a los conflictos que se plantean en la convivencia entre unos y otros. El Derecho es, por tanto, la más frágil de todas las áreas del saber” (Pérez, 1998, sp)-.

Esto sin perjuicio de que las indeterminaciones propias del derecho únicamente permiten que, a veces, sean jurídicamente aceptables más de una solución, no que se pueda aceptar cualquier solución, porque ello implicaría, ya no indeterminación sino ausencia de regulación, y por tanto, falta de la objetividad necesaria para el avance del derecho y para evitar la arbitrariedad, y como ha destacado PÉREZ ROYO: “el progreso científico en el mundo del derecho se ha expresado siempre en la afirmación de criterios y técnicas de objetivación del razonamiento jurídico, con la finalidad de, en la medida de lo posible, reducir el subjetivismo y suprimir la arbitrariedad” (Pérez, 1998, sp).

Adviértase que lo anterior no atenta contra la bodierna estructura y organización judicial: simplemente, así como existen situaciones en que una disposición legal, pese a su claridad lingüística y sistémica, puede ocasionar dudas en un contexto funcional dado, así también existen situaciones en las que jurídicamente son defendibles soluciones alternativas, pese a que existirá otro núcleo de cuestiones en las que no habrá modo de razonar con argumentos válidos y aceptables más que una de las soluciones que hayan sido propuestas.

Además, de la práctica de las decisiones judiciales puede afirmarse su *independencia* y su *imparcialidad*: lo primero “en la medida en que, *primero*, los programas jurídicos del legislador no vulneren el núcleo moral del formalismo jurídico; y en la medida en que, *segundo*, las consideraciones de tipo político y de

2.- O bien con la retirada al irracionalismo optamos por la relación de fuerza y menoscabamos su coacción legítima, esto es, la coerción estructural que se obtiene, como nos enseña J. HABERMAS, mediante un sistema de normas respetado por todos (Cfr. Habermas, 1973, p.118).

Así como este mecanismo (jurídico) sirve para lograr una distribución desigual del producto social y, sin embargo, legítima por aquella coerción, lo mismo vale, *mutatis mutandi*, para las discusiones jurídicas y políticas referidas a la organización del Estado y de sus instituciones: la única manera de darle cauce a las diferencias es aceptando el sistema de reglas y principios jurídicos, así como las consecuencias derivadas de su aplicación.

Esto sentado, parece importante recordarles aquí a los críticos desesperados lo que, con buen criterio y en relación a decisiones del Tribunal Supremo español con altas implicaciones políticas, ha señalado J. PEREZ ROYO: "la sentencia tiene, en consecuencia, que ser acatada y respetada. Pero la obligación de acatamiento y respeto no sólo no es incompatible, sino que presupone el derecho a disentir de ella y a criticarla públicamente. En nuestro derecho a disentir y a criticar públicamente las resoluciones judiciales está el fundamento de nuestra obligación de acatarlas y respetarlas y no a la inversa" (Pérez, 1998, sp).

De ahí que resulte fuera de lugar, por un lado, la incitación a irrespetar la decisión¹¹ y, por otro, la referida trivialización de la discusión con apariencia de crítica, porque esta última ha de hacerse con razones y fundamentos suficientes como para que merezcan el calificativo de crítica y disenso, en cuyo contexto, por cierto, no entran (ni califican como tal) los insultos y vejámenes que invitan a la irracionalidad.

¹¹ Lo indicado en el texto aparece ganado muy a pulso en comentarios que, firmados por un conspicuo miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (me refiero a J. Muci-Abraham), se dirigen a calificar de "indignos" a los magistrados que votaron la decisión que comentamos, y a señalar que son "*jueces traidores a la Constitución, inmorales, deshonestos y sinvergüenzas en la cúpula de Poder Judicial, deshonorado hoy, más que nunca antes, en el discursar de nuestra vida republicana*" (Cfr., *La "tripleta" de Rincón, Delgado y Cabrera*, 2004, Opinión, p.9).

Importa reparar en esos llamados a la irracionalidad, puesto que ni todo vínculo o interconexión de la justicia con el resto de poderes guarda una relación intrínseca con lo indebido o incorrecto jurídica y políticamente, ni toda incidencia de la justicia en la política por medio de decisiones es reprochable, porque el Derecho guarda relación con la política que, en su caso, es preciso delimitar y, a buen seguro, decir que “la interpretación en el derecho es esencialmente política” (Dworkin, 2000, p. 172).

Por tanto, parece importante recordar que M. WEBER tenía ya razón: sólo la cuidadosa preocupación por la racionalidad immanente del derecho mismo puede asegurar independencia del sistema jurídico. Pero porque el Derecho guarda una relación interna con la política, por un lado, y con la moral, por otro, la racionalidad del Derecho no puede ser sólo asunto del Derecho (Habermas, 2000, p.570). Así, las invitaciones a la irracionalidad no le hacen buen servicio al sistema jurídico, ni es el mecanismo idóneo para reparar contra supuestos fallos en el sistema judicial.

Para alegar vulneraciones del Estado de Derecho no basta hoy día con afirmar *a priori* que se están vulnerando la división de poderes del Estado, o que la decisión X o Z del Tribunal Supremo viola el Estado de Derecho, pues como principio superior el Estado de Derecho no es una magnitud jurídica fija y rígida; antes al contrario, es flexible y admite su modulación según la realidad social, y la indicación y confirmación de las razones que sustentan su infracción es un correlato necesario de la denuncia de su violación (Cfr. Parejo, 1993, p.99-100).

Lo que antecede resulta pertinente con mayor razón si, al efecto se repara en las violaciones y/o infracciones antes referidas no se producen en balde y por referencia a la funcionalidad del sistema en abstracto, sino más bien en un contexto dado y sobre la base de actuaciones específicas, de modo que la posición central de los problemas se ha trasladado, desde los contenidos del sistema y la confianza (o desconfianza) general en el mismo a la funcionalidad de la sociedad.

En efecto, como apunta A. AARNIO, el juzgador se ve confrontado permanentemente con el problema de la incertidumbre de los contenidos del sistema jurídico, y cuando se especifican sus contenidos, el juez, al igual que el científico, tiene que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas: respetar la *estabilidad* y procurar la *flexibilidad* requerida por las circunstancias.

El primero de estos objetivos sirve a la continuidad, a la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, y permite que las relaciones sociales puedan ser anticipadas. Por otra parte, en la actualidad y como ya ha quedado dicho, la sociedad cambia aceleradamente. Si el Derecho no se ajusta a su ritmo, actúa como un freno del desarrollo, cuando más rápido es el cambio, tanta mayor es la flexibilidad que se requiere del sistema jurídico.

Esta responsabilidad pesa sobre quienes tienen a su cargo la adaptación de la ley a las nuevas circunstancias, y es por esto que, según indica el referido autor, el intérprete estira o ajusta los artículos de la Ley según las circunstancias, de modo que sólo cuando permiten una única interpretación, es decir, cuando han sido estirados hasta su límite extremo, ha llegado la hora de solucionar el problema creando nuevas regulaciones. La estabilidad y las normas estrictas requeridas por la estabilidad se encuentran en estrecho contacto con la llamada ideología del Estado de Derecho. Cuando se enfatiza la flexibilidad, el razonamiento apunta en otra dirección.

En este último caso, siempre según el autor citado, no se destruye directamente la idea del Estado de Derecho, pero privilegia la solución equitativa de cada caso individual. A menudo, el resultado es presentado entonces como el adecuado y correcto en las circunstancias dadas (como especialmente vinculado con los rasgos del caso). Las soluciones son, por así decirlo, modeladas de acuerdo con un propósito especial (Cfr. Aarnio, 1991, p.32-33). Parece que esta perspectiva es la que se corresponde mejor con la idea <<flexibilidad>> y con el carácter <<abierto>> de la Constitución en el marco del pluralismo político, que hemos esbozado anteriormente.

De modo, pues, que así como puede señalarse que la responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones y, por tanto, la base para el uso de los poderes discrecionales en la jurisdicción reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener (Cfr. Aarnio, 1991, p.29), así también es de recibo que, en el marco del Derecho que caracteriza al sistema social democrático (Estado Democrático y Social de derecho y de justicia), para arengar contra la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no basta con llamar a la irracionalidad, ni basta con tener el poder de los medios de información para llegar a los ciudadanos con cualquier aserto que parezca un comentario, porque estos no están interesados en la mera funcionalidad de la sociedad sino que, más allá de la confianza general en el sistema, están interesados en los contenidos del sistema, de suerte que su producto ^{valorativo} tiene que responder a las ideas de aquellos acerca de lo correcto y lo falso (Cfr. Aarnio, 1991, p.42).

www.bdigital.ula.ve

2.6. Pluralidad de opciones interpretativas: su uso por la Sala Constitucional.

Importa aquí volver a una idea que apuntamos en párrafos anteriores y que ha dado lugar a los comentarios que anteceden. Dijimos que la manera de eliminar significados diferentes era por medio de directivas interpretativas y de valoraciones, que permiten múltiples posibilidades al intérprete.

Interesa agregar ahora que “la historia de la Ciencia del Derecho pone de manifiesto dos aspectos de la máxima importancia en esta materia: *Primero:* no existe una jerarquía de métodos interpretativos, de manera tal que pueda sostenerse una cierta prioridad en la aplicación de un determinado método. *Segundo:* no existe, dicho con una eficaz redundancia, un método para la elección de un método. El juez se encuentra, por lo tanto, frente a una doble selección, la del Derecho aplicable y la del método interpretativo”(Cueto, 1998, p.112); y ambas opciones se llevan a cabo en base a la intuición de los valores en juego

(Cueto, 1998, p.116). Esto apunta de nuevo a la cuestión de la técnica jurídica que referíamos en líneas anteriores.

Y es que la “opción por una técnica u otra, por un uso u otro de la técnica escogida entraña indefectiblemente una valoración, pues toda opción implica necesariamente una preferencia y toda preferencia supone *ex definitione* una valoración (Igartua, 1999, p.26). De modo, pues, que al profundizar un poco aflora la roca ideológica (Cfr. Nieto, 1991, p.2243) y el aparato teórico de referencia condiciona las manipulaciones técnicas de tal manera que quienes se encuentran en puntos de partida distintos –que en realidad se trata, más bien, de actitudes mentales diferentes- es difícil que puedan coincidir porque cada batallón tiene técnicas propias que son incompatibles entre sí.

En esto somos tributarios de A. NIETO, quien para graficar lo que hemos indicado resalta la historia según la cual “los dos jugadores se han sentado en la misma mesa, están trabajando en el mismo caso, barajan las mismas cartas, pero les dan distinto valor y las combinan de diferente manera, porque unos se atienen a la regla de la brisca y otros a las del tute. Pues si esto es así, ningún jugador sensato puede pretender que las figuras que él ha logrado en el tute, sean superiores a las de su pareja en la brisca” (Nieto, 1998, p.155).

Ahora bien, algunas directivas interpretativas generan incertidumbre, dado que inevitablemente, al menos hasta ahora, no vienen acompañadas de un “catálogo” indicativo de su modo de empleo: no sabemos en qué orden han de ser utilizadas ni cuáles van primero, si intercaladas o por bloques enteros.

De modo, pues, que “el listado de las directivas interpretativas es como el escaparate de un bazar donde hay de todo pero luego cada uno compra lo que quiere. O sea, existe un consenso generalizado sobre una larguísima lista de directivas (de primer grado) de las que el juez puede servirse”; no así “cuando se trata de determinar qué directivas concretas y de qué manera se tienen que utilizar para interpretar la disposición que sea. ¿Porqué? Porque eso depende de las valoraciones del intérprete. Y como intérpretes los hay a montones y como a

menudo no comparten sus valoraciones, se esfuma la posibilidad de formular unas directivas de segundo grado (de procedimiento y de preferencia) que gocen de aceptación universal –eso ni soñar- o al menos mayoritaria” (Igartua, 1994, p.85).

2.7. El contraste de significados atribuidos a la expresión incluida al final del primer aparte del artículo 203 de la Constitución.

En la dirección que acabamos de apuntar en los párrafos que anteceden es donde se ha de situar la controversia en torno al significado de la frase *“Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes Orgánicas”*, incluida en la parte final del primer aparte, artículo 203 de la Constitución, sostenida entre el criterio de la mayoría y el criterio del segundo Voto Salvado en torno al quórum parlamentario requerido *“para que la Asamblea Nacional sancione una Ley Orgánica que derogará otra Ley Orgánica”*.

La directiva interpretativa asumida por la mayoría consiste en *“atribuir significado a una norma en función del título o rúbrica que encabeza al grupo de artículo en el que aquél se encuentra”*-de acuerdo a lo indicado, en el criterio de la mayoría se supone que *“un legislador racional traduce correctamente sus intenciones en los títulos de las leyes y en las divisiones (partes, capítulos, etc) que introduce en los textos legislativos (Igartua, 1994, p.109)- y acoger el principio de paralelismo de las formas.*

Por su parte, la directiva interpretativa seguida por el segundo Voto Salvado consiste en que *“el Constituyente no realizó distinción alguna en cuanto a las distintas ‘categorías’ de leyes Orgánicas a los efectos de su modificación. Por el contrario, pretendió que la regulación para su modificación fuese siempre igual, sino lo hubiese dicho expresamente”* -es decir, según el criterio del Voto Salvado si el legislador hubiera querido regular ese supuesto no expresado lo hubiera dicho; si se calla es que no quiso regularlo (<<ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit>>)-.

Hay que advertir que este esquema de argumentar también sirve para esgrimir, contra lo pretendido en el Voto Salvado, que *“a un caso que está*

expresamente regulado en la Ley no debe extenderse la reglamentación prevista para otro caso" (Cfr., Igartua, 1994, p.109), es decir, el sentido de una disposición es deudor de la intención del legislador que la promulgó, y, además se utiliza el argumento a contrario¹².

Adviértase que el argumento *a contrario*, como señala F. J. EZQUIAGA GANUZAS siguiendo a G. TARELLO, supone un respeto o veneración de la letra de la ley, tomando a esta como única guía para la interpretación –A. Aarnio resalta que las conclusiones e contrario son una forma de la interpretación gramatical, en las que el intérprete excluye del área de aplicación del texto legal todos los casos que el texto no trata explícitamente (Aarnio, 1991, p.151)-.

Así, el argumento a contrario "tendrá una importante fuerza persuasiva en las culturas jurídicas en las que se da gran valor a la letra documental, bien porque se considera emanación directa de la divinidad, bien porque se quiere entorpecer o limitar la actividad creadora de los órganos de aplicación del derecho. Por esta misma razón el argumento *a contrario* es un instrumento típico de formalismo interpretativo" (Ezquiaga, 1986, p.136).

En cualquier caso, y sea como fuere, en la utilización del argumento a contrario reina gran confusión, que es fruto, bien de combinar acriticamente tesis

¹² El argumento a contrario "es uno de los argumentos de la interpretación jurídica que podríamos denominar <<clásicos>>, en el sentido de que su uso se remonta a varios siglos. En principio no hay grandes diferencias entre los autores a la hora de definirlo. La fórmula más elaborada es seguramente la de Tarello, para quien es un argumento por el que, 'dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto o a una clase de sujetos, se debe evitar extender el significado de aquél término de tal modo que comprenda a sujetos o clases de sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo'. Sin embargo, aunque quizás con una redacción más simple, todos los autores coinciden en señalar que el argumento *a contrario* se basa en la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y sólo a ella. A partir de ahí, no obstante, se aprecian algunas diferencias en las formas de entender el argumento. Así, hay autores que consideran que el argumento *a contrario* consiste en que cuando la ley prevé y da una regulación a una hipótesis, se debe entender que ha pretendido regular de forma diferente *la hipótesis contraria*. Pero lo más frecuente, y a nuestro juicio lo más acertado (y lo que resulta además, (...) confirmado con el análisis empírico de la jurisprudencia de la jurisprudencia constitucional española), es considerar que por medio del argumento *a contrario* lo que se rechaza es *cualquier otra hipótesis* distinta a la expresamente contemplada por el legislador, y no sólo la hipótesis contraria; en concreto, se opina que la regulación no se extiende a las demás especies del mismo género no mencionadas en el texto" (Ezquiaga, 1986, p.133-134).

sobre él que provienen de las distintas concepciones –lingüística, intencional y material (García, 1986, p.136) del derecho y su práctica y, otras veces, de no explicitar suficiente y claramente los presupuestos iusfilosóficos desde los que cada autor razona sobre el asunto (García, 2001, p.90).

Así planteada la “guerra” de significados, el criterio de la mayoría concluye que “al estar referida la mayoría calificada prevista en el único aparte del artículo 203 (en donde se encuentra el acápite citado) a la mayoría exigida por el Texto Constitucional para admitir un proyecto de ley orgánica –no calificado así por la Constitución- antes de iniciarse su discusión, sólo en dicha etapa del procedimiento legislativo donde se discute un proyecto de reforma parcial o total (derogatorio) de una ley orgánica vigente, es exigible, con base en la proposición contenida en el mencionado aparte primero, que la Asamblea Nacional lo admita con el Voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes antes de iniciarse su discusión (...)”, para destacar al final que “no es necesario el Voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional para dar inicio a la discusión de los proyectos de leyes Orgánicas investidas de tal carácter por calificación constitucional que pretendan modificar leyes Orgánicas vigentes, entre los que se encuentra el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (...)” así como también, que el quórum requerido para la sanción es de mayoría absoluta. En esta última cuestión equiparó el régimen de sanción para todas las Leyes Orgánicas, lo cual será objeto de algunos comentarios más adelante.

El segundo Voto Salvado, partiendo de las directivas interpretativas arriba señaladas, concluye que, al no haberse hecho diferencias por el Constituyente respecto a la modificación de las distintas Leyes Orgánicas pretendió que su regulación fuese siempre igual y, por tanto, también se requiere de una votación calificada para la modificación de las leyes Orgánicas con independencia del tipo de Ley Orgánica que sea, sin poder hacer, como lo pretende el criterio de la mayoría, diferenciaciones que el Constituyente no hizo y no quiso hacer, al no establecer un régimen diferente para modificar las “distintas categorías de leyes Orgánicas”, tal como si las estableció respecto a la mayoría que se requiere para la

admisión de un proyecto de Ley Orgánica según sea de las que reciben esa denominación por el Parlamento o de las denominadas así por la Constitución, realizando para estas últimas una excepción al régimen general relativo a la “admisión”, que de haberlo querido el Constituyente para su “sanción” lo hubiese hecho de la misma manera, esto es, expresa e indubitadamente.

Esta última propuesta para atribuir significado a la disposición legal en referencia no parece aceptable o, cuando menos, no parece tener mayor potencialidad que la seguida en el criterio de la mayoría, por lo que a continuación diremos.

Además de las razones que seguidamente ofrecemos para sustentar esta afirmación, hay que resaltar que esa directiva interpretativa no se puede utilizar con carácter exclusivo como se ha pretendido, esto es, excluyendo otras directivas que también han de aplicarse, porque dicha exclusividad supondría prescindir totalmente de las directivas sistémicas, “las cuales se sustentan en la idea de que una disposición forma parte del sistema jurídico en su totalidad, y éste se compone no sólo de disposiciones explícitas sino también de las normas lógicamente inferibles a partir del significado de aquellas” (Igartua, 1994, p.81), y parece claro que si todo lo que quiso el Constituyente lo dijo expresamente, de modo que lo que no dijo no lo quiso, es de recibo que no pueden existir normas lógicamente inferibles del significado de las disposiciones explícitas.

En base a la misma lógica que esgrime el Voto Salvado, puede argumentarse que, en virtud de las consecuencias que tales criterios interpretativos generan, se pone a decir a la Constitución algo que ella no dice “*expresa e indubitadamente*” como lo requiere el criterio seguido en dicho Voto, esto es, que para sancionar una Ley Orgánica, cualquiera sea su clase, que pretenda o no modificar total o parcialmente una Ley Orgánica vigente, se requerirá el Voto favorable de una mayoría calificada de dos terceras partes de la Asamblea Nacional. Es evidente a todas luces que eso no lo dice el texto constitucional, pues si así lo dijera la duda no existiera y el recurso de interpretación sobraba.

A esa aspiración de manifestaciones expresas e indubitables en lo legislado por el Constituyente, importa resaltar otro aspecto que no se puede pasar por alto en el referido Voto Salvado, esto es, que añade la nota relativa a que la disposición, objeto de interpretación, es inequívoca en cuanto a su sentido, que “*la única duda que puede haber no puede ser sino infundada*”.

Así las cosas, parece que el punto clave de este razonamiento estriba:

1.- por una parte, en considerar que no hay sino solamente una interpretación *verdadera*, frente a otras que están equivocadas, a lo que habría que reparar que aquella tesis según la cual se pretende sostener que, entre varias interpretaciones concurrentes, no puede haber más que una interpretación correcta, sólo es defendible si, y en la medida en que, la interpretación sea concebida como una tarea consistente en *descubrir el significado*¹² de una disposición (Cfr. Igartua, 1994, p.91); y,

2.- por otra parte, en soslayar que la claridad en la interpretación de una disposición legal no es un punto de partida sino un punto de llegada¹³. Quizá sea

¹² En efecto, “la claridad de un texto legal no es el *presupuesto* sino el *resultado* de una operación mental más o menos rápida, de un procedimiento interpretativo condensado en una síntesis o desarrollado en un análisis”, de modo que “la ley no es como se formula por el legislador sino como se lee, se interpreta y se aplica por el juez” (Frosini, 1995, p.50). Pero es que, además, en la actividad interpretativa que ha realizado el Magistrado que formula la afirmación indicada en el texto, se pueden observar dos procesos interpretativos, que permiten afirmar que la disposición no es clara sino que, antes bien, existen dudas referidas al significado que ha de atribuírsele. Existen dos niveles de interpretación: “la mera clasificación de una disposición como <<clara>> o como <<dudosa>> implicaría ya una actividad interpretativa”, por lo que, en ausencia de dudas la actividad interpretativa, por un lado, se dirige sólo a clasificar la disposición como clara y el significado literal de la disposición configuraría un punto de partida que excluye desde el inicio cualquier duda en torno a su significado; por otro lado, y como consecuencia de lo que antecede, en estos casos de claridad existe un solo proceso de interpretación, cuya función es ofrecer las razones que permiten afirmar que la disposición es clara. Además, en la controversia relativa a estos supuestos de claridad no se proponen varios significados para una misma disposición. Aquí termina el proceso interpretativo en casos de claridad. Ahora bien, cuando se han propuesto, como en efecto ocurre en la Sentencia que comentamos, varios significados para una misma disposición (la parte que interpone el recurso de interpretación y la mayoría sentenciadora), en presencia de esta surge la necesidad de adicionarle al anterior un *segundo proceso de interpretación*, dirigido a disipar las dudas y, por tanto, a resolver las incertidumbres de la disposición catalogada como dudosa ante la pluralidad de interpretaciones alternativas propuestas respecto al significado que se le ha de atribuir; de ahí que no hay que dejarse despistar por el lenguaje de la sentencia, pues en el contexto en el que se está invocando la ausencia de dudas existe, en virtud de la pluralidad de opciones, la necesidad de un primer nivel interpretativo dirigido a determinar si la disposición es clara o dudosa y, después, un segundo nivel de interpretación dirigido a seleccionar un significado y, además, debió justificarse el por qué de esa selección, con lo cual puede afirmarse que no se

lugar común afirmar que al lenguaje legislativo se le ha de suponer la capacidad de significación (de poseer significado(s)), pero esto en modo alguno implica caer en la ingenuidad de imaginarse que tal lenguaje es o puede a ser perfectamente preciso, determinado e inequívoco, pues como ya ha quedado dicho, la semántica del lenguaje jurídico padece los mismos problemas que la semántica del lenguaje ordinario, si acaso con algunas peculiaridades y matizaciones (la existencia de terminología técnica, la presencia de definiciones legales, etc.) (Cfr. García, 2001, p.87).

3.- en tercer lugar, desconoce nociones elementales en la interpretación jurídica, esto es, que aun sabiendo perfectamente bien qué significa una expresión, pueden surgir –y a menudo surgen- dudas acerca de su aplicabilidad a un caso o situación concreta, dada (Cfr. Alchourrón y Bulygin, 1991, p.443), debido la ambigüedad semántica y la vaguedad sintáctica del lenguaje legislativo (Igartua, 1994, p.58 y sigs).

4.- En fin, parece obviar que todos los términos de un lenguaje que tiene uso empírico, es decir, que se usa para referirse a objetos de experiencia, son en mayor o menor medida vagos, y siempre cabe la posibilidad de que surjan dudas y, por tanto, problemas de interpretación (Cfr. Alchourrón y Bulygin, 1991, p.443).

Si partimos de considerar, como insistiremos más adelante, que en materia de interpretación ha de diferenciarse entre disposiciones legales (textos, enunciados legislativos, significantes) y normas o contenidos normativos de esas disposiciones (normas jurídicas, significados)(Cfr. Rubio, 1999, p.22-23), esta diferenciación, que es muy influyente en la teoría italiana y puede clarificar bien el tránsito del enunciado legal a los enunciados interpretativos del mismo (Cfr.

trata de una situación de claridad, porque cuando esta se presenta *el significado literal inmediato excluye de partida cualquier duda* referida al significado, en cambio en el caso dudoso el significado (literal o no) de la disposición es el *punto de llegada del proceso interpretativo*, como en efecto ha ocurrido en el contexto del Voto Salvado: “la presunta claridad no ha sido un punto de partida incontrovertible, sino un punto de llegada menesteroso de justificación” (Cfr. Igartua, 1994, p.50 y 53).

García, 2001, p.98), nos permite afirmar que las normas que interpretan un sistema jurídico son ‘enunciados interpretativos’, lo que, a su vez, lleva de suyo que en cualquier razonamiento judicial se configuran contenidos normativos (significados) diferentes del soporte lingüístico expresado en las disposiciones escritas (Cfr. López, 2003, p.22).

De aceptarse esto, podría afirmarse que cuando en el Voto Salvado se indica que la disposición objeto de interpretación es inequívoca y las dudas infundadas no se hace sino verter en el Voto Salvado declaraciones que carecen de la debida fundamentación, afirmación que acaba de confirmarse y, por tanto, desbarata las referidas declaraciones, si reparamos en que lo inequívoco (la ‘claridad’) en la comprensión y aplicación de un texto es objeto, y resultado, de una ~~previa~~ operación interpretativa. Y ésta última sólo procede en casos de duda, que por cierto, es el punto de partida de la interpretación¹⁴.

De modo que si se trata de atenernos a la directiva interpretativa según el cual todo, y sólo, lo que ha querido el Constituyente lo ha dicho expresamente, sin que puedan admitirse diferenciaciones que no haya hecho explícitamente, entonces tampoco es posible decir, como lo hace el Voto Salvado, que el Constituyente ha declarado el mismo régimen jurídico para la modificación de todas las Leyes Orgánicas, porque en realidad no lo ha hecho así: no ha establecido expresamente que no quiere diferenciaciones y de haberlas querido las hubiese establecido, pero por la misma razón no quiere equiparaciones, dado que tampoco dijo expresamente que quiere un régimen indiferenciado de sanción para los distintos tipos de Leyes Orgánicas. Con lo cual habría que preguntar, desde la perspectiva del Voto Salvado, qué es lo que quiere el Constituyente, y, así

¹⁴ En un modelo general de interpretación operativa, escribe J. Wróblewski, se destacan los siguientes elementos: a) una duda inicial concerniente al significado de la regla legal a aplicar; b) aplicación de las *directivas de interpretación de primer nivel*, que determinan el modo en que el intérprete debería atribuir significado a una regla legal teniendo en cuenta los contextos relevantes de la regla, a saber, contextos lingüístico, sistémico y funcional. Esta aplicación se debe hacer conforme a las *directivas interpretativas de segundo nivel (de procedimiento)*, que determinan cómo deberían utilizarse las directivas de interpretación; c) comparación de los resultados obtenidos; d) si los resultados en cuestión son diferentes, se pasa entonces a la elección de un significado según las *directivas de segundo nivel (de preferencia)*; e) formulación de la decisión interpretativa y de su justificación (Cfr. Wróblewski, 1985, p.36).

planteada la cuestión podría decirse, en correspondencia con los criterios interpretativos que ahí se siguen, que lo que quiere es que se interprete, toda vez que no dijo expresamente si quería equiparación o si prefería diferenciación.

Por tanto, cabe una u otra interpretación (la del Voto Salvado y la de la mayoría sentenciadora) con su respectiva justificación, a fin de que la 'termometría' correspondiente pueda determinar cuál es la mejor; de modo que "si respecto de un mismo texto caben diversas interpretaciones en función del medio de interpretación empleado, o lo que es lo mismo, se derivan soluciones diferentes, la validez de la interpretación efectuada por el juez y, por consiguiente su decisión del caso, viene dada por la autoridad de que está investido y por la <<calidad>> que se predica de su interpretación"(Ezquiaga, 1984, p.45). Ahora bien, esto ya no le sirve a los propósitos del Voto Salvado, puesto que no necesariamente, ni solamente, permite concluir con los asertos y con las consecuencias que se concluye allí.

Pero todavía más: siguiendo los criterios del Voto Salvado se puede concluir que no han sido alteradas las diferencias expresas que el Constituyente estableció, pues la equiparación final de unas y otras leyes a los efectos de la sanción legislativa no altera ni desvirtúa aquellas diferencias explícitas establecidas en el texto constitucional, y como el Constituyente no afirmó ni negó expresamente la equiparación final, entonces se entra en un ámbito en el que el propio Constituyente le da entrada al intérprete para que, mediante la interpretación, dirima el conflicto con criterios autorizados y/o permitidos en Derecho.

En la misma línea del Voto Salvado, si no se pueden admitir diferenciaciones que el Constituyente no haya dicho expresamente, va de suyo no sólo que no dijo expresamente que hay que seguir el mismo quórum para la modificación de todas las Leyes Orgánicas, sino que además, siempre en coherencia con la directiva interpretativa del Voto Salvado, no lo quiso así, porque si esto fuere lo que quería el Constituyente, pues hubiera procedido de otra manera, en el sentido de que la frase "*Esta votación calificada se aplicará*

también para la modificación de las leyes Orgánicas” no estaría incluida en el primer aparte del Art., 203 de la Constitución ni precedida de un punto y seguido sino que, antes bien, la encontraríamos separada del referido primer aparte mediante un punto y aparte, y, posiblemente, redactada de modo diferente, como sigue: “Para la modificación de las leyes Orgánicas se requerirá votación calificada”.

Hay otra cuestión que interesa destacar de este Voto Salvado: luego que señala que la duda que asoma el criterio votado por la mayoría sentenciadora no puede ser sino infundado, agrega que ello es “*con el ánimo de modificar o sustituirse en lo que expresa la Constitución*”. Ya hemos visto que parte de la argumentación del Voto Salvado toma como fundamento el argumento *a contrario*. Pues bien, también aquí existe, sino una contradicción, al menos un contrasentido, pues va de suyo que unos de los aspectos vertebrales del referido argumento *a contrario* de asumir que “si el documento al que se aplica el argumento *a contrario* es un precepto constitucional, su utilización puede dar lugar a la enunciación de verdaderos principios constitucionales no expresamente formulados por los constituyentes” (Ezquiaga, 1986, p.149). Es decir, como ya indicamos anteriormente “el argumento *a contrario* se basa en el silencio del legislador sobre un supuesto concreto. Por lo tanto su utilización lleva a la creación de una norma (...) de una norma ‘nueva’ no expresamente dictada por el legislador, que sirve para regular una situación no prevista en los textos normativos”¹⁵.

¹⁵ Agrega el autor que “para evitar posibles críticas por la excesiva creatividad judicial que comporta entonces el uso del argumento, éste ha sido tradicionalmente justificado por medio de una presunción: la conclusión normativa a la que se llega fue implícitamente dictada por el legislador al promulgar expresamente una regulación particular para una especie del género de que se trate. Este mecanismo puede llevar en cualquier proceso interpretativo a la creación de normas generales no expresamente dictadas por el legislador, pero cuando el objeto de ese proceso es el documento normativo que se encuentra en la cúspide del ordenamiento, el argumento *a contrario* puede dar lugar a la creación (o, si se prefiere, a la enunciación) de verdaderos principios constitucionales” (Ezquiaga, 1986, p.145).

2.8. ¿Es posible alternar y/o combinar los criterios de distintas directivas interpretativas para resolver un mismo punto controvertido?

Seguramente no faltaran reparos a lo anteriormente dicho, indicando que la Constitución no es lo que el legislador ha dicho que es y no dice sólo lo que expresa el texto sino, más bien, lo que los intérpretes de la misma dicen que la Constitución dice, y en definitiva, como lo hemos sostenido en estos comentarios, que la interpretación siempre añade algo al texto constitucional.

Examinando despacio las cosas, esta consideración perderá pronto todo su sabor cuando sus partidarios se complazcan también en pensar que, en efecto, desde las directivas interpretativas acogidas para atribuir significado a la disposición controvertida no es posible dar menudo salto hasta estas opciones y valoraciones, tan contrapuestas a las seguidas para llegar a las conclusiones del Voto Salvado, ya que las reglas del discurso práctico en general, y las del discurso jurídico en particular, luego que se asumen algunas opciones valorativas, “exigen algunos enunciados como discursivamente necesarios (y) su negación es incompatible con ellas” (Alexy, 1997, p.273), como seguidamente analizaremos.

Ese <<originalismo>> en la interpretación de la Constitución, para llegar a un resultado conforme a las intenciones de los autores del texto, se parece mucho al positivismo legalista. En efecto, pretender que aquello que el Constituyente quiere lo dice expresamente y en caso que no lo diga así es porque no lo ha querido¹⁶, bien sea que esto se sostenga desde una perspectiva subjetivista

¹⁶ Este es un asunto que se circunscribe en el debate respecto al lugar de las intenciones en la interpretación. Tradicionalmente suele distinguirse entre teorías *subjetivas*, que privilegian la intención del legislador y teorías *objetivas*, que privilegian la denominada <<voluntad de la ley>> (Cfr., Moreso, 1997, p.223). Sin embargo, la distinción, planteada en términos de lo *objetivo* y *subjetivo* es, como dice C. E. Alchourrón y E. Bulygin, es insostenible, porque “es ilusoria la creencia en un sentido objetivo, es decir, una entidad única, correlacionada necesariamente con la palabra. El pretendido sentido objetivo no puede ser otra cosa que el uso común en sus contextos característicos. Pero aun así, la oposición entre una interpretación subjetiva consistente en lo que el legislador quiso decir y la interpretación objetiva consistente en asignarle a sus palabras el sentido que éstas tienen en el uso común sigue siendo insostenible. Si no hay indicio alguno de que el legislador haya usado un término en algún sentido distinto del uso común, no hay más remedio que recurrir a este último, si, en cambio, se apartó del uso común y ha usado una expresión en un sentido diferente, éste es el sentido que la expresión tiene. Interpretarla conforme al uso común sería modificar el sentido y con ello cambiar la norma. Esto es lo que ocurre normalmente con la llamada interpretación objetiva: más que un método para identificar el sentido que el texto tiene, es una manera de cambiar el sentido del texto” (Alchourrón y Bulygin, 1991, p.444).

(intención de los autores del texto constitucional¹⁷), bien desde una postura más objetivista (la finalidad del Constituyente está contenida en el texto mismo (Frosini, 1995, p.110), que puede entenderse, cuando menos, en cuatro sentidos distintos: como el fin concreto de la disposición interpretada, como fin general de la materia o institución regulada, como fin genérico del derecho en su conjunto, y, como fin de la sociedad en la que el precepto va a ser aplicado (cfr. Igartua, 1994, p.106) – y como afirma Summers, “el argumento de intención legislativa trata de ser, con mayor frecuencia, de tipo objetivo, ‘y se deriva de varias formas de historia legislativa que se extienden de los dictámenes de comisiones a los debates parlamentarios, a los proyectos de ley y a otras formas” (Summers, 1997, p.114)-, es una pretensión que raya en los aledaños del positivismo legalista¹⁸.

Esa pretensión es la encargada de ‘esposar’ la idea del juez aséptico y lineal que sigue su actividad únicamente sobre la base de criterios técnicos –la conciencia del jurista, y pensamos que también la del juez, no debe limitarse a atenerse a la letra de la Ley, sino que ha de ser reflexiva. ‘normológica’; ‘debe incitar a la percepción de la Ley, en mayúsculas, como principio universal de la experiencia humana’ *La conciencia del jurista no debe aprisionarle en el círculo*

¹⁷ Sobre esta cuestión hay que decir que las intenciones del legislador se borran con el tiempo y/o se difuminan, o incluso, muchas veces cambian de significado cuando se hayan en un contexto inspirado en principios diversos que atribuyen a la misma disposición una funcionalidad social diferente, o bien porque nos encontremos ante interpretes que se valen de criterios interpretativos diferentes (Cfr. Frosini, 1995, p.111). Huelga advertir aquí, a propósito de la utilización de criterios interpretativos diferentes, que “los dilemas entre la <<letra>> y el <<espíritu>> de la ley, entre estabilidad legal y cambio legal, entre certeza y funcionalidad del derecho, se manifiestan en las controversias que conciernen a las directivas funcionales de interpretación”, no en el ámbito de las directivas sistémicas ni en el de las directivas lingüísticas (Wróblewski, 1988, p.52).

¹⁸ El positivismo legalista como ciencia de la legislación positiva presupone una situación histórico-concreta: “la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia– a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador” (Zagrebelsky, 1999, p.33). Según indica el autor, esta vocación de la ciencia del derecho todavía hoy suele estar presente, como residuo, en la opinión que, por lo general inconscientemente, tienen de sí mismos los juristas prácticos, sobre todo los jueces, pero es un residuo que, según destaca, sólo se explica por la fuerza de la tradición, pues, el Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental.

mágico de la letra de la ley, sino hacerle intérprete y guardián del espíritu que a la Ley da vida" (Alarcón y Llano, 1995, p.13), que, de paso, se mueve en una dimensión cultural que le lleva a actitudes judiciales deformadas respecto a sus propias tareas en el estado constitucional de derecho¹⁹, lo que equivale a esbozar, por ideología o por desconfianza, una postura en la que pareciera que las implicaciones del actual Estado constitucional en la idea del derecho no han entrado plenamente en (el "aire que respira") el Voto Salvado. Merece la pena resaltar que G ZAGREBELSKI, luego de indicar que:

de la fórmula <<Estado constitucional>> se obtiene una idea del Derecho que parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que hoy operan en la práctica, e intentar poner en cuestión lo que hay detrás de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado y que ya no encuentran justificación en el presente, afirma que "se podría decir simplificada y simplemente que la idea del derecho que el actual estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas" (Zagrebelki, 1999, p.10).

Y es que los mitos de la ley clara, coherente, que admite sólo una interpretación, principales fundamentos del proyecto jurídico burgués, no resisten frente a las necesidades y a las demandas de la sociedad contemporánea, extremadamente compleja desde el punto de vista social, económico y tecnológico (Grossi, 2003, p.63). Si esto es así, el soporte de la decisión es dúctil o complejo (Peña, 1997, pp.100-101) y, por tanto, carece de todo sentido pretender afirmar que, ante una controversia interpretativa, sólo una decisión era posible. Y es que "para un problema, en un sistema complejo, hay diversas soluciones más o menos adecuadas o desviadas, pero todas ellas susceptibles de ser consideradas, en un

¹⁹ Las reticencias de raíz política frente al poder del juez con su reforzado estatuto en el Estado liberal de derecho, "favorecidas por la inercia en materia de formación, han llevado a hacer que los jueces sigan viéndose a sí mismos preferentemente en el espejo heredado del jurista del positivismo dogmático. Es decir, como intérpretes privilegiados del único sentido de la ley, cual mecánicos y naturales productores de certeza. Ello a consecuencia de una deficiente comprensión del orden jurídico (...). Así, no es exagerado afirmar que el juez de estos años padece, en la materia, cierto *síndrome del burgués gentilhomme*, es decir, un mal conocimiento o incluso desconocimiento de la verdadera calidad de los instrumentos que emplea, por ejemplo, cuando pondera en la aplicación de principios sin plena conciencia del alto margen de discrecionalidad que se abre ante él y de la necesidad de justificar adecuadamente su uso", lo que da lugar "al tipo más peligroso de juez: el que opera desde la falsa conciencia de los perfiles reales del propio papel, de la naturaleza del poder que ejerce. La insistencia -burda o más elaborada- en la apología del formalismo interpretativo y hasta del paradigma exegético, lleva directamente a la difusión de actitudes judiciales irresponsables presididas por el uso irreflexivo, por inconsciente, de la discrecionalidad inevitable" (Ibáñez, 2003, pp.254-255).

momento concreto, válidas conforme a una pluralidad –numérica pero también interna y funcional- de principios constitucionales” (Peña, 1997, p.101), no sin prescindir de que el componente formal del referente jurídico no permite cualquier interpretación, esto es, el texto constitucional “es un texto y, por ello, es formal y delimita el ámbito de las posibilidades hermenéuticas” (Peña, 1997, p.101).

De modo, pues, que la interpretación no es personal o arbitraria, puesto que no queda a la libre disposición del intérprete, sino que se encuentra limitada, bien por su propia formalidad, bien por interpretaciones especialmente cualificadas o por elaboraciones doctrinales que también actúan como mecanismos de control delimitando el margen de opinabilidad (Cfr. Peña, 1997, 101).

En definitiva, se trata de la no absoluta disponibilidad de los *contenidos normativos* como producto de la voluntad del Estado (límite interno a la acción legislativa del Estado) y la *absoluta indisponibilidad del sentido del Derecho* como límite externo a la acción del mismo (Cfr. Amato, 1997, p.58), lo que constituye, en fin, una manifestación del cambio paradigmático que se gesta del Estado de Derecho liberal al Estado democrático y social de Derecho o, quizá mejor, al Estado Constitucional de Derecho²⁰.

En esa perspectiva, se termina asumiendo una posición también aséptica y, hasta, anoréxica (extrema delgadez) en la motivación de las decisiones, tomadas bajo el prisma de la *lógica de lo necesario* [huelga resaltar, con J. A. García

²⁰ El paso del Estado legislativo (Estado de Derecho liberal) al Estado constitucional, apunta A. M. PEÑA FREIRE, presupone la afirmación del carácter normativo de las Constituciones, que pasarán a integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible, en línea de principio, para todos los poderes del Estado. Las normas constitucionales son vinculantes –de modo que queda definitivamente superada la imagen débil de la juridicidad constitucional característica del periodo liberal- al ser situadas por encima de los poderes del Estado y fuera del campo de acción y pugna política. De este modo, *los poderes públicos -incluido el legislativo y el judicial-, no pueden disponer del sentido y contenido de las normas constitucionales* –al menos en condiciones de normalidad general- y, precisamente por ello, del propio derecho como realidad constituida. El constitucionalismo de este siglo no es sino un intento de superar esta debilidad estructural de lo jurídico. La afirmación del carácter jurídico e inmediatamente vinculante de la Constitución, su *rigidez* y la cualificación de determinados referentes jurídicos, como son los derechos fundamentales, vinculantes a todo poder, son ejemplos de este proceso” (Peña, 1997, p.59).

Amado, que “hay mucho de cierto en la afirmación que hace décadas hiciera Spindel, en el sentido de que ‘bajo prestigiosas palabras <<lógicamente fundados>>, <<consecuencia necesaria>>, <<analogía o razonamiento a contrario>> se esconde a menudo no otra cosa que ideas oscuras o pseudoargumentos” (García, 2001, p.85)], para desembocar, como lo hace el Voto Salvado, en la *única* explicación posible e inequívoca²¹, y llegar a la conclusión en su verdad y exactitud, sin reparar en que, subrepticamente, se trata de justificaciones pletóricas que acaban convirtiéndose en opacas y crípticas, puesto que se valen de fundamentos erróneos y falsamente objetivos, al pretender presentar con la fuerza de la semántica y de la lógica lo que precisamente desde ellas se desautoriza, porque no es correcto querer dotar falsamente del rigor de la lógica algo que forma parte de lo opinable (Cfr. García, 2001, pp.106-107); y esto muy a pesar de la simpatía (o no) y del carácter formalista (o progresista) de los criterios hilvanados por un Magistrado con ocasión de un fallo.

Lo anterior no se corresponde con la función que actualmente se le asigna a los jueces y a la *jurisdicción* en el Estado democrático y social de Derecho y de justicia. A los primeros porque ejercen una función en la que hacen uso de ciertos poderes discrecionales que ha de ser justificada *internamente*, esto es, a quienes personifican en conflicto y el desacuerdo en torno al significado de una disposición legislativa, y *externamente*, esto es, a la sociedad, que, en las democracias modernas funge como contralora del ejercicio de los poderes del Estado [como acertadamente apunta A. Aarnio “desde el punto de vista social, la actividad judicial es ejercicio del poder. En este contexto, el papel del derecho consiste en respaldar las decisiones tomadas en este procedimiento de ejercicio del poder” (Aarnio, 1991, p.14)].

²¹ Obsérvese que el Voto Salvado que comentamos destaca que el fallo de la mayoría de la Sala Constitucional expresa que “pudiera existir duda en cuanto al sentido que debe atribuirse al acápite incluido en el mismo primer aparte de la norma examinada -artículo 203-“, a lo que el magistrado repara que “*por el contrario, la norma es precisa, ¿de dónde se infiere que puede haber dudas de algo que es inequívoco?, la única duda que puede haber no puede ser sino infundada, con el ánimo de modificar o sustituirse en lo que expresa la Constitución*”. La cursiva es nuestra.

A la segunda (la *jurisdicción*), porque la misma personifica un poder del Estado, cuya concepción actual, en el marco de la crisis de la ley²², constituye un *ius dicere* en el que confluyen 'saber' y 'poder', siempre en búsqueda de que en las resoluciones judiciales prevalezca el saber y, con ello, la democracia, y no el poder, con lo que se demarcaría el ejercicio de una función judicial autoritaria que, so pretexto de la desconfianza en los jueces, no pretende sino llegar a resultados apodícticos, que insisto, en el contexto de las sociedades complejas actuales y de la crisis de la ley, es sencillamente imposible cuando no inútil e innecesario.

En efecto, y como ha señalado entre nosotros J. BARRAGÁN, "las características propias del sistema de normas hacen que en los proceso de derivación (inferencia) sólo pueda emplearse un álgebra blanda que no ofrece soluciones puntuales, sino solamente las soluciones lógicamente posibles dentro del sistema. Las llamadas soluciones *lógicamente* posibles son aquellas que guardan coherencia con las premisas utilizadas y con las reglas de derivación aceptadas dentro del sistema" (Barragán, 1990, p.64). Y aquí no es posible las soluciones únicas.

²² En el Estado liberal de derecho, la primacía de la Ley frente a la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos se imponían mediante la continua afirmación del principio de legalidad, que traducía "en términos constitucionales la hegemonía de la burguesía, que se expresaba en la Cámara representativa, y el retroceso del ejecutivo y de los jueces, que de ser poderes autónomos pasaban a estar subordinados a la ley. Con respecto a la jurisdicción, se trataba de sancionar definitivamente la degradación de los cuerpos judiciales a aparatos de mera aplicación de un derecho no elaborado por ellos y la eliminación de cualquier función de contrapeso activo, del tipo de la desarrollada en el Antiguo régimen por los grandes cuerpos judiciales. (...). La época actual viene marcada por la 'pulverización' del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción, hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en la que no existe una intención 'regulativa' en sentido propio", a lo que se añade la heterogeneidad de sus contenidos" (Zagrebelsky, . G.- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón Abellán, 3ª edición, Trotta, Madrid, 1999, págs., 30 y 37). Todo esto lleva a considerar que la ley, aquel mito de seguridad y de certeza, ya no es expresión de orden, porque expresa un desorden que intenta poner remedio *ex post factum*, ni garantía absoluta y última de estabilidad, porque ella misma se convierte en instrumento y causa de la inestabilidad. En este contexto, la Constitución asume la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrencias, en base a la interpretación basada en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio.

2.9. Verdad y corrección. El predicado de las decisiones jurídicas interpretativas.

Conviene apuntar algunas cuestiones respecto a la verdad de las conclusiones “*como resultado lógico de las premisas expuestas*”, que demanda el Voto Salvado, con el fin de reforzar y confirmar lo que afirmábamos en los comentarios de los párrafos correspondientes al epígrafe anterior, pues sin desconocer el lugar, y la importancia, que le corresponde a la conclusión como resultado lógico de las premisas, han de hacerse algunas consideraciones que parecen importantes; para comenzar, respecto al carácter preferente y, casi, exclusivo, que el Voto Salvado muestra por el resultado lógico de las conclusiones, esto es, por la corrección de la inferencia, sin plantear ninguna interrogante sobre las premisas, y luego, en referencia a la verdad como predicado de las decisiones interpretativas.

En el marco de la racionalización científica, y su correlato jurídico, el legalismo –entendido como resultado de un positivismo científico que “trató de desterrar los valores metajurídicos del conocimiento del Derecho (como si fuera posible un concepto de Derecho en el que falte el elemento axiológico o valorativo)” (Moreno, 2000, p.XV), se distinguía entre una *elaboración política* de la ley, mediante un contraste reglado de voluntades, y una *aplicación técnica* de su texto, puramente lógica²³ y libre de toda interferencia ideológica (Cfr. Taruffo, 2003, p.18); por estos derroteros discurre una motivación cuya concepción tiende a *demostrar* que la decisión es la única solución posible de la controversia, en la que el elemento dominante (lo exclusivo) es el elemento lógico

²³ Al más puro estilo del antiguo derecho Romano: no es el juez el encargado de “la descomposición analítica, sino que el procedimiento mismo descomponía la relación jurídica, puesto que las formas de acciones existentes no pueden recibir más que demandas analíticamente simples. (...) La jurisprudencia antigua no desiste ante los obstáculos que encuentra, ni se para en rodeos para llegar a su fin, pero siempre trata de justificar los procedimientos y el camino que sigue. Pero gracias al culto servil de la regla y a una lógica incansable, que no retrocede ante lo ridículo –lo que le valió los sarcasmos de Cicerón– gracias al poderoso vigor del método conquistó las ventajas sobre las creaciones de la jurisprudencia posterior; claridad de arquitectura, pureza y precisión de líneas, distinción casi matemática entre sus principios” (Ihering, 1997, p.253). Este autor reaccionó contra el “culto de lo lógico, que piensa elevar la jurisprudencia a una matemática del Derecho”, sin dejar de admitir, con se observa de lo aquí citado, las ventajas que, en su ámbito, corresponden a esa metodología. (Cfr., Alexy, 1997, p.45).

formal, que no admite más que un control de coherencia lógico-formal, relativa sólo a las operaciones lógico-deductivas en las que el juez articula la *demonstración* (Cfr. Taruffo, 2003, p.18).

No obstante, además del ocaso del positivismo legalista²⁴ y de las críticas al formalismo –estas críticas han seguido, según G. CARRIÓ, dos direcciones: 1.- se le ha reprochado que es falso en cuanto descripción de lo que efectivamente acontece en la administración de justicia, y 2.- que es inconveniente en cuanto modelo de lo que deben hacer los jueces o funcionarios al decidir casos concretos (Carrió, 1976, p65. Cfr. Iturralde, 2003, p.18)-, “el análisis lógico muestra que la decisión en todos los casos medianamente problemáticos no puede obtenerse exclusivamente con los medios de la lógica a partir de las normas y conceptos jurídicos que hay que presuponer. Para ello se requieren evaluaciones adicionales (...). Una forma de consideración que pretenda obtener resultados sin tales premisas adicionales y, en este sentido, quiera ser *productiva*, puede ser sólo un método seudológico que oculta las premisas normativas necesarias para una fundamentación lógica realmente correcta” (Alexy, 1997, pp.44-45).

Pero es que además, si se quisiera seguir el prurito de la lógica deductiva habría que reparar también en que las implicaciones lógicas no dan lugar a una conexión que asegure por sí misma argumentos relevantes, de modo que “para

²⁴ conviene precisar algunos pormenores, importantes a nuestros efectos, de la decadencia del legalismo, originada en buena medida por las diversas corrientes antiformalistas que se expandieron por Europa en las primeras décadas del siglo XX y provocaron un desplazamiento de aquel lugar estelar y exclusivo que ocupaba la Ley como expresión (con argumentos rousseaunianos) de la voluntad general a favor de la interpretación, por las siguientes razones: “primero, el Derecho legal envejece y es incapaz de ofrecer respuesta a los nuevos conflictos, lo que provoca tanto la aparición de lagunas como el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias. Segundo, el Derecho no tiene, como pretende, un carácter sistemático y coherente, lo que de nuevo deja en manos del juez la respuesta ante el caso concreto. Tercero, el Derecho no puede quedar encorsetado en la ley del Estado, pues existen fuentes sociales que compiten con ella y que han de ser también ponderadas por el intérprete. Cuarto, *la letra de la ley se muestra necesariamente insuficiente, en el sentido de que tras sus enunciados late un fin o interés social que remite a una constelación de valores que asimismo han de pesar en la decisión judicial. Por último, la comprensión de los enunciados jurídicos no es en ningún caso una tarea simplemente receptiva, pasiva o mecánica, sino que requiere una especial actitud hermenéutica donde la sociedad y la cultura recrean o renuevan el texto mudo de la ley. Dicho en pocas palabras, frente a lo que imaginó la ‘ciencia de la legislación’, la ley no agota la experiencia jurídica; incluso, para los más radicales, será un obstáculo a la misma*” (Prieto, 1998, p.20). La cursiva es nuestra.

mostrar que un conjunto de premisas normativas (y, en su caso, fácticas) *justifican* una conclusión no es suficiente con que la conclusión se derive lógicamente de las premisas, sino que también ésta ha de ser una conclusión *relevante* de ese conjunto de premisas” (Moreso, 1997, p.42), con lo cual, habría que distinguir entre consecuencias relevantes y consecuencias irrelevantes²⁵, para afirmar que desde esta perspectiva la argumentación, esto es, mostrar que de un conjunto de premisas dado se deduce una conclusión determinada (Moreso, 1997, p.40), consiste entonces en “lógica *plus* relevancia” (Moreso, 1997, p.42).

Hay que advertir que, frente a la sobreestimación del elemento lógico en el Derecho, se opuso R. V. IHERING al poner énfasis en el elemento social del Derecho, primero desde los intereses en lucha, desembocando más adelante en el finalismo que gobernaría la vida jurídica, tendencia que se calificó como ‘jurisprudencia de la realidad’, que combatía tanto aquella sobreestimación, capaz de convertir, incurriendo en un defecto poco recomendable²⁶, en categorías absolutas lo que, en puridad, son categorías históricas y relativas —siendo necesario recordar que, los conceptos, figuras o categorías jurídicas no son más que “agrupaciones ideales, es decir, mentales o pensadas, de elementos de la realidad, de las que se predica en conjunto la procedencia de una serie sistemática de consecuencias jurídicas” (Puig-Brutau, 2000, p.228)—, cuanto la concepción estática del Derecho, contraria a un derecho flexible y dinámico capacitado para gobernar los cambios sociales y no meramente reproductor de los más fuertes,

²⁵ J. J. Moreso usa la noción de conclusión lógica relevante elaborada por Schurz: se asume que C es una conclusión relevante de la premisa P si y sólo si ninguna de las variables proposicionales de C es sustituible en alguna de sus ocurrencias por cualquier otra variable proposicional, *salva validitate* de P. (Moreso, 1997, p.68). En otras palabras, exigir que las consecuencias sean relevantes supone que exista alguna conexión entre las premisas y la conclusión, en donde la implicación lógica no asegura argumentos relevantes, dado que pueden ser sustituidos por otras implicaciones de las premisas.

²⁶ Respecto a cualquier asunto relativo a la interpretación y aplicación del Derecho, y de los medios o instrumentos que en los correspondientes razonamientos decisivos se utilizan, J. A. García Amado resalta que, en este contexto, “apenas es posible hablar al margen de una determinada concepción del derecho y de las reglas rectoras de su práctica. Ciertamente es que los teóricos no suelen explicitar su postura al respecto, pero ésta siempre opera en el trasfondo, condicionando las tesis que se sostienen, con lo que se incurre en el poco recomendable defecto de presentar como verdades universales lo que no es sino dependiente de prejuicios o <<aprioris>> que no se justifican expresamente” (García, 2001, p.85).

pasiva, que esté dispuesto a admitir no un sólo protagonista socrático (el titular del poder) sino una pluralidad compacta de sujetos. Quizá es el momento de comenzar a construir el derecho también por parte de los que la tradición ha llamado, con implícito desprecio, los destinatarios de la norma (Grossi, 2003, p.60).

porque frente a la '*lógica del concepto*', ha de hacerse prevalecer la *práctica del fin* (Cfr. Monereo, 2000, p.XI).

Y no le faltaba razón al autor citado, pues el sistema jurídico y, con ello, sus normas, han de estar cognitivamente abiertos al entorno, que es lo que, en definitiva determina la evolución y respuesta del propio sistema. Si esto es así, aunque se parta de la concepción de que las normas jurídicas establecidas en la Constitución son *partículas* que, por agregación, componen el Derecho, o de otra concepción, según la cual aquéllas disposiciones son unidades conceptuales que existen gracias a la trama variable de relaciones de validez del sistema jurídico, en el que sólo es posible la norma en el sistema y a partir del sistema, y fin, aun cuando se admita que el Derecho, más que la simple suma de sus elementos, es un sistema y una unidad compleja diferenciada respecto de su entorno, ni las normas ni el sistema podrán, sin embargo, prescindir de su realidad social o histórica (Cfr. Peña, 1997, pp.31-32).

En esta perspectiva importa destacar que "el único instrumento para quitarle al derecho el repugnante esmalte potestativo y autoritario tradicional era y es concebir su producción como un procedimiento que no termina con la aprobación de la norma sino que tiene un momento subsiguiente, el interpretativo, como momento propio de la realidad compleja de la norma, en suma, la interpretación como momento esencial de la positividad de la misma norma, condición necesaria para la concreción de su positividad" (Grossi, 2003, p.59), para lo cual es necesario darle otro enfoque a la mirada del jurista²⁷.

Sin menospreciar, pues, la dimensión analítica en el Derecho, porque sin una consideración sistemático-conceptual del derecho, no es posible la ciencia del

²⁷ Enfoque que no reduzca, según lo dicho por P. GROSSI, la interpretación a una dimensión meramente cognoscitiva sino que la tome como vida de la norma en el tiempo y en el espacio, encarnación de la norma en cuanto a ejercicio, práctica, uso; enfoque que esté dispuesto a aceptar en el panorama jurídico incluso a la comunidad de usuarios con una función no meramente pasiva, que esté dispuesto a admitir no un sólo protagonista socrático (el titular del poder) sino una pluralidad compacta de sujetos. Quizá es el momento de comenzar a construir el derecho también por parte de los que la tradición ha llamado, con implícito desprecio, los destinatarios de la norma (Grossi, 2003, p.60).

derecho como disciplina racional, lo cierto es que no se pueden fundamentar las decisiones jurídicas *exclusivamente* con medios de la lógica, entre otras razones porque Según lo dicho por M. ATIENZA, la utilización de la lógica deductiva deja abiertos varios problemas, que son los siguientes:

- 1.- no dice nada sobre cómo establecer las premisas;
- 2.- tampoco sobre cómo pasar de éstas a la conclusión;
- 3.- es dudoso que quepa una inferencia normativa;
- 4.- sólo suministra criterios formales de corrección: el juez que utilice como premisas una norma inválida, y un relato de hechos que contradice frontalmente la realidad, no estaría atentando contra la lógica;
- 5.- no permite considerar como argumentos válidos supuestos en que el paso de las premisas a la conclusión no tiene carácter necesario, aunque sea altamente plausible;
- 6.- no tiene en cuenta una de las formas típicas de argumentar: la analogía;
- 7.- no determina la decisión en cuanto tal, sino el enunciado normativo que es la conclusión del silogismo judicial: por ej., un enunciado 'debo condenar a X pero no le condeno' no representaría una contradicción de tipo lógico (Cfr. Atienza, 1997, pp.32-34 y 40-42).

De ahí que es importante que cada nivel (el lógico de *corrección* y el de las evaluaciones adicionales) ocupe su respectivo ámbito, sin invasiones ni solapamientos inadmisibles (Cfr. Alexy, 1997, p.45). Para decirlo con otras palabras, no basta, y tampoco parece adecuado, acoger la concepción según la cual el Derecho es, sin más, lo que establecen las convenciones jurídicas (convencionalismo jurídico), ni aquella conforme a la cual el Derecho es, simplemente, un instrumento a disposición de la sociedad para la consecución de sus fines (pragmatismo jurídico) - en esta dicotomía podría afirmarse, respecto a la interpretación, que "es falso que las decisiones de los jueces estén siempre y

enteramente determinadas por normas preconstituidas, sin márgenes de discrecionalidad (como defendía la teoría formalista); e igualmente es falso que los jueces decidan discrecionalmente siempre y en todo lugar (como lo quería la teoría escéptica)”(Igartua, 1994, p.45)-, y menos aún, que el Derecho designa sólo un conjunto de textos o documentos normativos, reservándose el término “norma” para referirse, tanto a los enunciados pertenecientes a esos documentos, como al resultado de la actividad interpretativa. Como confirma Ezquiaga:

Para esta concepción el objeto de la interpretación son, por tanto, las norma, ya que no tiene en cuenta (o no considera relevante) la distinción entre un texto y su significado, entre la disposición y la norma. La razón reside en la opinión de que entre el lenguaje y su significado existiría una relación biunívoca, de tal modo que cada enunciado elaborado por el legislador expresaría una sola norma que el Juez debe descubrir por medio de la interpretación. A partir de esta postura, en consecuencia, las autoridades normativas promulgan normas, cabe hablar de interpretación “correcta” o “falsa”, cuando una “norma” es clara no precisa ser interpretada, etc... (Ezquiaga, 2000, p.132).

Se trata, más bien, de admitir que hay una serie de presupuestos jurídicos (principios), de los que derivan las leyes, que sirven, en una función metodológica, para orientar la interpretación jurídica con un carácter prevaletiente, sin menospreciar las otras dos dimensiones: convencionalismo y pragmatismo. En este contexto, y frente a la concepción formalista del Derecho, hoy en día se reconoce, por un lado, que la aplicación del Derecho es, en mayor o menor medida y por razones inherentes a los ordenamientos jurídicos, discrecional –en efecto, hoy en día son escasos los iusfilósofos que defiendan una concepción formalista de la aplicación del derecho y, más bien, aceptan, en mayor o menos medida, la tesis de la discrecionalidad judicial (Cfr. Iturralde, 2003, p.87)-, lo que no ha de conducir necesariamente a la arbitrariedad (Cfr. Iturralde, 2003, p.26), y por otro, que dadas las dificultades para acomodar los principios bajo el planteamiento positivista (García, 1998, p.87), estos han alcanzado una <<nueva edad de oro>> (Cfr. Prieto, 1992, p.17) que los ha llevado a convertirse, como apuntaba N. BOBBIO “en un capítulo fundamental de la teoría general del Derecho” (Bobbio, 1998, p.87), lo cual no deja de tener consecuencias en el ámbito de la interpretación.

Antes de seguir adelante es necesario hacer, con carácter previo, una consideración de orden general. En materia de decisiones interpretativas pueden surgir, cuando menos, dos criterios, que dependen de si se considera que la interpretación tiene que ver con un acto de *conocimiento* y, por tanto, los enunciados interpretativos tendrían carácter *descriptivo*, cuya verdad o falsedad puede ser contrastada - según esta postura, propia del juez fiel a la ley, “la interpretación se presenta como una actividad de conocimiento: interpretar es ‘averiguar’ el ‘verdadero’ significado de las leyes y/o la ‘verdadera’ intención del legislador. Los problemas de interpretación, a su vez, se presentan como fuentes o motivos de duda en torno al significado de la ley o a la intención del legislador” (Guastini, 1997, p.121)-; o si, antes bien, se parte de la idea según el cual la interpretación es un acto de *decisión*, cuyos enunciados se sustraen a la clasificación de verdadero/falso, sin que la decisión sea, necesariamente, arbitraria –conforme a este criterio, “la interpretación se presenta no como ‘averiguación’, sino como valoración, elección, y decisión: interpretar es individualizar los diversos posibles significados de un texto, valorar de cada uno los posibles resulta-dos prácticos, y escoger el más oportuno en vista de un fin preestablecido” (Guastini, 1997, p.121)-. A tenor de lo dicho en el Voto Salvado, parece que su ubicación corresponde a la primera corriente, que es la sostenida por los ‘*formalistas*’, quienes consideran que el intérprete lo que hace es ‘*descubrir*’²⁸ el significado de un texto; como lo afirma Igartua:.

Este formalismo interpretativo (muy difundido en el iuspositivismo del siglo XIX) se basa en algunos presupuestos inaceptables: o en la creencia de que las palabras poseen un significado propio, que no depende del uso de las palabras sino de una relación natural entre palabras y realidad ; o en la creencia de que el legislador (que en el mundo moderno es normalmente un órgano colegiado con las consiguientes discrepancias internas) posee una voluntad unívoca y reconocible como si fuera la de un individuo. Por

²⁸ En esta concepción subyace, además, una ideología estática de la interpretación. Según esta “la interpretación no debería ser creativa, sino que debería descubrir el significado existente de una regla, oculto en su formulación lingüística”. Muy otra es la cuestión en la ideología dinámica, pues aquí “la interpretación debería ser creativa y el intérprete colaboraría con el legislador creando nuevas reglas adaptadas a situaciones nuevas” (Wróblewski, 1988, p.85). En la concepción que llamamos estática subyace la utilización del término “Derecho” para designar solamente al conjunto de textos o documentos normativos y se entiende por “conocimiento del Derecho” el acceso a los textos redactados por las diferentes autoridades normativas, ya que en ellos se encuentran implícitos los significados que el intérprete debe descubrir (Cfr., Ezquiaga, 2000, p.132).

eso se sostiene que es objetivo de la interpretación el de <<descubrir>> el significado objetivo de las palabras o la voluntad del legislador, ambos preexistentes en todo caso a la operación de interpretar. Además, el formalismo habitualmente incluye la opinión de que el sistema jurídico es completo (sin lagunas) y consistente (sin antinomias), de modo que para la solución de cualquier controversia hay siempre una, y una sola, norma preconstituida. De todo ello (a saber, de la posibilidad de conocer el significado objeto de las disposiciones y/o voluntad del legislador, así como del carácter completo y consistente del sistema jurídico) se infiere que, en la interpretación, el juez carece de márgenes verdaderamente decisionales y que a cada disposición legal sólo le corresponde una única interpretación verdadera (Igartua, 1994, p.42).

Ese parecer se refuerza con el pesar que se expresa porque, según se sostiene, *“los argumentos esgrimidos en el fallo estén colocados de tal modo que hagan presumir una solución preconcebida, como si los mismos estuviesen dispuestos de modo de justificar, de manera aparente, una solución que se obtuvo de antemano y no al revés”*, es decir, según esto primero es el *contexto del descubrimiento* (se descubre un significado verdadero y exacto) y luego la justificación (interpretación, acto de conocimiento). Saltan a la vista las connotaciones psicologistas esbozadas en este planteamiento, relativas al *iter mental* seguido por el juzgador –premisa esta que se ve complementada por la agudeza del pensamiento de J. FRANK “El proceso de juzgar tal y como nos lo dicen los psicólogos raramente comienza con una premisa de la que se obtiene consecuentemente una conclusión. El acto de juzgar comienza más bien de manera inversa: con una conclusión más o menos vagamente formada; una persona normalmente comienza con dicha conclusión y después intenta encontrar las premisas que la sustenten” (Frank, 1970, p.108)-, propias de quienes se abonan “al escepticismo en materia de razonamiento judicial” (Igartua, 1999, p.150), cuando en realidad, como veremos seguidamente, poco importa si el juez decide primero y justifica después o viceversa.

En efecto, aparte de que respecto a si se ha de decidir primero y justificar después, o viceversa, se enfilan posiciones para todos los gustos y preferencias, ello nos permite reparar en dos cuestiones, esto es, que sea como fuere, la posición de preferencia no impide que la decisión pueda ser correcta²⁹ ni se sabe

²⁹ Esta afirmación se incluye implícitamente en lo dicho por P. Calamandrei cuando resalta que, a veces el juez siente intuitivamente de cuál de las partes está la razón, pero no consigue dar con los medios dialécticos para demostrarlo *-rectius: mostrarlo-* (Calamandrei, p.107). Si esto es así, va de suyo que (y esto es lo que me interesa resaltar), en algunas veces los

si primero se decidió y luego se motivó - Aparte de “decir que los jueces primero deciden y luego motivan (de modo que no coinciden las *causas* de la decisión con los *argumentos* de la motivación) a estas alturas ya no preocupa a casi nadie, (...) carecemos de acceso a la mente de cada juez para conocer por qué itinerario ha transitado al adoptar una decisión; y, si acaso, es en la motivación –sobre todo si ésta manifiesta fragilidades- donde pulularían indicios objetivos para conjeturar que el juez ha procedido con irracionalidad y/o sin imparcialidad” (Igartua, 1999, p.151)-; además, poco aportan las connotaciones psicológicas referidas a la intimidad del juzgador en las cuestiones nucleares del control racional de la decisión; conviene hacer referencia a esto, aunque sea brevemente.

Respecto a lo primero, huelga advertir que la motivación ejerce de cautela preventiva contra el riesgo del error (Cfr. Igartua, 2003, p.180) (que es lo que, en definitiva, ha de importar), pues por mucho que se redacte tras la decisión, ya deja sentir su peso en el momento de decidir: la obligación de motivar apremia al Juez a decidir racionalmente si pretende afrontar con éxito los controles *procesales* (que, a estos efectos, pudieran representarse en los Votos Salvados de los Magistrados disidentes) y *sociales* (al hacer disponibles para quien quiera las razones del juez, la publicidad de la motivación posibilita el control popular de la decisión), todo lo cual permite desentrañar, si lo hubiere, el error de la Sentencia objetada en los Votos Salvados, pero insisto: es este (el error) lo que importa y no el simple anuncio de haberse decidido primero y argumentado después. Los controles procesales y sociales contribuyen, pues, a que la decisión judicial deba ser doblemente limitada: “de un lado, por el *principio de legalidad* (que implica que el juez debe aplicar el Derecho); de otro lado, por la *mejor o más correcta justificación* de la misma, justificación que está en apoyo de una determinada decisión, así como del peso que dichas razones tienen frente a otras”(Iturralde, 2003, p.26).

jueces primero deciden y después justifican, sin que importe el *iter* mental seguido por el juez para llegar a la decisión, como se desprende del mismo autor cuando destaca que “al redactar los fundamentos (del fallo) debe ser el defensor de la tesis antes fijada por su conciencia”. De modo, pues, que donde hay que apuntar es a la justificación del fallo.

En lo relativo al control racional de la decisión importa, antes que procurar indagar si se ha decidido primero y justificado después, resaltar algo que parece obviar el Voto Salvado al vertir los asertos que venimos comentando, esto es, que una es la cuestión referida a la caracterización de la *validez lógica de una inferencia normativa*, y otra la *justificación de las premisas de un argumento*:

En cualquier inferencia, ya sea teórica o práctica, es necesario distinguir cuidadosamente entre la elección de un conjunto de premisas P y la derivación de la conclusión a partir del conjunto P. La falta de una adecuada distinción entre estos aspectos de la justificación de una decisión puede provocar importantes confusiones (...), es verdad que frecuentemente surgen dificultades relativas a la selección de las premisas de un argumento; pero esto no tiene ninguna incidencia en la validez de una inferencia: *antes* de la elección de las premisas, no es posible establecer ninguna inferencia y *después* de establecer las premisas sólo resta analizar la validez lógica de la inferencia. Las dificultades epistemológicas y psicológicas, relativas a la elección de las premisas no afectan en manera alguna al razonamiento deductivo en general y a la validez del esquema inferencial *modus ponens* en particular (Moreso, y Redondo, 1992, p.258).

De modo que lo importante es analizar, tanto la *estructura* del razonamiento, para determinar si la conclusión está correctamente inferida de las premisas³⁰, cuanto la *fuerza* del mismo, para precisar en qué medida las premisas del razonamiento son <<buenas razones>> para apoyar la conclusión -de aquí se derivan importantes consecuencias: en primer lugar, en determinados casos, dichas razones no pueden reducirse al principio de legalidad (es decir, a una mera remisión a las normas dadas por el legislador); en segundo lugar, no puede establecerse, ni con carácter general ni respecto de un sector específico del ordenamiento, a priori cuáles son las <<buenas razones>>; o, para decirlo con otras palabras, “la dificultad de la justificación judicial reside en que parece difícil fijar, a priori y para todos los casos (al margen del caso individual) el peso de las diferentes razones” (Cfr., Iturralde, 2003, p.265, 266 y 297)-, esto es, allende la lógica en sentido estricto, que la elección de las premisas de la inferencia sean “el resultado de un proceso de deliberación y argumentación que se desarrolla

³⁰ Al examinar los elementos de que está compuesto el razonamiento y la relación entre los mismos, nos atenemos a unas reglas en función de las cuales el razonamiento será considerado correcto: las reglas de la lógica. Estas reglas, en cuanto reglas *lógicas* se consideran, como destaca V. ITURRALDE SESMA, verdades necesarias, universales e inmutables, y en este sentido suele pensarse que la lógica tiene (frente a las conjeturas científicas) una seguridad epistemológica especial, referida a lo necesariamente válido, es decir, para determinar en qué medida la conclusión se sigue lógicamente de las premisas (Cfr., Iturralde, 2003, pp-277-278).

conforme a criterios diferentes a los proporcionados por la lógica deductiva”(Moreso, 1992, p.258).

Restaría por expresa, pues, que es esto, y no las connotaciones psicológicas –las cuales hemos dicho no son parte del itinerario científico práctico del Derecho, puesto que carecemos de acceso a la mente del Juez para conocer por qué itinerario ha transitado al adoptar una decisión; debido a ello, “ni las partes ni la ciudadanía en general *deben* (y, encima ni pueden) aspirar a más que una resolución sustentada en –comparativamente- buenas razones, independientemente de si preceden, acompañan o son posteriores a la decisión (Igartua, 1999, p.151), lo cual determina que aquellas son objeto de estudio de la psicología y no del Derecho (Cfr. Iturralde, 2003, p.273)- lo que nos puede llevar a un fallo judicial errado= puesto que, es que difícilmente se puede controlar la decisión si el objeto de ésta fuera explicar el *iter* mental del juzgador, pues ello conduciría a un mejor conocimiento del juzgador como individuo, pero eliminaría toda posibilidad de control racional sobre la fundamentación y sobre la validez de las decisiones (Cfr. Igartua 1991, 147/Igartua, 1999, p.150/ Iturralde, 2003, p.277)-, e impedirá, en principio, que las opciones del juzgador sean un frenesí de su capricho y desde este punto de vista normativo, como ha destacado PECES:

El acierto o desacierto de una sentencia no discurre paralelo al método; lo importante, al momento de fijar un método o técnica para el pronunciamiento de sentencias, no es la cuestión, tan frecuentemente debatida, de si primero se llega a la decisión y después se justifica con los argumentos más idóneos para ello, sino que lo imprescindible es que aquellas tengan una fundamentación correcta, ya se haya adoptado previamente la decisión, ya sea consecuencia del discurso que la precede, porque dentro del sistema jurídico no interesa el proceso psicológico o intelectual que la haya producido sino su explicación (y su justificación, agregaríamos nosotros) a través de los argumentos que se expresen. Es esto último lo que va a permitir su crítica y su impugnación o la exigencia de responsabilidad al juez.(Peces, 2000, p.167).

De ahí que la palabra “razonamiento” equivale, en el sentido que aquí le asignamos, a “justificación”, esto es, “a la serie de argumentos o premisas que forman parte de un proceso y cuya finalidad es apoyar o justificar una determinada conclusión” --importante aclaratoria, puesto que el término *razonamiento* no tiene un significado unívoco y, en sede judicial, es importante precisar el sentido que se le otorga, pues parte del indicado en el texto (Cfr.

Iturralde, 2003, p.266)- en la decisión judicial, analizada desde la perspectiva que podemos llamar normativa; desde este punto de vista normativo se “trata de responder a la pregunta de qué razones (argumentos) *deben* justificar la decisión. Este aspecto se refiere a las condiciones bajo las cuales una conclusión (la decisión judicial) debe considerarse válida, e incluye un doble aspecto: formal, en aras a valorar la corrección formal de la decisión y material, de cara al análisis de las razones sustantivas de la decisión” (Iturralde, 2003, p.273).

También parece evidente que la postura allí sostenida, respecto a la motivación de la decisión, pretende convertir a los fundamentos del fallo en una representación subrepticia que nada aporta a la elaboración de la decisión, y ello obedece a una fusión y (hasta) confusión de dos asuntos que merecen una consideración separada: “decisión” y “motivación” (Igartua, 1994, p.94). Lo relevante aquí es que la decisión sea motivada, es decir, debidamente justificada, sin importar la cuestión acerca de cómo el órgano judicante ha llegado a ella, esto es, si ha decidido primero y justificado después o viceversa³¹, pues una cosa es el procedimiento por el que se alcanza la decisión y otra el procedimiento mediante el cual se justifica dicha decisión (Moreso, 1997, p.214).

A mayor abundamiento, la postura del Voto Salvado hace eco aquí de las críticas que algunos escépticos, frente a las posibilidades de justificar las decisiones de los jueces, han dirigido contra el silogismo judicial. La crítica consistiría en lo siguiente (Cfr. Aguiló, 1997, pp.72-73): los jueces presentan sus decisiones como si fueran el resultado de un proceso consistente en hallar primero las premisas relevantes del caso y después la solución que de ellas se sigue; pero el proceso real –dirán los críticos- es el inverso: primero deciden y luego racionalizan esa decisión. Es decir, la presentan como si hubiera estado motivada por el Derecho. La ridiculización de estas actitudes críticas, como apunta J.

³¹ La cuestión no es saber si en la justificación de sus decisiones los jueces reflejan realmente el razonamiento que ha sido seguido o si se trata únicamente de un ropaje. La cuestión es saber si, a condición de quererlo, podrían tomar esta decisión u otra: la respuesta parece perfectamente clara: hay un rasgo de esta posibilidad en el hecho que, en el seno de los tribunales se vota y que con un desplazamiento del voto la decisión contraria podría haber sido tomada. En la medida en que no hay recurso posible, la decisión, cualquiera que sea, aun absurda, es jurídicamente válida y se impone en el orden jurídico (Cfr., Troper, 2003, p.219).

AGUILÓ, ha llevado a hablar incluso de <<jurisprudencia gastronómica>>, queriendo poner de manifiesto que la decisión podría llegar a estar motivada por la buena o mala digestión del Juez.

No obstante, dichas críticas, al igual que la postura que defiende el Voto Salvado, pueden rechazarse con éxito si se repara en la distinción entre <<contexto de descubrimiento>> y <<contexto de justificación>> de una decisión: sin perjuicio de que el Derecho pueda estar, también, interesado en el <<contexto de descubrimiento>> (incluso, aunque sea insostenible que “el Derecho se desentienda del contexto del descubrimiento y de las razones explicativas de las decisiones judiciales” (Aguiló, 1997, p.77), puede afirmarse que la decisión tiene que ver, principalmente, con el <<contexto de justificación>> y que, a estos efectos, poco importa que el Juez haya decidido primero y justificado después, lo que no guarda relación de *necesidad* con (sino que más bien permanece neutral frente a) la afirmación de que el contexto de descubrimiento nada importa en la decisión.

Cuestión distinta es que el Voto Salvado reparara y, además, en lo que correspondiera, fundamentara suficientemente, en la necesidad de una justificación de la decisión que, allende las apariencias de justificación, no se confundiera con meras racionalizaciones de móviles extraños al Derecho, sino que, más bien, ostentara una credibilidad reforzada de las razones que el juez aduce a favor del fallo, en un todo conforme con el principio de *independencia*, y de *imparcialidad* judicial, con respecto a estos dos elementos sí que son importantes algunas razones explicativas y el contexto de descubrimiento de la decisión, siguiendo a AGUILÓ en referencia a la *independencia*:

no es cierto que el Derecho se desentienda del contexto del descubrimiento y de las razones explicativas de las decisiones judiciales, por lo siguiente: al amparo de la *independencia* de los jueces, que es un principio *normativo* y se traduce en enunciados de deber relativos a la conducta de los jueces, se protege no sólo la aplicación del Derecho, esto es, el fallo y las razones que se aducen a favor del fallo, sino que además exige al juez que falle por las razones que el Derecho suministra, y tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, no desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al Derecho, con lo cual, dicho principio rata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social; en base a esto es común justificar una fuerte limitación del derecho de asociación de los jueces, así como un estricto régimen de incompatibilidades, y todo ello

va destinado no tanto a prevenir prevaricaciones cuanto a *reforzar la credibilidad de las razones que el juez aduce a favor del fallo, es decir, que estas razones no puedan ser vistas como meras racionalizaciones de móviles extraños al Derecho* (Aguiló, 1997, pp.76-77).

Y siguiendo al autor con respecto a la imparcialidad:

La imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del proceso. De este modo, la imparcialidad podría definirse como independencia frente a las partes y el objeto del proceso. El deber de imparcialidad está ligado a dos instituciones procesales: la inhibición y la recusación. En realidad, ambas instituciones protegen no sólo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, sino también –como ocurría con la independencia- la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Lo que en realidad reconoce el juez que se abstiene es que si no lo hiciera sus decisiones podrían ser vistas como motivadas por razones distintas a las suministradas por el Derecho. Vista así, la imparcialidad (y sus dos vehículos procesales, la abstención y la recusación) trata(n) de proteger no sólo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, sino también la credibilidad de las razones jurídicas. De nuevo pues, si lo dicho a propósito del principio de imparcialidad es acertado, no es cierto que el Derecho se desentienda del contexto de descubrimiento las razones explicativas de las decisiones judiciales; de ahí que los deberes de independencia e imparcialidad conforma dos características básicas y definitorias de la posición institucional del juez en el marco del Estado de Derecho. Conforman la peculiar forma de obediencia al Derecho que éste les exige. Independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra. Con ello se trata de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y también la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Con la independencia y la imparcialidad se intenta salva-guardar la credibilidad de las razones jurídicas, pues nada hay más distorsionador para el funcionamiento del Estado de Derecho que el hecho de que las decisiones judiciales se interpreten como motivadas por razones extrañas al Derecho y las argumentaciones que tratan de justificarlas como puras racionalizaciones. (Aguiló, 1997, p.77-78).

Sólo que para esta empresa no parece existir razones suficientes como para que, a partir de lo explanado en el fallo en comentario, pudieran fundar un empeño de esta naturaleza.

El acierto de lo anterior se puede mostrar si consideramos que en el contexto de una *decisión razonable* hay que considerar que el adjetivo ‘razonable’ se predica de la decisión y no de quien(es) decide(n), de ahí que lo importante para la justificación del fallo no es que el juez justifique primero y decida después, sino más bien las razones que ofrece para justificar su fallo. Consideramos, pues, por estas razones y por las que seguidamente apuntamos, que esa postura de los *formalistas y escépticos*, seguida en parte en el Voto Salvado,

no parece la más idónea a los fines y exigencias de justificación de las decisiones jurídicas.

Así las cosas, “subrayando la dependencia que cualquier elección del aparato conceptual mantiene con el propósito de la investigación” (Wróblewski, 1988, p.26) y, de paso, con los objetivos prácticos que incluyan el contexto lingüístico, sistémico y funcional en los que surgen problemas de interpretación en el Derecho, podemos afirmar que, a los efectos de la exigencia de justificación de las decisiones jurídicas de carácter interpretativo, parece plausible acoger un concepto de interpretación en sentido estricto - optar por esta concepción viene avalado porque la misma “corresponde al uso del término <<interpretación>> en el lenguaje del discurso práctico jurídico en general y en especial a su uso en la justificación de las decisiones judiciales”, pero también hay que destacar que “la situación de duda (situación de interpretación) y la de *claritas* (situación de isomorfia) dependen de actos concretos de comunicación y no pueden ser consideradas *in abstracto*. El mismo texto es claro o dudoso según los contextos concretos de su uso. La claridad es, por tanto, *una noción pragmática enlazada con algunos caracteres semánticos del lenguaje legal interpretado*” (Wróblewski, 1988, p.24)-, distinto al acogido implícitamente en el Voto Salvado, que consiste en determinar “un significado de una expresión lingüística *cuando existen dudas* referentes a ese significado en un caso concreto de comunicación.

Desde esta perspectiva, el término “Derecho” designa “el conjunto de los significados normativos de los textos o documentos redactados por las autoridades normativas, reservándose el de “norma” para cada uno de esos significados atribuidos a los enunciados promulgados por los órganos legislativos por medio de su interpretación. Para esta concepción, por tanto, el objeto de la interpretación son las disposiciones normativas, mientras que las normas serían el resultado o el producto de la misma. La teoría de la interpretación que suele acompañar a esta acepción del término “Derecho” tiene en cuenta que en el paso de la disposición a la norma (en la actividad interpretativa) intervienen factores valorativos y subjetivos del intérprete que otorgan a los procesos interpretativos un (más o menos alto, según las diferentes variantes) carácter creativo que impide hablar de

significados correctos o falsos ya que estos no preexisten a la actividad interpretativa” de allí que “el conocimiento del Derecho exige diferenciar el de las disposiciones y el de las normas” (Ezquiaga, 2000, pp.132-133).

Y es que, como ya apuntábamos al comienzo y seguiremos insistiendo, “<<interpretar>> no es descubrir un significado sino atribuirlo; por eso los enunciados interpretativos serán correctos o incorrectos –en esta perspectiva lo motivación de la sentencia es exposición de “las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable, es decir, que está justificada” (Atienza, 1997, pp.22-23), convenientes o inconvenientes, etc., pero *nunca verdaderos o falsos*” (Cfr. Igartua, 2003, p.134)³²-, pues como enseña R. GUASTINI, no hay nada de lo que pueda afirmarse que es el significado propio de las palabras, puesto que cualquier palabra puede tener multitud de significados distintos, de donde “se sigue que los enunciados interpretativos (<<el texto T significa S>>) no son ni verdaderos ni falsos. Tales enunciados tienen la misma estructura profunda que las definiciones llamadas estipulativas, esto es, aquellas definiciones que no describen el uso efectivo de un cierto término o de una cierta expresión, sino que proponen atribuir a un término o a una expresión un significado preferentemente a otros. Se comprende entonces que, desde este punto de vista, las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado” (Guastini, 1992, p.109). Además, las

³² A mayor abundamiento, desde la postura que venimos sosteniendo, “la disposición a interpretar no tiene un sentido (y por ello no hay ningún sentido que *descubrir*); a la norma interpretada se le atribuye un sentido y tal atribución es deudora de las directivas y valoraciones que se pongan en juego. Por tanto, una decisión interpretativa no es verdadera ni falsa (en la acepción clásica de esos términos). Será justificada o injustificada, eso sí. Pero la justificación estriba en que los nexos existentes entre las valoraciones y las directivas de segundo grado y entre éstas y las directivas de primer grado sean correctos. Ahora bien, dos jueces que profesan valoraciones distintas, elegirán –si son lógicos- directivas de segundo grado diferentes, lo cual implicará que –si continúan siendo lógicos- manejen distintamente las directivas de primer grado o prefieran distintas directivas de primer grado, y concluirán que la disposición legislativa DL significa para uno una cosa y para otro otra diversa. ¿Quién de los dos se ha equivocado? Ninguno”. En fin, “cuando se trata del significado de las disposiciones legislativas “es un despropósito hablar de verificación, ya que el significado no es un fenómeno empírico (ni de demostración, ya que el discurso judicial tiene poco que ver con el lenguaje matemático y el de las ciencias formales), ni las palabras tienen insito un significado que el intérprete debiera descubrir. Por ello, cuando se intenta motivar que ‘la disposición legislativa DL significa S’, la justificación no se formula en términos de verdad, sino en los de ‘buenas razones’, ‘razonabilidad’, etc.; (...) todo aquello tendente a *argumentar* e favor de algo” (Igartua, 1994, p.91 y 97).

normas que han sido dictadas en actos de ordenar o permitir o prohibir ciertas cosas, también quedan fuera del ámbito de la verdad o falsedad (Cfr. Von Wright, 1999, p.XI-XIII).

No obstante lo anterior, la búsqueda de la *verdad* parece que es la aspiración del Voto Salvado, cuando demanda que los argumentos del fallo de la mayoría conduzcan a "*una conclusión válida y verdadera, como resultado lógico de las premisas expuestas*³³". Como atinadamente ha destacado J. WRÓBLEWSKI, una decisión interpretativa no es ni verdadera ni falsa en el sentido de que se corresponda con algún significado <<real>> o <<verdadero>> de la disposición interpretada, porque este significado no existe; todo significado atribuido es el resultado de utilizar determinadas valoraciones y directivas interpretativas ((Wróblewski, 1988, p.87-88). A mayor abundamiento, ha de repararse en que las normas establecidas por actos de mandar o legislar han de ser entendidas no como entidades que *describen* el mundo, sino como las que guían las conductas en él, por lo que las normas carecen de valores de verdad (Cfr. Alchourrón y Bulygin, 1991, p.319, 320).

Todavía más. Como ha dicho T. MAZZARESE, "los valores de verdad no parece que se apliquen a los enunciados de un conjunto interpretativo. Puesto que la función de un enunciado interpretativo –en virtud de la variedad de criterios de interpretación jurídica junto con sus rasgos peculiares- no equivale a una descripción sino más bien a una propuesta y/o una adscripción. Es más, si las valoraciones morales y/o sociales y/o políticas son concebidas como elementos significativos que tienen que interrelacionarse o, aún más, interrelacionarse con la

³³ En cualquier caso, esa verdad lógica por la que clama el Voto Salvado, sólo expresaría los eslabones de la inferencia, pero no la verdad de las premisas, y es sinónimo sólo de una racionalidad interna de la decisión interpretativa, que puede cuestionarse por una crítica externa de estas premisas, dado que nada impediría que muchas decisiones interpretativas pudieran ser, desde ese punto de vista, <<verdaderas>> pero contradictorias, a la vista de que la racionalidad interna de las decisiones, esto es, la ausencia de quiebras lógicas, originadas por el paso inadecuado de las premisas a la conclusión, nada dice respecto a la racionalidad externa, esto es, la fundamentación adecuada y suficiente de cada una de las premisas que permiten llegar a la conclusión (cfr., Wróblewski, 1988, p.57 y 88-89)

interpretación jurídica, entonces no hay bases teóricas para aplicar valores de verdad a los enunciados interpretativos" (Mazzarese, 1997, p.212).

A tenor de lo que aspira el Voto Salvado, parece necesario aclarar que se ha de diferenciar dos cuestiones: lo que se debe considerar una respuesta jurídica lógicamente correcta y lo que es una decisión jurídica justificable, pues la primera obedece a un punto de vista interno o, en la terminología de J. WRÓBLEWSKI, a la justificación interna de la decisión, esto es, la respuesta (consecuencia) lógicamente adecuada a partir de un conjunto de premisas, utilizando determinadas reglas de derivación (inferencia); la segunda, en cambio, procura armonizar satisfactoriamente puntos de vista antagónicos. Y cada una de estas cuestiones requiere de una estructura de justificación cuyos elementos difieren sustancialmente entre sí (Barragán, 1990, p.63).

En efecto, el campo jurídico en el que la primera cuestión tiene especial sentido es, como dice J. BARRAGÁN, el de la interpretación de una norma en el contexto global del sistema. En este entorno la posibilidad de una respuesta correcta única es remota, sino inexistente, ya que el sistema de normas no es un sistema axiomatizado sino natural, y en consecuencia, cada intérprete puede (sin violentar el sistema) apelar a premisas diferentes de las utilizadas por el otro intérprete, lo que naturalmente producirá conclusiones diversas. Sin embargo, tales conclusiones pueden ser ambas coherentes respecto de su cuerpo de premisas, puesto que "la posibilidad de una respuesta correcta única en el campo de la inferencia jurídica queda reducida al caso trivial de que todos los intérpretes coincidan de una vez y para siempre en la selección de las premisas, y también en la aceptación de las reglas de derivación; resulta necesario argumentar acerca de lo infrecuente de semejante caso (Cfr. Barragán1990, p.73). Y si es infrecuente que los intérpretes coincidan en la aceptación de las premisas y la regla, la probabilidad de que ellos también acuerden cerca del valor de los elementos materiales a considerar en una decisión, definitivamente, tiende a cero (Barragán, 1990, p.73).

Y es que, como resalta J. BARRAGÁN, aunque la decisión jurídica incluya de manera necesaria el proceso de inferencia jurídica, como búsqueda de la respuesta correcta dentro de un sistema de premisas, aquélla no es co-extensiva con ésta³⁴, y demanda de una justificación vinculada con los elementos propios de la toma de decisión bajo incertidumbre (Barragán, 1990, p.63), esto es,

Importa resaltar, a los efectos de este epígrafe, que hay dos tipos de situaciones de comunicación: o bien la comprensión directa de un lenguaje es suficiente para fines de comunicación concreta - puesto que, cuando no hay dudas de interpretación "no se discute ningún problema referente al significado de las reglas utilizadas" lo que se le puede llamar "situación de isomorfia" (Wróblewski, 1988, p.23)-, o bien existen dudas que se eliminan mediante la interpretación [en las situaciones en que se dan controversias sobre el significado de las reglas utilizadas, se le puede llamar "situación de interpretación]" (Wróblewski, 1988, pp.22-23), lo cual sucede "en el discurso jurídico ejemplificado en la decisión judicial justificada" (Wróblewski, 1998, p.23); de modo que, conforme a esto, "los textos formulados en lenguaje legal se interpretan (solamente) cuando pragmáticamente no son lo bastante claros para los fines de comunicación en determinados contextos" (Wróblewski, 1988, p.26), como evidentemente es la cuestión con respecto al recurso de interpretación que da origen a la decisión que aquí comentamos y como, en efecto, se desprende de la posibilidad de elecciones diferentes partiendo de directivas interpretativas distintas, como lo hace la mayoría por un lado, y por el otro, el Voto Salvado que venimos comentando. Si esto es cierto, habrá que agregar también que la interpretación implica una metamorfosis —es decir, la "transformación de un conjunto de signos (las palabras contenidas en el texto legal) en otro (las palabras contenidas en la sentencia.

³⁴ Y no lo es, entre otras razones, porque un juicio acerca de la coherencia es suficiente para la justificación de la inferencia jurídica, en el caso de la decisión jurídica la evaluación de la misma, además del señalado juicio de coherencia, se vincula a un complejo proceso de justificación, cuya base argumental es mucho más amplia (incluyendo datos de origen empírico, valorativo, político, ético, etc), pues la decisión jurídica es interactiva bajo incertidumbre, transformadora del mundo previo en otro posterior (que ella modifica), y de base poliargumental, en el que la coherencia a secas es insuficiente (Cfr., Barragán, J.- *la respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm., 8, Alicante, 1990, pág., 66).

Ambos conjuntos de signos no se corresponden semánticamente” (Frosini, 1995, p.104)-, en parte debida a que los textos objeto de interpretación no son formulados en lenguaje artificial, y es que como apunta Guastini:³⁵.

generalmente, los documentos normativos, es decir la fuentes del derecho, son formulados no ya en un lenguaje artificial –en el que todos los términos y todos los conectivos sintácticos estén rigurosamente definidos- sino en un lenguaje natural. El lenguaje natural no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas. El significado de los enunciados del lenguaje natural, por tanto, es fatalmente indeterminado. De ahí nacen los ‘problemas’ de la interpretación (Guastini, 1997, p.121).

3. La Sala Constitucional ha de juzgarse por las decisiones que dicta y sus consecuencias.

Independientemente de que se considere a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como un órgano político que actúa con criterios jurídicos u órgano jurídico que actúa con criterios políticos –teniendo presente que las reglas constitucionales encajan en la axiología política y, además, que los términos valorativos que se refieren a los valores políticos influyen en la interpretación constitucional, algunos se preguntan “si mediante la interpretación constitucional se transforman los problemas legales en políticos” (Wróblewski, 1988, p.113)-, lo cierto es que la idea de democracia se extiende no sólo a la aprobación de las disposiciones legales contenidas en el texto constitucional, sino también a la interpretación de las mismas de acuerdo con una asignación de significados adecuada (Cfr. López, 2003, p.12).

Así, no cualquier decisión de un órgano jurisdiccional es igualmente correcta o admisible: “precisamente por la importancia de aquellas para la certeza del derecho, para predecir las consecuencias jurídicas de los comportamientos, en definitiva, para conocer el derecho, deben extremarse los requisitos de <<calidad>> de los pronunciamientos jurisdiccionales y, entre ellos, el de la

³⁵ Y es que “generalmente, los documentos normativos, es decir la fuentes del derecho, son formulados no ya en un lenguaje artificial –en el que todos los términos y todos los conectivos sintácticos estén rigurosamente definidos- sino en un lenguaje natural. El lenguaje natural no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas. El significado de los enunciados del lenguaje natural, por tanto, es fatalmente indeterminado. De ahí nacen los ‘problemas’ de la interpretación” (Guastini, 1997, p.121).

racionalidad de la decisión, es decir, que en ella se respeten las reglas de la argumentación jurídica” (Ezquiaga, 2003, p.50), lo que no va a garantizar la previsibilidad de la decisión judicial “pero sí permite, al menos, reducir la arbitrariedad, respetar la igualdad en la aplicación del derecho y que cualquier cambio de criterio deba ser suficientemente justificado”(Ezquiaga, 2003, p.50). Pero hay que resaltar que “el control de racionalidad de las decisiones jurisdiccionales no garantiza en todos los casos la certeza del derecho, ya que para poder prever un pronunciamiento futuro es condición indispensable que la jurisprudencia de los tribunales superiores sea constante y que estos no cambien de criterio” ((Ezquiaga, 2003, p.50).

Así, al ser la Constitución un cuerpo de normas jurídicas cuyo respeto está asegurado por un órgano jurisdiccional y aquello sobre lo que rota el conjunto del sistema, no una mera enunciación de postulados retóricos (Cfr. Rubio, 1993, p.343), a dicha Sala hay que enjuiciarla sobre la base de sus resoluciones y su necesario correlato, esto es, la manera en que las interpretaciones que va ‘construyendo’ vincula a las diversas instancias del poder en una estructura dialógica en la que se consolidan las interpretaciones y en la que se pacifica el conflicto suscitado entre las visiones dispares que conviven en un Estado pluralista, de suerte que las interpretaciones y las consecuencias que en ellas se ensayan representan un dato a tener en cuenta en el sistema de enlaces entre la función de la Sala Constitucional y el resto del organigrama estatal (Cfr. López, 2003, p.12-13).

Y es que, en este contexto, el Derecho no es un fin en sí mismo y no tiene carácter natural. Es más bien un instrumento, una invención humana, que deberíamos procurar moldear y utilizar inteligentemente para alcanzar propósitos que van más allá del Derecho: una cierta pacificación de los conflictos (cierta paz), una cierta igualdad, una cierta libertad (Cfr. Atienza, 1998, p.17).

Esa función pacificadora del conflicto, entre otras de las asignadas a dicha Sala, guarda una relación directamente proporcional con el grado de motivación de la sentencia, en el sentido de que es fundamental que la sentencia sea

suficientemente motivada, porque de lo contrario, y con independencia de que acierte en el fondo, la insuficiencia de motivación propicia pérdida de legitimidad al fallo, que perdería persuasión y/o capacidad de convencer.

De ahí que no falta razón cuando el Voto salvante “destaca que la mayoría no razonó en el proyecto, en forma alguna, por qué no aplicarían las mismas reglas para la modificación de unas y otras leyes Orgánicas (por calificación constitucional o legislativa)”. Ello no obstante, no deja de resultar curioso que el Voto salvante se queje (y con razón, insisto) de ciertas deficiencias en el proyecto de sentencia pero, sin embargo, de lo sostenido en su *iter argumental* se desprende igualmente el defecto que le adjudica al proyecto votado por la mayoría, de manera que podríamos decir que lo que pretende combatir por un lado lo alienta por el otro, pues del mismo no se ofrece una razón, mala que fuere, para fundamentar que a las Leyes denominadas Orgánicas por la Constitución ha de aplicársele las mismas reglas de modificación aplicables al resto de Leyes Orgánicas.

De ahí que, sea como fuere, lo importante es destacar que, respecto a una decisión interpretativa, una cosa es que sea razonablemente factible la defensa de una solución, relativa a la diferencia de significados atribuida a una disposición jurídica, y otra cosa que esa solución sea la jurídicamente correcta, es decir, la mejor. Y esta, en el contexto de una interpretación compleja, se perfila en una perspectiva conforme a la cual “todos los argumentos interpretativos relevantes, tanto a favor como en contra, han sido examinados, y se llega a una solución final sobre el problema con vista en un balance de los argumentos considerados. Dicha solución constituiría en sí la razón resultante para la acción o la decisión. Ésta sería entonces un tipo único de razón <<condensada>>”, es decir, cuando en el resultado final de la interpretación se equilibran los argumentos que se contradicen y, por tanto, se genera una solución al problema de la interpretación, puede hablarse de un tipo único de razón ‘condensada’ para actuar o decidir (Summers, 1997, p.108,109).

“En la resolución de un caso puede haber decisiones furtivas que el juez oculta barriéndolas del primer plano. Al juzgador le basta con silenciar las diferentes opciones realizadas para dar a la motivación de la sentencia un empaque exclusivamente técnico. Y esta es, por desgracia, una actitud de acusada persistencia en los tribunales (incluidos los nuestros). Contadas veces emergen en las sentencias las valoraciones efectivamente realizadas por el órgano judicante y, sin embargo, rara vez se las echa de menos. ¿Porqué? Porque previamente se toma buen cuidado en escamotear todos los momentos en los que el juzgador se ha visto obligado a elegir” (Igartua, 1997, p.127).

Parece que lo indicado en el párrafo que antecede es aplicable al fallo votado por la mayoría cuando dice que *“será necesaria la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional presentes en la respectiva sesión para la sanción de las leyes Orgánicas contempladas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cualquiera sea su categoría. Así se decide”*.

Para evitar que se silencie en la Sentencia las diferentes opciones realizadas, un remedio eficaz consiste en poner énfasis en la necesaria “relación dialéctica entre las alegaciones de las partes y el discurso justificatorio del juzgador. Si éste entra en diálogo público con los argumentos de la(s) parte(s) cuya(s) tesis interpretativa(s) rechaza (...), inevitablemente aflorará la ristra de opciones tomadas y, por ende, los puntos menesterosos de motivación” (Igartua, 2003, p.127). Esta afirmación contiene como sustrato necesario que, en efecto, quien solicita un recurso de interpretación haya esbozado con los fundamentos de rigor las interpretaciones que sugiere como aplicables al significado que se le ha de atribuir a la disposición jurídica, porque de lo contrario no conquistará el espacio en el que, más allá de la mera literalidad y delimitando los “intersticios” del lugar en el que debe contextualizarse el arbitrio judicial, haya de recaer y, además, justificarse, la decisión definitiva del órgano judicante, pues, como afirma A. NIETO:

El arbitrio judicial, como explica A. Nieto, a veces procede por delegación expresa, y en estos casos es fácil de determinar, “puesto que su extensión e

intensidad están condicionadas por las normas que abre el hueco al juez y le autoriza su ejercicio. El legislador, consciente de que no puede dar una solución precisa a los casos concretos —cabalmente porque los desconoce en su infinidad de matices singulares—, encomienda esta tarea a otros órganos estatales (a los jueces, en lo que aquí importa) <<abriendo huecos>> en los que ha de moverse a su arbitrio". Ahora bien, "el Ordenamiento jurídico no ofrece sólo huecos deliberadamente abiertos por el legislador sino también poros y fisuras y por estos intersticios penetra igualmente el arbitrio judicial hasta llegar a afectar el espacio entero de la decisión" (Nieto, 2000, pp.224-225, 228)

La plausibilidad de lo anteriormente dicho proviene de que, a efectos de la interpretación, la diferencia entre "el juez y el legislador consiste, asimismo, en limitar la cuestión interpretativa a la cuestión estudiada" (Frosini, 1995, p.112) y en la extensión e intención marcada por quien(es) solicita(n) la interpretación de la Sala Constitucional.

3.1.- Un problema que también depende de la estructura y densidad de las normas objeto de interpretación.

En otro orden de ideas relacionadas con la decisión y sus consecuencias, obvia decir, aunque a menudo se olvide (y, sobre todo, las consecuencias que de allí se obtienen), que en general, las normas jurídicas no sólo pueden analizarse desde los dos puntos de vista tradicionales, estructural y funcional, sino también desde la conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad.

Como se sabe, desde la perspectiva *estructural*, las normas jurídicas se ven como entidades organizadas de una cierta forma, al modo de correlacionar entre un conjunto de normas -un sistema normativo- un conjunto de circunstancias fácticas o casos posibles -casos genéricos, conjunto de propiedades, Universo de Casos- y un conjunto de respuestas o soluciones posibles -un Universo de soluciones, calificación normativa de una determinada conducta- (Alchourrón y Bulygin, 1993, pp.22-23). El punto de vista *funcional* se centra en ver las normas como razones para la acción — cuando se dice que una norma es una razón para la acción se están diciendo, en realidad, dos cosas distintas: que una norma es una guía del comportamiento y, también, que es un criterio de valoración (esto es, de justificación o de crítica) de la conducta; vienen a constituir algo así como una y

otra cara de una misma realidad. Podríamos decir, entonces, que en una norma pueden distinguirse dos aspectos: el directivo o, si se quiere, normativo en sentido estricto, esto es, de guía de la conducta; y el valorativo o de criterio de valoración, esto es, de justificación o de crítica (Atienza y Ruiz, 1996, p.131)- y estudiar la forma cómo operan en el razonamiento práctico (Cfr. Raz, 1991).

Desde el tercer punto de vista, las normas están conectadas de diversas maneras con los intereses y con el poder dentro de la sociedad, puesto que, por un lado, son el resultado de intereses y de relaciones de poder, y por otro, configuran relaciones de poder para, finalmente, producir como efecto determinadas alteraciones en las relaciones de poder y en los intereses existentes en la sociedad (Cfr. Atienza y Ruíz, 1996, p.16).

Con ello queremos resaltar que, en relación a las normas jurídicas, el poder no aparece —o, cuando menos, no solamente— en el momento de su establecimiento o de su aplicación, sino que ellas, en sí mismas, configuran una estructura de poder, por cuyo través ciertos individuos o grupos sociales adquieren (obtienen) capacidad de afectar a los intereses de otros sujetos normados que resultan incididos por el ejercicio del poder que confieren las normas. Ahora bien, respecto a esta cuestión se observa una incardinación diferente en función de tipo de normas ante cuya presencia nos situemos en el análisis respectivo.

Así, una es la cuestión que se presenta cuando la parcela de realidad objeto de regulación normativa se refiere al ‘espacio’ en el que se ha de delimitar el ‘terreno’ dentro cuyo ámbito cada uno puede perseguir sus propios intereses, y otra muy distinta la que se presenta cuando estamos ante la promoción activa de los distintos intereses y objetivos sociales.

En la primera cuestión es posible, para la legislación, garantizar, en la persecución por parte de cada uno de sus propios intereses, una esfera de no interferencia por parte de otros sujetos sociales, dado que se determinan los espacios de poder de una vez por todas y, en este sentido, se hace abstracción de

los intereses que se encuentran realmente en presencia en cada caso (Cfr. Atienza y Ruíz, 1996, p.17). En la otra no es posible determinar, *ab initio*, los espacios de poder sino que dicha determinación depende, más bien, “de circunstancias variables y no determinables *a priori*, esto es, no contenidas en las normas” (Atienza y Ruíz, 1996, p.17); y justamente, aquí era donde queríamos llegar, para reparar en algunas cuestiones importantes en torno al debate suscitado respecto a las Leyes Orgánicas.

Es cierto que, y en esto somos tributarios de M. ATIENZA Y J. RUIZ MANERO (Cfr. 1996, p.17-18), los Ordenamientos jurídicos imponen restricciones a la persecución de intereses por los distintos sujetos sociales, en nuestro caso, por los distintos grupos políticos que compiten por imponer desde el Estado sus preferencias políticas; no obstante, esta afirmación quedaría incompleta si no añadimos que en los ordenamientos democráticos se recogen una pluralidad de valores (que, en lo que venimos planteando, operan a modo de restricciones a los distintos intereses), cuya jerarquía interna no puede, en muchos casos, ser predeterminada por dicho Ordenamiento. Por tanto, a buen seguro se pueden producir conflictos, como de hecho ocurre habitualmente, y en su resolución los principios, entendidos como valores superiores del Ordenamiento, no ordenan la concurrencia de intereses ni promueven unos en lugar de otros sino que, más bien, tratan de evitar que la persecución de cualesquiera intereses pueda dañar a dichos valores.

Si se acepta lo anterior, podrían formularse a modo conclusivo dos cuestiones importantes para el tema que estudiamos:

- 1.- tanto las normas que anidan principios como aquellas otras que, sin contener principios, configuran de forma abierta sus condiciones de aplicación y/o la descripción del modelo de conducta (y/o la obtención de un cierto estado de cosas) calificado deónticamente para el sujeto normado, y en fin, aquellas otras que contienen una periferia de textura abierta (esto es, que las propiedades que constituyen las condiciones de

aplicación tengan una periferia de mayor o menor vaguedad³⁶ -zona de penumbra-), otorgan a los órganos de aplicación del derecho y a los Órganos destinatarios de las llamadas normas de competencia (entre ellos, el Parlamento) mayor poder y/o capacidad de afectar, positiva o negativamente, los intereses de quienes, en definitiva, son los sujetos incididos tanto por la aplicación del Derecho en un caso, como por los que resultan incididos por los textos legislativos surgidos por la aplicación de las normas de competencia en otro. Por tanto, bien podría decirse que, desde la lógica de las normas, el fallo que comentamos es *consecuencia* de la interpretación de la norma, realizada por los Magistrados de la Sala Constitucional, pero no *resultado* de la interpretación de la norma interpretada³⁷, de ahí que el valor del fallo es instrumental, tanto en relación con el estado de cosas considerados como valiosos por el sistema jurídico como en relación con estados de cosas considerados como valiosos por el (o los) propio(s) agente(s), lo cual ha de ser objeto de consideración posterior, más adelante, en el epígrafe relativo a la estructura y función de las Leyes Orgánicas.

Ese poder es mayor que el otorgado por las reglas que configuran de manera cerrada las condiciones de aplicación y el modelo de conducta

³⁶ A mayor abundamiento, las zonas periféricas pueden ser originadas, bien por los déficit del lenguaje ordinario (casos que caen dentro del área de penumbra del significado de los términos empleados en la formulación de la regla), bien por la relativa indeterminación de propósitos del legislador, estos es, supuestos de lagunas y antinomias normativas y también de atribución a los órganos jurisdiccionales de potestades discrecionales en la resolución de determinados casos (Cfr., 1996, p.23).

³⁷ Es decir, cierto de estado de cosas pueden ser vistos, según VON WRIGHT seguido por M. ATIENZA Y J. R. MANERO, en conexión, conceptual o causal, con las acciones. En el primer caso —cuando la conexión es conceptual o intrínseca— caracterizamos un determinado estado de cosas como el *resultado* de una acción. En el segundo caso —cuando la conexión es causal— caracterizamos un determinado estado de cosas como *consecuencia* de una (o diversas) acciones. Así, una acción o el estado de cosas es intrínsecamente valioso cuando se le atribuye valor positivo por sí mismo; y lo extrínsecamente valioso se da cuando la acción o estado de cosas es, en sí mismo considerado, indiferente y lo que lo hace valioso es *exclusivamente* la conexión que se le atribuye con alguna acción o con algún estado de cosas que sea intrínsecamente valioso. Lo extrínsecamente valioso es, pues, una noción derivada que presupone la existencia de cosas intrínsecamente valiosas (Atienza, y Ruiz, 1996, p.137-138).

prescrito, porque en estos supuestos no es lo habitual que concurran, como es el caso de las normas anteriormente señaladas, *razones de primer orden* para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de *otras razones* que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido, ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional, lo que, en cualquier caso, se debe reflejar en el fallo judicial.

2.- Si, por un lado, los valores superiores del Ordenamiento jurídico Constitucional no deben promover unos intereses sociales en lugar de otros, sino permitir la competencia de los intereses políticos y de las relaciones de poder sin que se permitan vulneraciones a los valores de dicho Ordenamiento; y por otro lado, como correlato de lo anterior, si en la búsqueda de los intereses políticos y sociales queridos, los distintos grupos pueden competir libremente, sin más restricciones que las surgidas de las posibles vulneraciones a aquellos valores superiores, que pueden considerarse, siguiendo a la lógica Kantiana, como *razones categóricas* susceptibles de protección y de imposición frente a las pretensiones de los distintos intereses políticos y sociales, entonces es de recibo que, ante la ausencia de estas posibles vulneraciones, la Sala Constitucional podía decidir el recurso de interpretación en un sentido o en otro, dado que ambas decisiones se incardinan en el marco de posibilidades que permite la Constitución y, de paso, sin vulneraciones a la ordenación de valores prescrita por la misma.

3.2.- Ante argumentos que autorizan salidas dispares ha de explicitarse el criterio de preferencia en la interpretación.

El Voto Salvado del Magistrado P. Rondón Haaz objeta al criterio de la mayoría que con los mismos argumentos de la sentencia se llega a resultados distintos u opuestos. Respecto a esta cuestión hay que resaltar que la atribución de significado a los textos legales, propio de las decisiones interpretativas, no se reduce a una dependencia contextual sistémica y lingüística, ya que “hay también

un extremadamente complicado y cambiante contexto funcional. Este contexto influye en cualquier interpretación (incluso) cuando no se cambia la formulación de las reglas interpretadas a pesar de los cambios esencialmente relevantes del contexto funcional. Un ejemplo es el de la evolución del sistema legal polaco en el que las reglas promulgadas entre la primera y la segunda guerra mundial estuvieron funcionando durante muchos años en el sistema creado después del año 1945” (Wróblewski, 1988, p.65).

Ya resaltamos cómo cambia incluso el significado de los conceptos del derecho público al erosionarse progresivamente el principio unitario de organización política, representado por la soberanía y por el orden que ahora se deriva. Importa agregar ahora que “el rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su ‘pérdida de la posición central’. Y ello constituye realmente una pérdida importante, porque comporta una consecuencia capital: al faltar un punto unificador tomado como axioma, la ciencia del derecho público puede formular, proponer y perfeccionar sus propias categorías, pero éstas no pueden encerrar y reflejar en sí un significado concreto definible *a priori*, como sucedía cuando la orientación venía dada desde la soberanía del Estado. Hoy día el significado debe ser construido” (Zagrebelsky, 1999, 12-13).

Si esto ocurre hasta en los conceptos de derecho público, en la posición de la Ley en el sistema de fuentes y en la configuración de valores y principios establecidos en el texto constitucional como consecuencia del pluralismo político, tal como ya ha quedado dicho, entonces la interpretación constitucional no puede quedar fuera de esta posibilidad. Pero ello comporta otro orden de consecuencias importantes en el ámbito de la motivación de la sentencia, que, al trasluz de los argumentos esgrimidos, no ha quedado reflejada ni en el fallo de la mayoría ni en el criterio seguido por ambos Votos Salvados.

Me refiero al hecho de que si al juez se le ofrecen directivas interpretativas que, a veces, le permiten márgenes de maniobra para manejarlas de una u otra

manera y/o para preferir unas directivas sobre otras, caso que su aplicación determine salidas contrapuestas al desacuerdo interpretativo, es necesario que la Sentencia refleje esas incidencias y explicita en base a qué valores o principios se justifica preferir una interpretación frente a otra también aplicable a dicho desacuerdo (Cfr. Igartua, 2003, p.127).

3.3.- Valorar la actividad de la Sala Constitucional por las decisiones que dicta y sus consecuencias. Una visión instrumental, pragmática y dinámica del Derecho y del Ordenamiento jurídico.

Lo que aquí me interesa destacar, como proemio de lo desarrollado en este epígrafe, es la posibilidad de un enfoque por cuyo través se considera al Derecho como una técnica para la solución de ciertos problemas prácticos: una visión instrumental, pragmática y dinámica que, como resalta M. ATIENZA, conduce a considerar el Derecho como argumentación (Cfr. Atienza, 1998, p.23).

La asunción de esta perspectiva tiene que ver, como destaca el mencionado autor, con la cultura jurídica de cada país, esto es, con las actitudes que la gente en general y los juristas en particular tienen hacia el Derecho y hacia la sociedad. Y es, justo en esta cuestión, donde se pueden extraer consecuencias importantes para lo que actualmente sucede en nuestro país con el Derecho y con las actuaciones de la Sala constitucional (Cfr. Atienza, 1998, p.24).

En efecto, si partimos de la valoración dicotómica entre considerar, de una parte, que la sociedad dispone de una estructura jurídica, expresada en el Derecho y en el Ordenamiento jurídico, capaz de adaptarse a cualesquiera necesidades futuras, en una suerte de tareas y funciones que, en un todo, vienen definidas dentro de la estructura del Estado, y de otra, concebir que tanto la Ley como el Ordenamiento jurídico son instrumentos que dependen del (y están en) proceso de construcción social, parece que lo más sensato es asumir esta última postura, por lo que a continuación señalaremos.

En una sociedad como la nuestra, con un proceso político *sui generis* y, posiblemente, sujeto a constante mutación, siempre en función de los límites y contrapesos que la lógica y dinámica socio-política propia de nuestra sociedad le insufla sucesivamente, por la misma naturaleza de las cosas es de recibo asumir, con carácter preferente, esa tarea de construcción social indicada supra, que “consiste en inventar nuevas instituciones y hallar nuevos patrones de acción que sostenga esas instituciones, habiendo, por tanto, de introducirse las distinciones y procedimientos legales y los términos de referencia legales que permitan a esas instituciones seguir operando de la forma que se desea” (Atienza y Jiménez, 1993, pp.354), siempre que esto conduzca a consecuencias favorables para el mejor orden de nuestra sociedad, esto es, que conduzca a “una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa teoría puede poner en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres” (Atienza y Jiménez, 1993, pp.354-355).

La importancia de valorar la actuaciones por sus consecuencias se enmarca en un contexto en el que “estamos saliendo de un período en que el Estado tenía el monopolio de la jurisdicción y de la práctica jurídica y de la legalidad y entrando en un período en el que otras muchas instituciones comparten con el Estado la preocupación por la legalidad, la preocupación por la jurisdicción, y que tenemos que estar preparados para sacar las consecuencias” (Atienza y Jiménez, 1993, p.353).

3.4. La configuración de las Leyes Orgánicas y el principio de paralelismo de las formas.

Está claro que dentro del esquema global de la configuración normativa del Ordenamiento jurídico las Leyes Orgánicas son una excepción, sin que ello impida configurarlas como una categoría o género que alberga varias especies, de donde se sigue que de las cuatro tipologías establecidas en el 203 de la Constitución hay tres sometidas a un régimen general y una categoría sometida a un régimen excepcional, especial, o al menos, distinto al de las otras tres tipologías; y las razones de esta taxonomía no entramos a discutirlas, toda vez que

es producto del Pueblo Soberano reunido en Asamblea Constituyente en el ejercicio de sus poderes creadores; por tanto, constituye el punto de partida que se debe aceptar para el inicio de cualquier discusión respecto a esta materia.

Desde esta perspectiva, son distintas las exigencias del principio del paralelismo de las formas para las tres categorías de leyes Orgánicas por designación legislativa, por un lado, y para las leyes que la propia constitución califica de Orgánicas, por el otro. Esta afirmación deriva de la misma configuración constitucional de las categorías de leyes Orgánicas en el artículo 203 del texto constitucional, referido a las facilidades para dar inicio a la discusión de proyectos de Leyes Orgánicas investidas con ese carácter por calificación constitucional, que el propio Constituyente quiso extraer de los avatares políticos y de las exigencias agravadas (dos terceras partes) para el resto de proyectos de Leyes Orgánicas.

De modo, pues que el principio del paralelismo de las formas exige, so pena de incoherencia, que esas distintas modulaciones se proyecten hasta el final, es decir, hasta la sanción misma de las Leyes Orgánicas: dos terceras partes para las de designación legislativa y mayoría absoluta para las denominadas así por la Constitución. Desde esta perspectiva, parece plausible introducir un matiz al fallo de la mayoría, en el sentido de que si se es coherente tanto con los lineamientos seguidos por el Constituyente expresados en el 203 como con el razonamiento utilizado, de principio a fin, es necesario que las diferencias entre las dos tipologías de Leyes Orgánicas se mantuvieran también hasta el final, en relación al quórum exigido para la aprobación de unas u otras Leyes Orgánicas, entre otras razones para ser consecuente con el principio del paralelismo de las formas, en el sentido de que si en relación a las Leyes Orgánicas por designación legislativa es más fácil su creación y respecto a su sanción la Constitución hace ostensible un vacío que se debe de colmar por la vía interpretativa, pues parece lógico que haya de ser también mas fácil, en contraste con el resto de las Leyes Orgánicas, su modificación.

En síntesis, si lo anterior es cierto, no pareciera prudente equiparar el régimen de aprobación y modificación de unas y otras Leyes Orgánicas.

3.5. Diferencias intrascendentes a los efectos del fallo.

Sin menospreciar las razones que hayan al reparar que, como destaca el primer Voto Salvado, “una cosa es la mayoría necesaria para sancionar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y otra muy distinta es derogar la ley orgánica preconstitucional de la Corte Suprema de Justicia”, lo importante a destacar es que, a los efectos de la decisión en comentario, esa es una afirmación que, en este contexto carece de fundamento, por las siguientes razones:

1) porque no va acompañada de un razonamiento, anterior o posterior, que avale extraer conclusiones válidas y aceptables en el problema que se discute,

2) porque nada se opone a la afirmación de que lo uno lleva a lo otro, es decir, la eventual promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lleva consigo la derogación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de suerte que si bien podría afirmarse que la mayoría necesaria para sancionar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la derogación la de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no son una y la misma cosa, tampoco hay inconveniente alguno en decir que la aplicación de los mecanismos establecidos en la Constitución trae como consecuencia obligada aquella derogación, con lo cual, y a los efectos del fallo, ambas cuestiones se encuentran en una relación de correspondencia biunívoca, que ostenta consecuencias importantes: el régimen jurídico establecido por el Constituyente para las Leyes Orgánicas por denominación constitucional lleva (y arrastra) como sustrato indiscutible el régimen de modificación de las Leyes Orgánicas preconstitucionales que tengan que ver con la materia en referencia y objeto de esa específica regulación por el Constituyente.

3) porque si bien la modificación de las leyes Orgánicas requiere, en principio y para las que tienen este carácter por designación legislativa, una votación calificada, no ocurre lo mismo para el caso de las leyes Orgánicas denominadas así por la Constitución, como con buen criterio ha quedado expresado en el fallo de la mayoría de la Sala Constitucional, y además, por razón de que el Constituyente concedió en el texto constitucional un régimen relativamente diferenciado a esos tipos de leyes, con prescindencia de las valoraciones y/o reproches que de esa diferenciación se pueda tributar.

De modo pues que, a los efectos de la discusión que nos concierne en este recurso de interpretación objeto de análisis, la susodicha afirmación se le puede otorgar uno cualquiera de los siguientes juicios (o, inclusive, los dos):

a) por la denotación que se le ha dado en el Voto Salvado, y dada la ausencia de connotación apropiada, no pone ni quita nada útil para dirimir el conflicto en torno al significado de la disposición en referencia;

b) si bien es cierto que, abstracción hecha del problema que nos ocupa, no falta razón a la referida afirmación, sin embargo no son razones que permitan predicar hacia lo que apunta el Voto Salvado, esto es, que para la modificación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se requiere mayoría calificada, porque parece razonable sostener, y en un todo de acuerdo a la Constitución y a la doctrina de la Sala Constitucional (STSJ 2573/2002, de 16 de octubre, complementada con la de 26 de enero del presente año 2004, objeto de este comentario) uno es el quórum 'calificado' para la modificación de una ley orgánica preconstitucional por una nueva Ley Orgánica (postconstitucional) cuya denominación obedezca a un mandato expreso y directo de la Constitución, y otro en cambio el exigido para la modificación de una ley orgánica preconstitucional por una nueva Ley Orgánica (o por una Ley ordinaria) cuya denominación provenga, ya no de la Constitución, sino de la designación legislativa, en

atención a los contenidos materiales expresamente señalados por el Constituyente en el artículo 203 de la Carga Magna.

3.6. Contradicciones.

Pero a continuación destaca que: **“Aunque baste la mayoría absoluta de los diputados para sancionar aquella Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es necesaria de todos modos la mayoría calificada de dos tercios de los diputados al comenzar la discusión de la ley para que esa (*rectius*: sea) posible derogar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”**. Aquí el Voto Salvado adolece de los mismos defectos que le endilga al fallo de la mayoría: se trata de afirmaciones sin fundamento; pero además, entra en contradicción con lo expresado en párrafos anteriores porque, de paso, admite la posibilidad de algo que se encargó de negar expresamente en líneas anteriores, esto es, que se puede sancionar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia con mayoría absoluta, cuando en realidad indicó, al referirse al argumento *a fortiori*, que al no haber diferencia ontológica entre las cuatro categorías de leyes Orgánicas no cabe diferencia respecto a la manera de modificarlas. En qué quedamos: basta la mayoría absoluta para la sanción de dicha ley orgánica o por argumento *a fortiori*, y dado que en esencia no existe diferencia entre las leyes Orgánicas por definición constitucional y las que son así designadas por el parlamento, hay que admitir que no existe diferencia en cuanto a la manera de modificar unas y otras leyes Orgánicas, puesto que si así lo dijo el Constituyente para las Orgánicas por designación legislativa con mayor razón, según el criterio del Voto Salvado, lo dijo para las definidas así por la Constitución.

Da la impresión que la premisa implícita que acepta el magistrado en el argumento *a fortiori* para sostener sus asertos se basa en partir del supuesto (o de una valoración) consistente en que si no hay diferencias ontológicas tampoco han de existir diferencias para modificar unas y otras leyes Orgánicas, sean o no de tal carácter por denominación constitucional. La premisa mayor del silogismo consistiría en admitir que cuando no hay diferencias ontológicas entre uno y otro instituto jurídico esa ausencia se prolonga hacia todos los aspectos formales de los

respectivos institutos jurídicos, para luego poner en la premisa menor que entre las cuatro tipologías de leyes Orgánicas del 203 constitucional no hay diferencias ontológicas, y finalmente concluir que no existen diferencias en los aspectos formales relativos a la creación y modificación de los distintos tipos de leyes Orgánicas del 203 Constitucional.

Salta a la vista que el Voto Salvado que comentamos prescinde en este aspecto de los más elementales requisitos de racionalidad de los fallos, según los cuales es necesario ofrecer en el *iter argumental* las distintas valoraciones de las que parte el intérprete para llegar a sus conclusiones (**aquí colocar una cita de igartúa en donde se dice que la cultura habitual de los jueces consiste en escamotear y ocultar las valoraciones**) y, todavía más, al pretender ofrecer una tesis interpretativa en contraste con la del criterio de la mayoría sentenciadora, prescinde de una consideración elemental, a saber, que en contextos como este una tesis interpretativa “no puede ser justificada sólo en base a uno o más argumentos interpretativos, sino que debe ser justificada al menos en base a otra razón, según la cual algunos argumentos interpretativos son mejores que otros, o bien es bueno que sean usados o deben ser usados preferentemente respecto a otros” (Diciotti, 1997, p.117).

También se observa que las argumentaciones se estancan sólo en el contexto de la *decisión* y no en el contexto de *justificación*, lo que permite afirmar que sólo se argumenta en el ámbito de la ‘justificación interna’ y no en el de la ‘justificación externa’, esto es, que existe corrección lógica en tanto que la conclusión deviene de las premisas, pero se deja intacto lo que debió esgrimirse respecto a la fundamentación de las premisas acogidas, puesto que determinar que la disposición legal del art., 203 de la Constitución significa que para aprobar la modificación a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se requiere mayoría calificada en el quórum parlamentario que de inicio a la discusión de la Ley que la sustituya es un asunto que se inscribe en el *contexto de decisión*; en cambio aportar argumentos para fundamentar la decisión interpretativa (el Art., 203., de la Constitución significa X,Y, y Z) es un asunto que concierne al *contexto de justificación*. De esto último no se ha dicho nada.

En fin, el silogismo señalado *supra* resulta totalmente desvirtuado por el propio tenor del artículo 203 de la Constitución.

En efecto, el legislador, y todavía más el Constituyente, es libre de formular en el Ordenamiento las simplificaciones que considere convenientes y oportunas, con prescindencia de que en función de los criterios legislativos y las preferencias de política y técnica legislativa pueda o no respetar, en las variedades taxonómicas elaboradas, la naturaleza ontológica de las distintas categorías y tipologías –en este caso, pareciera que el criterio del Voto Salvado aspira convertir a, y predicar de, la taxonomía legislativa características absolutas, propias de la fantasía lógica de la mera contemplación interna del sistema jurídico, cuando en realidad se trata, más bien, de categorías históricas y relativas surgidas de la realidad social, siempre contingente, que explica la génesis y el funcionamiento de cualquier institución jurídica- que se incluyen en el texto constitucional, y en la cuestión que aquí nos ocupa, es libre de seguir o apartarse – como en efecto lo ha hecho en el art., 203 de la Constitución- de las cualidades ontológicas en la configuración de distintos tipos de leyes Orgánicas³⁸. Cuestión distinta es que lo realizado por el legislador merezca un juicio de reproche, que a nuestros efectos no tiene interés, dado que de lo que aquí se trata es de determinar la virtualidad de la decisión interpretativa ofrecida en la Sentencia que comentamos. Otro sería, pues, el plano de análisis respecto a si el Constituyente formuló pésimas redacciones y/o múltiples omisiones en el texto constitucional, y por ser una cuestión distinta a la que aquí ocupa dejamos este análisis para hacerlos en otro lugar.

³⁸ Que el legislador es libre para respetar o no la cualidades ontológicas referidas en el texto se desprende incluso de todo lo que el puede hacer al incluir en el Ordenamiento definiciones legislativas. Estas, por ser de carácter estipulativo y no de carácter lexical, “no se destinan a describir el funcionamiento que un término tienen en el lenguaje, sino a seleccionar uno de entre los varios sentidos del término o a *inventar un sentido nuevo para ese término*.(...). Por eso, el significado de los términos objeto de las definiciones legislativas no se convierte en una cuestión a discutir entre gramáticos” (Igartua Salaverria, J.- *Teoría analítica del Derecho. La interpretación de la Ley*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1994, pág., 102). La cursiva es nuestra. Con lo cual, si eso puede hacerlo el legislador en las definiciones legislativas, podría afirmarse con mayor razón que, al momento de diferenciar tipologías de leyes pertenecientes a una misma categoría general, es libre para respetar o apartarse de la esencia ontológica de las tipologías que regula.

Luego de hacer un largo *excursus* relativo a la Sentencia 2573/2002, de 16 de octubre, concluye que “cuando la Sala se planteó la posibilidad de que una ley ordinaria, que fuese dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1999, pretendiese derogar una ley que hubiese sido calificada de orgánica bajo la vigencia de la Constitución de 1961 –con base, probablemente, para tal fin, en criterios distintos a los vigentes, mucho más restrictivos-, la aceptó, con la salvedad de que esa ley ordinaria tendría que satisfacer la norma constitucional con relación a la mayoría calificada que se reclama para la modificación de las leyes Orgánicas. Por cuanto ello es así, concuerda quien disiente con los recurrentes en que *“para poder derogar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se requiere de la mayoría de dos tercios de los diputados para el momento de iniciarse la discusión de la ley que efectivamente pretenda derogarla, con independencia de si esa ley es orgánica por mandato de la Constitución”*.

Aquí existe lo que se denomina una quiebra lógica en el razonamiento, porque de los fundamentos expuestos no se deriva la conclusión que se propone; veamos. Se pretende concluir que hay razones para afirmar que se requiere de la mayoría de dos tercios de los Diputados para el momento de iniciarse la discusión del Proyecto de Ley que pretende derogar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Y las razones consisten, según el Voto Salvado, en que la doctrina de la Sala Constitucional tiene dicho que para que una Ley Ordinaria modifique una Ley Orgánica preconstitucional (que por cierto no es de las denominadas así por la Constitución) se requerirá la mayoría calificada necesaria para modificar las Leyes Orgánicas.

Estas razones no permiten llegar a la conclusión que se propone el magistrado disidente, por cuanto las mismas no autorizan para que se predique el mismo quórum en la modificación de las Leyes Orgánicas por designación constitucional. Para decirlo con mayor diafanidad, las consecuencias del fallo 2573/2002, de 16 de octubre, no pueden aplicarse al caso de las Leyes Orgánicas designadas así por la Constitución, puesto que la controversia que originó dicho fallo versaba sobre otra tipología de Ley Orgánica (las denominadas así por el

legislativo) y si, y en su caso, cómo, una Ley Ordinaria dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1999 podía derogar una Ley Orgánica (concretamente, la de Salvaguarda del Patrimonio Público) dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1961; por tanto no procede formar un *totum revolutum* echando, como pretende el Voto Salvado, en un mismo régimen jurídico lo que el Constituyente diferenció en el artículo 203 del texto fundamental.

Es cierto que el criterio de la mayoría no precisa los fundamentos racionales que llevan a concluir que se requiere mayoría absoluta para la sanción de las Leyes Orgánicas cualquiera sea su clase, y aquí se pueden formular reparos al criterio de la mayoría, por varias razones:

primero, porque no fundamenta la decisión que toma;

segundo, porque tampoco ofrece una justificación, aunque fuere mala, de las razones que le llevan equiparar el régimen de sanción de las Leyes Orgánicas con prescindencia de la categoría de la que se trate; de ahí que como atinadamente apunta el segundo Voto Salvado, la ponencia de la mayoría no analiza en ninguna parte cuál es el quórum requerido para la fase de sanción de las Leyes Orgánicas, de modo que no se sabe en que se basa para concluir lo que finalmente decide.

tercero, porque en primer lugar resulta cuando menos incoherente que, para comenzar, se pregone mayoría calificada para admitir a discusión un Proyecto de Ley Orgánica denominado así por el Parlamento y, luego para terminar, respecto a su sanción sea necesaria sólo la mayoría absoluta; en segundo lugar, porque las consecuencias de ese régimen de sanción no se corresponden con la idea, esgrimida con razón en el texto de la mayoría, de que las diferencias entre las Leyes Ordinarias y las Leyes Orgánicas denominadas así por el Parlamento no son producto de un capricho del Constituyente sino que tienen su fundamento en atendibles razones de orden político-constitucional que justifican la exigencia de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos;

cuarto, porque no justifica el cambio de valoraciones en la interpretación constitucional, es decir, a lo largo del fallo los argumentos motivatorios que se

ofrecen vienen de la mano de la interpretación funcional y de aquel que consiste en atribuir significado a las disposiciones en función del título o rúbrica que encabeza al grupo de artículo en el que aquella se encuentre. Pues bien, al momento de decidir sobre la sanción de la ley orgánica, con independencia de su tipología, se remata con una interpretación rabiosamente literal (literal *strictu sensu*) sin que se expliciten las razones que, en este caso, llevan a otorgar prioridad a la literalidad del art. 206 de la Constitución, en contraposición con los criterios interpretativos acogidos en el resto del fallo.

Ahora bien, muy contra de lo que pretende el Voto Salvado del Magistrado Rondon Haaz, lo que acabamos de decir, en lugar de darle la razón a sus asertos, como pretende sin lograrlo, es lo que, a la postre, termina dando la razón, ganada con buen pulso, a una de las cuestiones que comenzamos explicitando, respecto a que el contenido sustancial de las exigencias del principio del paralelismo de las formas en las Leyes Orgánicas por designación constitucional y en las así denominadas por la Constitución son distintas.

En efecto, es lógico y no podría ser de otra manera, que si se exige una mayoría calificada para la presentación de un proyecto de ley orgánica por denominación legislativa, la misma lógica demanda, so pena de contradicción, que sea el mismo que se requiera para su aprobación o sanción; en el mismo sentido, si no se exige mayoría calificada para la presentación de un proyecto de ley orgánica por denominación constitucional, por las mismas razones tampoco se exige para su aprobación.

Lo que aquí ocurre es que el magistrado, al partir de un supuesto distinto y no fundamentado con justificaciones válidas, referido a que se requiere mayoría calificada para la presentación del proyecto de ley que pretende modificar (y ya con prescindencia si la modificación fuere total o parcial) la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia concluye, con la misma lógica argumental que aquí hemos utilizado, en un resultado diferente debido a que parte de una subsunción con una premisa opuesta y, reitero, no justificada racionalmente, de suerte que podría decirse que, si bien la conclusión se obtiene adecuadamente de las

premisas que el magistrado acepta en su razonamiento, con lo cual no existe quiebra lógica dentro del mismo, sin embargo el resultado no es aceptable, toda vez que no aparecen debidamente justificadas las premisas que acepta como punto de partida para hacer la subsunción.

3.7. El fallo mantiene intactas las diferencias que el Constituyente declaró de modo explícito en el texto constitucional.

Pese a que no falta razón al reparar en que el fallo de la mayoría sentenciadora equipara las Leyes Orgánicas a las Leyes ordinarias desde la perspectiva de la sanción legislativa, parece necesario resaltar que resulta excesivo apelmazar ese reparo con la afirmación de que la Constitución ha sido burlada, porque para que existan diferencias entre unas y otras leyes no sólo, ni necesariamente, han de proyectarse desde la perspectiva de la sanción; y es que, además, en relación a la sanción de las Leyes Orgánicas existe un vacío (silencio) constitucional respecto al que ninguno de los Votos Salvados propone la elección de un mecanismo interpretativo alternativo para llenarlo (suplirlo).

Cuestión distinta es que se sostenga que ante el silencio de las disposiciones constitucionales sobre esta cuestión, el intérprete ha de proceder siguiendo criterios lingüísticos, sistémicos y funcionales que, por cierto, no aparecen ofrecidos en el fallo de la mayoría y, por tal deficiencia, se proceda con estos a ensayar la propuesta que habría de suplirla, y sólo exhibirá potencialidad sustitutoria que nos obligue a admitirla en lugar de la mayoritaria cuando, al igual que ocurre en las ciencias naturales, haga ostensible su mayor capacidad explicativa, su mayor poder informativo y su mayor y mejor virtualidad en términos de sus consecuencias, que goce, en definitiva, de mayor coherencia sistemática, lingüística y funcional que el criterio ofrecido por la mayoría; pero esta cuestión, como se desprende de la lectura de los Votos Salvados, no se hizo.

Si aceptamos que la razonabilidad de una decisión no se certifica ni *a priori* ni aisladamente sino dentro de un contexto y comparándola con otras, podremos formular dos afirmaciones: para comenzar, que no hay solución buena o

mala en sí, porque una solución *prima facie* mala se convierte en buena cuando el resto de las soluciones son todavía peores, y viceversa: una decisión *prima facie* buena se convierte en mala ante una alternativa mejor (Cfr. Igartua, 1999, p.31-32); para terminar, que la decisión de la mayoría es mejor que lo propuesto en los Votos Salvados y en los criterios disidentes de los que públicamente han opinado por los medios de comunicación, dado que tanto unos como otros no han sido capaces de defender soluciones alternativas más razonables a la sostenida por el criterio de la mayoría de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

De esta última, si bien pudiera discutirse en algunos de sus considerandos, como lo hemos hecho aquí, puede decirse que ni contradice el Ordenamiento jurídico constitucional, ni ostenta contradicción con los fallos anteriores que diseñan la doctrina de la Sala Constitucional, ni en definitiva, y por las razones que han quedado expuestas, produce consecuencias negativas para el diseño normativo de carácter orgánico ni para las distintas coexistencias posibles entre los distintos grupos políticos en el seno del pluralismo.

www.bdigital.ula.ve

3.8. Una consideración final.

En definitiva, como corolario de todo lo hasta aquí dicho, puede afirmarse que del perfil mostrado en las consideraciones de ambos Votos Salvados se observa ausencia del necesario rigor que siempre es esencial en las controversias jurídicas y, sobre todo, cuando se interpreta desde la máxima instancia jurisdiccional del país, de ahí que no en balde se ha demandado, desde distintas latitudes, que al Derecho se le inyecte, antes que relativismo, rigor, grandes dosis de rigor, lógico, técnico y argumental (Nieto y Fernández, 1998, p.175), pues cada problema es un reto con el que la realidad nos enfrenta y ese enfrentamiento empieza siempre desde cero, porque la solución nunca está escrita de antemano y hay que buscarla con esfuerzo, pesando y midiendo cada argumento y tratando de encontrar para los del contrario una réplica adecuada, porque de lo contrario ese

argumento, por solitario y no contrapesado, se impondrá sin más por poco satisfactorio que pueda ser o parecer (Nieto y Fernández, 1998, p.203).

“Quien tiene que resolver un determinado problema jurídico, incluso desde la posición de juez, no parte necesariamente de la idea de que el sistema jurídico ofrece una solución correcta –política y moralmente correcta- del mismo. Puede muy bien darse el caso de que el jurista –el juez- tenga que resolver una cuestión y argumentar a favor de una decisión que es la que él estima como correcta, aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que esa no es la solución a que lleva el Derecho positivo. El derecho de los Estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí que sea el mejor de los mundos jurídicos existentes)” (Atienza, 1997, p.252); ahora bien, también puede darse la situación inversa: puede ocurrir que el decisor tenga que resolver una cuestión y argumentar a favor de una decisión que es la que estima correcta conforme al Derecho positivo aunque, al mismo tiempo tenga conciencia de que esa no es la solución política y moralmente correcta del mismo. Pero como no es cuestión de examinar qué pasa por la mente de los magistrados cuando producen el fallo, cuestión propicia para las teorías *psicologistas* de la decisión, que, por cierto, nada añaden a la necesidad de justificación racional exigible del fallo.

De lo que se trata entonces es de reconocer que el significado de una disposición legal depende de las directivas utilizadas y de las valoraciones que las sostienen (Cfr. Igartua, 1994, p.91), y luego analizar si, y en que modo, la decisión cumple tanto las proyecciones de legalidad y justificación racional adecuada y suficiente como las de corrección política y moral, todo desde la perspectiva justificacionista y no desde las razones que *mueven* a decidir –resulta oportuno advertir aquí que no es lo mismo la ratio decidendi y la ratio iustificativa, pues una cosa es que el juez explane las razones que le mueven a decidir, y otra que se podan controlar de qué tipo son las razones que hay. Consideramos que al servicio de esto último está la motivación de la sentencia, puesto que la intimidad del juzgador (sus razones que le mueven a decidir) no importan a los efectos del control de la decisión-, porque en todo caso, estas

últimas aluden al fuero interno de los magistrados, que no interesa a los efectos justificativos del fallo. Pero también de tomar en consideración que la adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos no agota el funcionamiento del Derecho, primero, porque como ya lo hemos apuntado, existen limitaciones en la argumentación jurídica que no permiten agotar la discusión en el ámbito jurídico, salvo *ex autoritate*, y segundo, porque en este ámbito existe además la utilización de instrumentos burocráticos y coactivos, cuyo análisis escapa a los objetivos de estos comentarios.

En esta perspectiva, el criterio de la mayoría sentenciadora, al trasluz del contraste entre las posiciones interpretativas esgrimidas, del nivel de argumentación con que, desde distintos estrados, se le ha criticado, puede decirse que se perfila como la mejor de las soluciones que se han ofrecido, y, si bien puede afirmarse que es criticable o, quizá mejor, opinable³⁹ como casi todo en materia de decisiones interpretativas, más cuando hay que tener en cuenta que en el Estado constitucional o, para decirlo con las palabras que, propuestas por A. BREWER CARÍAS (Cfr. Rondón, 2000, p.44), quedaron incorporadas en el artículo 2 de nuestra Carta Magna, en el 'Estado democrático y social de Derecho y de justicia', "el Ordenamiento es plural y complejo, lo que hace inestables y opinables cualesquiera juicios dados desde el mismo" (Peña, 1997, p.101), también es cierto que aquella solución se impone con mayor fuerza argumental y con mayor justificación racional que el resto de las posturas aquí analizadas.

³⁹ Hemos insistido en que la atribución de significados a disposiciones jurídicas sólo puede aspirar a la argumentación y a la razonabilidad, consistencia, coherencia, no contradicción, etc., de ahí que, "a falta de demostración es inevitable que surjan opiniones contrarias que también pueden ser racionales", y "para evitar en lo posible el consecuente relativismo se acude a la aceptación de la comunidad que, por tratarse de una comunidad <<jurídica>>, ha de referirse sustancialmente a la corrección técnica (jurídica) y no a simples calidades políticas o de oportunidad. El buen jurista está seguro de sus fundamentos teóricos y de la precisión con que ha utilizado su técnica en el caso concreto. Para él no hay duda y la cuestión está ya resuelta sin necesidad de acudir a otras instancias. Pero ¿y los demás? Si los otros no se han dejado convencer, a efectos sociales de nada vale la convicción propia y por eso (hay que) acudir a la *communis opinio*, que ciertamente tampoco es garantía de nada —ni por su contenido ni por la difícil identificación de su existencia— pero que añade un indudable plus de objetividad (Nieto, A. en Nieto, y Fernández, 1998, p.156-157).

Entre las inevitables convicciones subyacentes en todo discurso, y supuesto que fuere menester hacer expresa alguna de ellas, merece resaltar aquella conforme a la cual la opinabilidad de un juicio no debe conducirnos a desacreditarlo por arbitrario o ideológico. Así, la interpretación como función jurídica tiene su propia racionalidad: un conjunto de condiciones y principios que actúan como una dinámica de control interna, como un componente de racionalidad que, en principio, tiende a impedir elaboraciones desaforadas y exige fuertes dosis de argumentación a aquellas que pudieran considerarse como innovadoras por su ruptura u originalidad (cfr. Peña, 1997, p.100), y por idénticas razones, exige la misma fortaleza cuando las pretensiones apuntan a ensayar, en los votos particulares, posturas alternativas a Sentencias del máximo intérprete de la Carta Magna.

En fin, en la selección del significado que le atribuye al artículo 203 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha cumplido su función de orientación al determinar qué comportamiento es acorde o contrario a las reglas constitucionales, y el órgano legislador (creador de leyes) está obligado a actuar de acuerdo a las disposiciones constitucionales interpretadas por la referida Sala, que, en la Sentencia que comentamos, dicha interpretación no conduce a resultados absurdos ni injustos, y nos ha aportado los elementos suficientes que permiten afirmar que, en principio y salvando las posibles alternativas legítimas que se pudieran esgrimir frente al fallo de la mayoría sentenciadora, se ha aplicado correctamente el derecho, que se ha decidido racionalmente en sede jurídica y, por último, que se ha respetado la legalidad establecida en nuestro Ordenamiento jurídico.

Por lo demás, huelga advertir que las interpretaciones polémicas parecen establecer una constante en coyunturas históricas de transformaciones en el aparato estatal y/o en contextos históricos en los que el Derecho demanda otro enfoque paradigmático respecto a los criterios interpretativos. De hecho, las decisiones más famosas del Tribunal Supremo norteamericano han sido tan importantes y de carácter tan controvertido y tan diferentes de lo que los tribunales ordinarios comúnmente hacen al decidir los casos que ninguna filosofía

del derecho o teoría del derecho sería podía evitar preguntar con qué concepción general de la naturaleza del derecho eran compatibles tales poderes judiciales (Hart, 2000, 329).

Así, Cuando entre la guerra civil y el New Deal, en el primer periodo del activismo del Tribunal Supremo Norteamericano, se declararon inconstitucionales, bajo la cláusula de debido proceso, leyes sociales y de bienestar económico de todo tipo, disposiciones legislativas que fijaban un máximo de horas para la jornada laboral, salarios mínimos, control de precios y muchas cosas más (Hart en Casanovas y Moreso, 2000, pp.330), se objetaba con razón por numerosos críticos, que la justicia de ese periodo se estaba aprovechando de mitos convencionales acerca del proceso judicial para imponer su personal doctrina económica y social de *laissez-faire* y erigir una Carta Magna para los grandes asuntos norteamericanos como si fuera una imparcial aplicación de determinadas provisiones jurídicas, de algún modo latentes en la expresión <<debido proceso>> y supuestamente por encima del nivel de la política o de los simples juicios políticos”, con criterios de razonabilidad vagos e indefinidos (Hart, en Casanovas y Moreso, 2000, pp.329-330).

Por estos derroteros, pudo observarse que los principios del liberalismo clásico (autonomía de la voluntad, libertad contractual, etc.) aceptados por el Tribunal Supremo Norteamericano hasta la década de los treinta, tomados literalmente eran contrarios a la adopción de medidas intervencionistas en el mercado en el contexto del New Deal, de modo que la interpretación *laissez-faire* de la cláusula de debido proceso de la Constitución norteamericana, erigiendo la libertad de contratar casi en un principio absoluto y dejando de lado en su nombre a bastante legislación progresista de bienestar social, fue estigmatizada como un ejemplo de los vicios del formalismo, y del uso excesivo de la lógica o de la <<máquina tragaperras>> o jurisprudencia mecánica, a lo que el realismo norteamericano se opuso con un discurso vehemente, como afirma H. L. HART:

Así, ellos denunciaban, agitando la bandera del pragmatismo, un estilo ciego de aplicación de acuerdo al cual las decisiones particulares en los casos particulares debían

su justificación jurídica exclusivamente a su relación con el significado predeterminado de normas jurídicas existentes; e instaban a los jueces a buscar formas progresistas de aplicación de acuerdo a las cuales las normas jurídicas fueran tratadas como presuposiciones modificables o hipótesis de trabajo, susceptibles de ser aceptadas o rechazadas si las consecuencias previsibles de sus aplicaciones en un contexto social cambiante prueban ser insatisfactorias (Hart, en Casanovas, y Moresco, 2000, p.335).

Entre nosotros, quizás la reflexión de ese contexto histórico y, a su vez, la respuesta del realismo norteamericano, puede ser de gran utilidad, pues no se trata ya de reivindicar el paradigma del Estado de Derecho de corte liberal, como parece ser el criterio implícito en los Votos Salvados y, en general, en el ámbito de los comentarios de conspicuos juristas, sino, más bien, de <<abrir las compuertas>> del pluralismo contingente y, con ello sustituir el formalismo por una atención vital, real, a la experiencia, a la vida, al Derecho del “mundo de la vida”, a su desarrollo, proceso, contexto y función, siendo éste descrito por J HABERMAS como el mundo que:

Constituye el horizonte de las situaciones de habla y a la vez la fuente de operaciones interpretativas en las que convergen las convicciones de fondo que lo sustentan, en cuyo contexto, y a los fines de la integración social, se produce la tensión explosiva entre facticidad y validez del Derecho, esto es, la fuerza vinculante de convicciones racionalmente motivadas (legitimidad) y la coerción ejercida por sanciones externas (positividad) del Derecho (Habermas, 2000, pp. 83, 87-88, 92-93).

No podemos terminar sin resaltar que es posible que todo el esfuerzo realizado acabe al final desembocando en algo que, quizás, sea insignificante: la decisión votada por la mayoría es la mejor. Sin embargo, justo es reparar que, en el camino para llegar hasta aquí, nadie nos ha ahorrado la tarea de solventar las dificultades presentadas por algunos de los puntos álgidos y más acalorados entre las opciones interpretativas que se esbozan en la decisión que comentamos, y también hay que reconocer que, muchas veces, el castellano, como solía decir V. FAIREN GUILLÉN, es una lengua no demasiado susceptible de ser administrada en pequeñas dosis (Fairen, 1990, p.57); de modo que, al final, suponemos que ha valido la pena todo este periplo.

Capítulo IV.

MANERA DE CONCLUSIÓN:

**FENOMENOLOGÍA PRÁCTICA DEL MODELO ESBOZADO EN CAPÍTULOS
ANTERIORES.**

www.bdigital.ula.ve

1.- Sobre las sentencias N° 460 del 08 de Abril de 2005 y la sentencia N° 2947 del 15 de Diciembre de 2004.

Una de las características principales del paradigma jurídico-político del Estado social y democrático de Derecho es la íntima relación que guardan la validez de las instituciones jurisdiccionales con las premisas democrático-liberales del pluralismo político y del relativismo epistemológico. En este contexto constitucional, los órganos que conforman el Estado -especialmente las instituciones cuyas funciones se materializan en la respuesta a las problemáticas críticas surgidas de oscuridades legislativas y jurisdiccionales- deben inscribir sus respuestas jurisdiccionales y administrativas en la atención de que muchos de los mandatos constitucionales, por su apertura y su continuo perfeccionamiento, permiten de por sí que se cierna una sombra jurídico-positiva sobre artículos que son aplicables a una variedad inmensa de hechos; y debe así también prestar atención a una doble pluralidad (de posibilidades de interpretación y complementación, y de posibilidades de aplicación en casos innumerables) que requiere, para no colocarse en un limbo jurídico y legislativo en el cual se extravíe el sentido y el significado del ordenamiento, de la construcción de al menos un mínimo de limitación de las fronteras jurídicas dogmáticas, de principios, de creación.

Esta función creadora evoluciona en un efecto positivo para la salud del ordenamiento jurídico y para la prevención del desgaste de los recursos institucionales creados a partir de la oscuridad y la amplitud desmedida que es resultado a su vez, de un proceso de legislación, que incluso y en esta oportunidad pertinentemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha declarado como: una normativa en la que *"el legislador no logró conciliar la norma excepcional con el propósito que guiaba la previsión de las fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena"*. Esta es una situación generalizada dentro del paradigma del Estado social y democrático de Derecho, una situación material en la cual puede inscribirse la presencia de dos miembros representativos de algunos órganos del

Estado cuya finalidad ulterior es la asistencia para encontrar claridad en la penumbra legislativa de los artículos 501 y 493 del Código Orgánico Procesal Penal.

En un extremo del triángulo institucional que se ha producido a partir de aquella presencia, se encuentra una representante de la Defensoría Pública Penal del Estado Zulia, quien interpuso un recurso de colisión entre los artículos 493 y 501 del COPP, alegando que *"se encuentran en colisión, por cuanto el segundo de ellos permite medidas de cumplimiento alternativos de penas, luego de transcurrido un mínimo cumplimiento de la pena originalmente impuesta, mientras que el primero establece una restricción para el acceso a esas medidas para el caso de los condenados por ciertos delitos"*. En el otro extremo del triángulo se encuentra la representación de la Asamblea Nacional (legislador), quien afirma: *"el conflicto no existe, pues basta aplicar una regla de especialidad, con lo que será de aplicación preferente aquella norma que se refiere de manera más concreta al aspecto debatido, que no es otro que el de las calificaciones como fórmulas alternativas para el cumplimiento de las penas por comisión de delitos"*. En el último extremo del triángulo institucional se encuentra la Sala Constitucional cuya decisión (sentencia 2947) declara la *inexistencia de colisión entre el artículo 493 y 501 del COPP, por contener supuestos de hechos distintos, lo que obliga a aplicar cada uno para su respectivo supuesto*

1.1.- La Evaluación epistemológica de los alegatos de la Defensora Pública Penal y de la Asamblea Nacional.

La argumentación de la Defensora Pública Segunda Vanderlilla Andrade, se fundamenta en la recusación de una situación contextual de sentido y extensión de los artículos 493 y 501 del COPP, aduciendo en su razonamiento a que *"se encuentran en colisión, por cuanto el segundo de ellos permite el cumplimiento alternativo de penas, luego de transcurrido un mínimo de cumplimiento de la pena originalmente impuesta, mientras que el primer establece una restricción para el acceso a esas medidas para el caso de los condenados por ciertos delitos"*. En este mismo sentido,

en un marco de instituciones jurisdiccionales que se encuentran apegadas a una pedagogía constante y siempre incompletamente ilustrada, en cuanto al cumplimiento de una ilustrada forma procesal de argumentación (y especialmente la argumentación que tiene relación a las sentencias y decisiones judiciales) cabe la inclusión en nuestro análisis de la validez de algunas de las razones de argumentación en favor de la colisión de los referidos artículos.

Uno de los parámetros de validez que se pueden aceptar, en este contexto de incompletitud ilustrada y de aprendizaje jurisdiccional constante, es la imposibilidad de los razonamientos judiciales de encontrar un esquema prefijado de aceptación de un conjunto también preestablecido de razones para ser utilizado y en paralelo lograr adjudicar las causas y consecuencias clasificatorias de las normas positivas en cuestión. La incapacidad de los magistrados de justicia se demuestra en la imposibilidad de prever qué norma utilizar en el momento de establecer que un reo pueda ser partícipe de los beneficios que el Código Orgánico Procesal Penal contiene, especialmente de los beneficios de cumplimiento alternativo de la pena. El artículo 501 puede verse como una norma general por parte del legislador, quien ha inscrito su espíritu en ella, el cual contempla: *"el Tribunal de ejecución podrá autorizar el trabajo fuera del establecimiento, a los penados que hayan cumplido, por lo menos una cuarta parte de la pena impuesta. El destino a establecimiento abierto podrá ser acordado por el tribunal de ejecución, cuando el penado hubiere cumplido, por lo menos, un tercio de la pena impuesta. La libertad condicional, podrá ser acordada por el tribunal de ejecución, cuando el penado haya cumplido, por lo menos, las dos terceras partes de la pena impuesta. Además para cada uno de los casos anteriormente señalados, deben concurrir las circunstancias siguientes: 1. Que el penado no tenga antecedentes por condenas anteriores a aquella por la que solicita el beneficio; 2. que no haya cometido algún delito o falta durante en tiempo de su reclusión; 3. que exista un pronóstico favorable sobre el comportamiento futuro del penado, expedido por un equipo multidisciplinario encabezado, preferentemente por un psiquiatra forense; 4. que haya sido revocada cualquier fórmula alternativa de*

cumplimiento de pena que le hubiere sido otorgada con anterioridad; y 5. que haya observado buena conducta".

De manera diferente y con respecto al mismo acontecimiento jurídico, el artículo 493 puede observarse como una norma específica que contempla: *"los condenados por los delitos de homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, hurto agravado, narcotráfico y hechos punibles contra el patrimonio público, excepto, en este último caso cuando el delito no exceda de tres años en su límite superior, sólo podrán optar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena, luego de haber estado privados de su libertad por un tiempo no inferior a la mitad de la pena que se le haya impuesto"*

De esta manera, y atendiendo a una lógica de debilidad del razonamiento expuesta a partir de una filosofía antiilustrada de un magistrado de justicia en los términos del reconocimiento del garantismo penal del siglo XXI, sería casi imposible para una decisión judicial de ejecución de la pena, o de ubicación de una fórmula alternativa de cumplimiento de una pena, distinguir entre aquellos casos que el artículo 493 del COPP ha suscrito expeditamente, y los beneficios generales contemplados en el art.501 del COPP, el cual establece una medida mínima, pero no la única ni la suprema medida (en términos de proporcionalidad de que todas las medidas se guíen por estos requerimientos mínimos) para fundamentar el razonamiento de los tribunales de ejecución.

Esta situación representa un reflejo del doble problema de un razonamiento positivo (en términos de la filosofía positivista del Derecho) de los magistrados de justicia en Venezuela: **por un lado**, se encuentra la indiferencia del proceso de decisión judicial a las informaciones que el hecho en sí puede proveer sobre sí mismo, lo que genera que las informaciones forenses utilizadas por el Juez son

informaciones que parten de la clasificación, por demás estrecha, de lo que las normas correspondientes prescriban, y en esa medida, toda la extensión y el sentido de las informaciones del hecho en sí quedan supeditadas a lo que exija la norma y no a lo que exija el cumplimiento de todos los reparos constitucionales y procesales de las instituciones de jurisdicción para con los derechos fundamentales, entendiendo que el paradigma del Estado social y democrático de Derecho, la obligatoriedad del respecto, la garantía y la materialización de los derechos fundamentales es parte integral de la construcción de una decisión, y en tanto esta es una prescripción de la Constitución, todos los procesos (más los judiciales) han de suscribir sus parámetros de decisión a un doble tributo a los derechos, un tributo interno institucional que permite la confrontación de los hechos y las informaciones con un grado técnico de normatividad (qué dice la norma con respecto al hecho) y un tributo externo jurisdiccional de los hechos y las informaciones con un grado suficiente jurídico-político-epistémico que permita que aquellos derechos que se tienen que materializar ahora sean desligados de la esencia personal de los individuos, con lo cual, la simple adscripción a las clasificaciones de una norma no son suficientes, aunque siempre, por su contenido prescriptivo si necesarios.

Como consecuencia de lo anterior deviene que *por otro lado*, ante la incapacidad de encontrar mecanismos que cumplan con el segundo requerimiento de los derechos fundamentales, por parte de los jueces de ejecución, el razonamiento se encuentra fundamentado sólo y exclusivamente en el apego a lo que dice la norma con respecto al hecho (y no lo que dice la norma con respecto al hecho y lo que dice el hecho con respecto a sí mismo proveniente de un proceso objetivo de investigación forense y organización lógica y coherente de sus premisas en el razonamiento de la decisión judicial), y en este sentido, es realmente colisionante el artículo 493 y 501 del código Orgánico Procesal Penal, debido a que, no teniendo los jueces de ejecución una herramienta interna del razonamiento que pueda explicar clara y argumentativamente el por qué de la aplicación de un artículo en algunos casos y la aplicación del otro artículo en casos distintos, existirían dos artículos supuestos

referidos a los mismos procesos y hechos (lo que es totalmente incoherente con el espíritu mostrado por el legislador y la coherencia propia del ordenamiento jurídico penal) y en tanto esto ocurra, habrá una violación al principio de igualdad en tanto que discriminación del artículo 493 a unos específicos delitos, y trascendencia de las garantías en todos los casos en que el juez aplique en su proceso de decisión las premisas expuestas en el artículo 501.

El escoger entre la aplicación del art.493 y el art.501 del COPP se convierte en un juicio de valor para el juez, cuando realmente debería ser un simple juicio valorativo. El juicio de valor corresponde a la arbitrariedad que puede producirse al inicio de un procedimiento, en el momento en que es necesaria la escogencia de un elemento del juicio procesal de ejecución de la pena; dicha arbitrariedad conviene en afirmar la capacidad del magistrado de justicia para inculcar parte de su voluntad en la cualificación y cuantificación de las normas a su sentido pleno y su extensión justa. Este juicio de valor sólo tiene acceso al procedimiento de forma legítima y justificada en cuanto sea un juicio destinado a la inclusión de los principios fundamentales en el razonamiento de decisión, con lo cual, se estaría en plena disposición de encontrar los elementos de garantías suficientes que, una vez demostrados que no lo son, puede determinar en tanto y en cuanto es culpable un imputado. Sin embargo, el recurso de colisión es representante de la incapacidad de los jueces de limitar sus juicios de valor sobre un requerimiento prescriptivo de la normatividad orgánica penal, en tanto que, atendiendo supuestamente al cumplimiento de los mandatos de la Ley que protege y garantiza los derechos del imputado, se prefiere que sea la norma 501 (la norma que establece generalmente menos tiempo de reclusión para ser partícipe de los beneficios de cumplimiento alternativo de la pena) la que prevalezca en todos los casos, puesto que es una norma que conviene en respetar los derechos de igualdad ante la Ley y en salvaguardar el debido proceso, en tanto que, proceso destinado a un número considerable de casos por atender.

Sin embargo, y al contrario de lo que se podría observar desde un punto de vista de la **estricta legalidad**, el juez estaría violando las garantías constitucionales que el ordenamiento debe hacer cumplir en la medida en que, estaría adjudicando de manera arbitraria y particular, una norma clasificatoria general a todos los hechos y causas llegados a sus despachos, y en esto no sólo estaría violentando el principio de igualdad ante la Ley que suscribe que son iguales ante la Ley, en tanto que, la Ley describa quienes son más iguales, en qué caso pueden ser considerados iguales, y en que consecuencias y bajo qué premisas las decisiones no afectarán su igualdad inicial y garantizada constitucionalmente. También estaría violentando el espíritu de las normas que tienen a su cargo y responsabilidad el fundamento de validez de aquel ordenamiento que prescribe sobre las situaciones de igualdad que anteriormente se describieron, y eso representaría una violación al espíritu de un ordenamiento positivo normado y escrito como el COPP.

Entonces razones suficientes tienen los representantes de la Asamblea Nacional cuando suscriben que *"el conflicto no existe, pues basta aplicar la regla de especialidad, con la que será de aplicación preferente aquella norma que se refiere de manera más concreta al aspecto debatido, que no es otro que el de las calificadas como fórmulas alternativas para el cumplimiento de las penas por comisión de delitos"*. Pero es un conflicto que si bien nace en la esencia del contenido de las normas 493 y 501 del COPP, no se desarrolla expresamente en ellas como se observa a partir del razonamiento anterior, sino que por el contrario, se desarrolla en el interior de los procesos de decisión y el en los procesos de construcción de las premisas del razonamiento mismo de justificación de la decisión, en la medida en que una arbitraria visión de la generalidad expone que dicha generalidad representa el cumplimiento el instrumento que lleva al respecto, la garantía y la materialización del principio de igualdad.

Gran carga de imputabilidad de la permisibilidad y la validez de este arbitrio se debe a las características de forma y de contenido de las normas legisladas y del

mismo proceso de legislación, que la final de cuentas jurídicas es parte del mismo patrón de tradiciones y presupuestos valorativos inscritos en el ordenamiento y la actuación jurisdiccional. Esta imputabilidad se debe a una omisión formal en el proceso de legislación que, atendiendo a las deficiencias ilustradas de las instituciones y los valores jurisdiccionales de los órganos de este poder público, afecta directamente el contenido de las normas 493 y 501 y su relación con entre sí, en cuanto al juicio valorativo que deben seguir los magistrados de justicia en el momento en que deben escoger, sin necesidad alguna de inscripción de elementos de su voluntad ética, entre la aplicación de un artículo específico de entre los diversos presentes, según el caso y el ordenamiento lo ameriten. Dicha omisión puede ser definida como la no inclusión en el artículo 501, de un simple "salvo los casos expuestos en las normas particulares (dese por descontado el artículo 493), cuya principal función es la capacidad de las instituciones de colocar mayor y mejor coacción a aquellos crímenes más peligrosos para la sociedad, es decir, aquellos crímenes que desemboquen en traumas insalvables para los procesos de reproducción y cohesión social", con lo cual quedaría claramente demostrada la voluntad del proceso legislativo institucional de que "la inclusión del artículo 493, con su particularidad clasificatoria, obedece a razones de política criminal, que aconsejan un trato particular para quienes sean apresados por la comisión de ciertos delitos.

Sin embargo, y cuestión contradictoria a los fines perseguidos por la figura del legislador y por la figura de la Defensora Pública, ambos procedimientos jurídicos cuya meta es el cumplimiento de los mandatos prescriptivos de igualdad ante la Ley, si bien con instrumentos técnicos distintos y distinguibles entre sí, desembocan en una misma consecuencia, la sustitución de las verdaderas razones y los instrumentos idóneos para la debida garantía, respeto y/o materialización de los derechos fundamentales, como se ha mostrado anteriormente; y lo que termina por apoyar la continuidad de una cultura y un conjunto de valores jurisdiccionales que terminan por agotar los recursos institucionales en debates siempre indeterminados e interminables, que generan a su vez contradicciones en las razones expuestas por los magistrados de

la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la medida en que estos, siendo partícipes de estos valores, dan por supuesto que alguna de las representaciones de los órganos legislativo y judicial, es poseedora de las razones suficientes para decidir en favor de una u otra representación, y desestimando en la misma medida las razones expuestas por la referida defensora pública.

1.2.- Sobre la revisión del razonamiento de las sentencias N°2947 y N°460 de la Sala Constitucional del TSJ.

Tomando en cuenta la referencia en torno a la revalorización de la voluntad clara del legislador, lo cual implica desde la filosofía jurídica positiva una referencia determinante que relega la capacidad de apertura de la norma a una interpretación (principalista o teleológica) por parte del magistrado de justicia, los magistrados de la Sala Constitucional determinan suscribirse a la dogmática positivista y asumiendo su suficiencia y su validez, escogen como validas a su vez las razones expuestas por el argumento de los representantes de la Asamblea Nacional, entendiendo que la expresión de su voluntad es condición suficiente para construir una sentencia en su favor. De lo que se desprende que desde el principio de su razonamiento los magistrados de la Sala "estimen que no existe en este caso [colisión de los artículos 493 y 501 del COPP] un conflicto normativo". Sin embargo, ante la necesidad de razonamiento y motivación de las sentencias de la Sala Constitucional, esta decide inherentemente demostrar argumentalmente que existen otras razones en las cuales se ha de fundamentar la validez de las sentencias, estas extensiones obedecen a dos razones de justificación: por un lado, la relación procesal de los artículos en cuanto a los supuestos de hechos de cada artículo de lo cual se desprende como consecuencia que, de haber supuestos de hechos suficientes y similares, más aún referentes a un mismo centro jurídico, la decisión sería positiva en dirección a la petición de la defensora pública; por otro lado, que el resultado de estos supuestos de hecho trasciendan la lógica teórica y se inscriban como colisión explícita y clara en la materialidad procesal de los tribunales de ejecución.

Con respecto al razonamiento cuyo centro es la búsqueda de una cualidad y un cantidad de los supuestos de hecho de la colisión material de los artículos 493 y 501 del COPP, los argumentos de la Sala expresan que: su decisión debe determinar, con base en los principios generales del Derecho, cuál es la norma que debe prevalecer, partiendo de la premisa de que no puede haber disposiciones que conduzcan a soluciones contradictorias entre sí. A partir de allí, lo que se ha dado como supuesto (voluntad del legislador) y como suficiente queda inscrito en una necesidad de aclaratoria y de justificación por parte de la Sala, en la medida en que, si la decisión hace referencia a la resolución de un conflicto de disposiciones contradictorias que han afectado los principios fundamentales, entonces, sería imprescindible demostrar cómo la refrenda de la voluntad del legislador se debe y de hecho se diluye en las disposiciones en conflicto, y en esa medida seguir colocando esta voluntad como condición suficiente para decidir en favor de una no colisión de los artículos.

Así, ateniéndose a esta suficiencia los magistrados de la Sala Constitucional observan que "las normas contenidas en el artículo 493 y 501 del COPP no están realmente en conflicto, pues no son idénticos sus supuestos de hecho", esto debido a que "uno está concebido con carácter general (sin distingo de delitos); el otro está preceptuado para el caso de ciertos delitos. Con ello la determinación de la norma aplicable es sencilla: se aplica la regla de especialidad, como alegó la Asamblea Nacional. Para cada supuesto se aplica su consecuencia". El problema de dejar este razonamiento ausente de un verdadero fundamento es la posibilidad que posee nuestra cultura y nuestros valores jurídicos de decisión y razonamiento para denotar un sentido a la norma más allá de un entendimiento positivo y explanado de esta, de esta manera, puesto que no existe un supuesto de hecho específico y claramente denotado en el artículo 501, y atendiendo a que la Ley debe satisfacer las necesidades del más débil en términos de debate sobre sus derechos fundamentales, entonces, los magistrados de los tribunales de ejecución admiten que el supuesto de hecho del artículo 501 es único y unívoco, y su sentido es de totalidad de los casos en apego a la

dogmática jurídica de una norma general para una generalidad de casos, y esa generalidad, en el sentido y significado extensivo de la interpretación del magistrado de justicia representa totalidad de casos.

De allí que los argumentos “bien” fundamentados en la existencia cualitativa y cuantitativa material de la colisión de los artículos 493 y 501, del razonamiento de la Sala, se convierten en un instrumento doblemente peligroso para los procesos de validación y contraste de las razones de justificación de la sentencia 2947. Si bien la Sala ha expuesto (junto con los representantes de la Asamblea Nacional) que para el disfrute de las fórmulas de cumplimiento alternativo de penas, debe aplicarse, en principio, el artículo 501 del COPP, salvo en los casos de los delitos enumerados en el artículo 493 del mismo código, tal argumento que posee una claridad intrínseca, se muestra oscuro en el momento en que deja fuera de sí mismo un complemento que ante los valores y la cultura de los magistrados de justicia de los tribunales de ejecución es imprescindible para adjudicar tal claridad y la vinculación que de ella deviene en el sentido y el significado que de ella se desprendan. Ese complemento es la adjudicación por parte de la Asamblea Nacional o por parte de la Sala Constitucional de un límite específico a los supuestos de hecho [aunque sigan siendo generales, pero generales no quiere decir totales o globales desde el punto de vista analítico], puesto que ha sido demostrado que el sentido en que se entiende la generalidad y esto es lo que ha causado los problemas de arbitrariedad y valoración.

El problema principal es que generalidad se ha entendido como totalidad y/o globalidad integradora) que trata la norma general 501; y en tanto que, esto no sea adjudicado (es decir, no sea previsto que la norma tiene un límite con respecto a la norma particular, aún cuando la dogmática lo deje como condición inherente) no habrán límites para la determinación de los verdaderos supuestos de hecho a los cuales y a cuyos casos hace referencia el suscrito artículo, con lo cual se prevé, como de hecho sucedió en la sentencia 406 del 08 de abril de 2005, que sigan los conflictos interartículos y por lo tanto, que los recursos de las instituciones se conviertan en

insuficientes para dar una respuesta satisfactoria y parcialmente definitiva, que si bien no cierre el caso, no sea colocada dicha sentencia como elementos que den pie a nuevos alegatos y conflictos.

2.- Sobre el contraste entre la sentencia N°2947 del 14 de diciembre de 2004 y la decisión N°460 del 08 de abril de 2005.

Uno de los deberes constitucionales de los organismos de jurisdicción es la resolución de los conflictos legales, de una manera favorable a los mandatos del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales y democráticos en el inscrito. Sin embargo, la decisión 2967 de la Sala Constitucional viola, igual que en otras oportunidades este mandato, puesto que en fecha 08 de abril de 2005, la misma Sala con los mismos magistrados sentenciaron que se *"suspende la aplicación del artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el presente caso"*. Esto demuestra la incompetencia política y administrativa (no jurídica, puesto que el ordenamiento entiende por competencia capacidad válida de tratar sobre) de la Sala Constitucional que unos cuatro meses antes había decidido de manera "razonada" la inexistencia de colisión entre los dos artículos, lo que muestra una debilidad esencial en el ser de la administración de justicia del país.

En esta oportunidad Luís Américo Pérez, Luís Islanda y Jessica Volweider, en su carácter de defensores públicos solicitaron la "desaplicación por parte de los tribunales de ejecución de los circuitos judiciales penales de la república, del artículo 493 del código orgánico procesal penal, con efecto *erga omnes* a todos los internos recluidos en los distintos centros penitenciarios del país" por considerar que, el sentido y el alcance del mencionado dispositivo legal "está dirigido a establecer limitaciones al ejercicio del derecho al acceso a las medidas alternativas de cumplimiento de la pena, para los penados (...) ,menoscaba los derechos constitucionales a la igualdad ante la Ley y a la no discriminación"

Atendiendo a los motivos de los defensores públicos, la Sala Constitucional observa que: "pareciera derivar una interpretación en la que subyace la imperfección de la norma cuestionada" sin duda alguna "esta situación ha dado lugar a disímiles interpretaciones, criterios y opiniones [elementos todos prestos a ser utilizados en y desde la voluntad del juez] de diversas índoles respecto de la norma en cuestión, que en muchos casos han resultado inexactas y desproporcionadas con la intención del legislador (...) generando a la Sala dificultades para resolver el presente recurso, atendiendo a otros derecho constitucionales de igual rango, el bien común y la paz social"

De esta manera la Sala Constitucional vuelve a dar por presupuesto el fundamento de un razonamiento jurídico que debe ser atendido imprescindiblemente para enmarcarse dentro de las garantías y mandatos constitucionales con respecto a los derechos fundamentales. Las demandas de los defensores públicos son las mismas que esgrimió la defensora Vanderlella Andrade Ballesteros , y sin embargo, en esta situación las consecuencias han sido totalmente distintas en la medida en que la supuesta claridad de la voluntad del legislador no se coloca como elemento suficiente para determinar si existe o no existe colisión de los artículos 493 y 501 del COPP. el contexto no ha variado en su esencia, contenido ni forma, aún sigue viéndose por la Sala Constitucional como un contexto de sumatoria que no ha trascendido el marco teórico del Derecho para convertirse en elemento predominantemente conflictivo de los procesos jurisdiccionales, y en tanto esto sea observado así, surge la interrogante de cuáles son los elementos de razón que otorgan validez a una decisión que prescribe "se aplique en forma estricta la disposición contenida en el artículo 501 del Código Orgánico Procesal Penal".

Las razones son simples aunque ocultas en la cara que no puede ser observada sin análisis profundo del ordenamiento jurídico de la Sala Constitucional respecto a la sentencia 460 del 08 de abril de 2005. Como acertamos en nuestro análisis anterior (de la sentencia 2947) los requerimientos de atención a los problemas

de extensión de los supuestos de hecho y de los casos tratados y contenido por las normas generales y las normas especiales en cuestión, no fueron expresamente deliberados y debatidos, y en este sentido, la decisión se muestra como parcialmente definitiva en los elementos periféricos del conflicto a resolver, no así en su neuralgia jurídico-política. Sin una resolución de adjudicación argumentativa de un límite a la generalidad de los casos presentados en el artículo 501, no existe posibilidad de prescribir de manera suficiente, menos definitiva, una prescripción a un magistrado de justicia de los tribunales de ejecución, un marco limitativo a sus valoraciones con respecto del entendimiento de la generalidad como globalidad o totalidad de casos, y en este sentido aquel primera sentencia carece de validez interna del razonamiento para exponerla como resolución parcial y suficiente del conflicto por colisión de los artículos 2947 y 501 del COPP.

Lo anterior no representa una caída de nuestros argumentos en el error de asumir a un elemento del proceso argumentativo como principal y vinculante cuando no o es, el elemento de la omisión de los límites al sentido y a los valores que tratan estos límites de sentido de la generalidad de ambas normas 493 y 501, se encuentra expresamente en la base de todos los posteriores razonamientos, se refrenda la voluntad del legislador, pero no de una manera que su autoridad sea expresamente mostrada como limitación al sentido del sentido de las normas en cuestión, la aplicación de una norma general está expuesta a la salvedad de normas particulares, es una característica de la normatividad de un ordenamiento jurídico positivo, de tal suerte que, la ilustración (inexistente en nuestros magistrados) jurídica de los jueces hace inherentes estos límites y estas autoridades con lo cual se otorgaría un sentido expresa y limitado (aún cuando provenga de la interpretación) de la generalidad de la norma 501 del COPP, y una correspondencia a las particularidades del artículo 493 en tanto que, particularidad que reconstituye los requerimientos de ciertos casos, cuyas condiciones a cumplir para lograr el acceso al beneficio del cumplimiento alternativo de la pena son distintos y distinguibles a los expuestos por la norma general. de allí que, esta omisión del verdadero centro neurálgico del problema, conlleva a una

disminución de los recursos institucionales para dar respuestas legítimas y parcialmente coherentes, y definitivas a la resolución de los problemas principales de la sociedad y del Estado.

- Sentido y la responsabilidad del legislador con las instituciones. Sentido en un todo estructural.
- Dialéctica del sentido: esencia del sentido, sustancia del sentido.
- Sentido como herramienta de completación de una imposible designación de un sentido único.
- Dos razonamientos con diferentes sentidos analíticos y con una validez de sus planteamientos en tanto, sentidos y responsabilidades del legislador y de los defensores públicos, el conflicto entre el interés de las instituciones y el interés de los funcionarios de las instituciones.

2.1.- Consideraciones jurídicas a las Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2947, de 14.12.2004 y N° 460, de fecha 08.04.2005. Caso: SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ART. 493 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL.

2.1.1.- DISPOSICIONES OBJETO DE CONTROVERSIAS.

Art. 493 del Código Orgánico Procesal Penal.

“Los condenados por los delitos de homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, hurto agravado, narcotráfico y hechos punibles contra el patrimonio público, excepto, en este último caso cuando el delito no exceda de tres años en su límite superior, sólo podrán optar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, *luego de haber estado*

privados de su libertad por un tiempo no inferior a la mitad de la pena que se le haya impuesto” (negrilla y cursiva nuestra).

Artículo 501 del Código Orgánico Procesal Penal:

“El tribunal de ejecución podrá autorizar el trabajo fuera del establecimiento, a los penados que hayan cumplido, por lo menos una cuarta parte de la pena impuesta.

El destino a establecimiento abierto podrá ser acordado por el tribunal de ejecución, cuando el penado hubiere cumplido, por lo menos, un tercio de la pena impuesta.

La libertad condicional, podrá ser acordada por el tribunal de ejecución, cuando el penado haya cumplido, por lo menos, las dos terceras partes de la pena impuesta.

Además, para cada uno de los casos anteriormente señalados, deben concurrir las circunstancias siguientes:

- 1.- Que el penado no tenga antecedentes por condenas anteriores a aquella por la que solicita el beneficio.
- 2.- Que no haya cometido algún delito o falta durante el tiempo de su reclusión.
- 3.- Que exista un pronóstico favorable sobre el comportamiento futuro del penado, expedido por un equipo multidisciplinario encabezado, preferentemente por un psiquiatra forense.
- 4.- Que no haya sido revocada cualquier fórmula alternativa de cumplimiento de pena que le hubiere sido otorgada con anterioridad; y
- 5.- Que haya observado buena conducta” (Negrilla y cursiva nuestras).

2.1.2.- ANALISIS DE LAS DISPOSICIONES ANTERIORMENTE TRANSCRITAS.

Como acertadamente indica la Sentencia N° **2947**, de 14.12.2004, la disposición del artículo 501 “constituye la regla general, mientras que la otra –el artículo 493- se configura como regulación especial para ciertos casos. De esta manera, no existiría colisión: las condiciones para conceder las medidas de “*trabajo fuera del establecimiento*”, “*destino a establecimiento abierto*” y “*libertad condicional*” son las contenidas en el artículo 501, pero si se trata de uno de los delitos enumerados taxativamente en el artículo 493, ***una de las condiciones –la del tiempo de cumplimiento de la condena- varía***” (negrilla y cursiva nuestras).

Ahora bien, lo que no parece coherente es que, luego de rubricar estas afirmaciones, se omita parte de las consecuencias lógicas que de allí se derivan, como aparece evidente de las consideraciones que más adelante esgrime el Magistrado ponente en el fallo en referencia.

En efecto, si argumentamos, como lo indica el Magistrado, que las dos disposiciones anteriormente transcritas regulan fórmulas alternativas de cumplimiento de penas, al tiempo que la del 501 constituye la regla general y la otra (493) se configura como regulación especial para los supuestos delictivos allí tipificados (es decir, que el artículo 493 del COPP es una regla especial respecto de la regla general contenida en el artículo 501 *ejusdem*), con esta argumentación va de suyo que la delimitación de la *extensión y alcance* de la especialidad referida es, ***en positivo***, la relativa a las variaciones que el artículo 493 introduce al artículo 501, y, ***en negativo***, la especialidad no alcanza aquellos requisitos (generales establecidos en la norma general del artículo 501) que permanecen inmodificados, toda vez que los matices y/o variaciones introducidos(as) por la norma de especialidad no van dirigidos a producir cambios o alteraciones en esos otros requisitos exigidos por la regla general, en los cuales –hay que insistir- no se introducen variaciones sino que permanecen intactos.

Con lo cual, para el disfrute de las fórmulas de cumplimiento alternativo de penas, debe aplicarse, como regla general, el artículo 501 del COPP, salvo en supuestos de los delitos enumerados en el artículo 493, en cuyo caso la aplicación del artículo 501 ha de realizarse con las modificaciones introducidas por el artículo 493 únicamente en lo atinente a la fijación del mínimo de pena cumplida. De esta manera, y ante un supuesto delictivo de los tipificados en el artículo 493, el artículo 501 consumará su aplicación en los rasgos *extensionales* que son predicables de (*exigibles a y aplicables en*) el caso que se esté resolviendo y, a su vez, el artículo 493 cubrirá los rasgos *intensionales* que son predicables de (*exigibles a y aplicables en*) el supuesto concreto referido.

Esta es una consecuencia lógica de acoger el criterio de la regla de la regla general y de la regla especial, máxime si tomamos en cuenta que lo accesorio sigue la suerte de lo principal en todo lo atinente a los rasgos comunes a lo general y a lo especial.

www.bdigital.ula.ve

Esto sentado, entonces no parece acertado que el Magistrado sostenga que,

“(...) el artículo 493 unifica los mínimos de cumplimiento de pena para su sustitución por otras medidas. Con ello vuelve a incurrirse en una anómala situación: la dificultad de diferenciar los supuestos de procedencia de cada una. De hecho, el artículo 501 apenas distingue las llamadas fórmulas de cumplimiento alternativo de penas a través del mínimo de condena ya cumplida, mientras que el resto de los requisitos –buena conducta, entre otros– es siempre idéntico. Con el artículo 493 las diferencias se pierden totalmente, con lo que la situación se complica para quienes deben aplicar esas normas” (negrilla y cursiva nuestras).

Y no parece acertado porque, para ser coherente con el razonamiento anteriormente esbozado (regla de carácter general y regla de carácter especial, lo

accesorio sigue la suerte de lo principal en todos rasgos comunes de uno y otro), es necesario notar que, en el ámbito de la especialidad (esto es, en los delitos indicados en el 493), sólo podrán optar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, aquellos que, en primer lugar, hayan sido **condenados, y, en segundo lugar, solamente** luego de haber estado privados de su libertad por un tiempo no inferior a la mitad de la pena que se le haya impuesto. De ahí que, en el ámbito de la especialidad del artículo 493, las tres fórmulas de cumplimiento alternativo de penas (“autorizar el trabajo fuera del establecimiento”, “el destino a establecimiento abierto” y “la libertad condicional”) no tienen supuestos de procedencia diferenciados mediante un mínimo de condena ya cumplida en el establecimiento penitenciario, toda vez que el artículo 493, como acertadamente sostiene Antonio García García (Magistrado Ponente) “unifica los mínimos de cumplimiento de pena para su sustitución por otras medidas”.

Ahora bien, esto no es óbice para la aplicación de la norma contenida en el artículo 493, ni a partir de allí puede afirmarse, como lo hace el Magistrado en referencia, “que la situación se complica para quienes deben aplicar esas normas”, pues la dificultad de diferenciar los supuestos de procedencia de cada una de las fórmulas de cumplimiento alternativo de penas a través del mínimo de condena ya cumplida no lleva de suyo la dificultad para aplicar la norma. En todo caso, hay que reparar respecto al tipo de dificultad que subyace en la diferenciación: si la dificultad proviene de que los criterios de diferenciación establecidos por el legislador son complejos; o si, antes bien, se trata de una dificultad que trae causa en un supuesto de ausencia de tipificación de criterios de diferenciación.

Al aplicar estos criterios al análisis del artículo 493 observamos que la dificultad de diferenciación a la que nos venimos refiriendo es subsumible en el segundo supuesto (ausencia de tipificación de supuestos de diferenciación y/o inexistencia de los mismos); con lo cual, no le es dado al operador jurídico hacer distinciones y/o diferenciaciones allí donde el legislador no lo ha hecho.

2.1.3.- LA OBJECCIÓN DE CONTRADICCIÓN ENTRE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 493 COPP Y EL ESPÍRITU QUE DIO LUGAR A ELLA.

La Sentencia N° 2947, de 14.12.2004 arguye que existe:

“evidente contradicción entre la norma contenida en el artículo 493 y el espíritu que dio lugar a ella: el extender el plazo para poder disfrutar de las fórmulas que el Código Orgánico Procesal Penal califica como de cumplimiento alternativo de penas. Si la razón de la regla diferenciadora es la necesidad de tratar de manera especial a los condenados por ciertos delitos, a fin de impedir su acceso a las referidas fórmulas antes de cierto tiempo, no puede comprenderse cómo una de esas fórmulas –la libertad condicional- se puede lograr antes: en lugar de los dos tercios de la pena sería la mitad (en una condena de cuatro años, lo normal sería a los tres, mientras que en los delitos supuestamente más graves sería a los dos)”(negrilla y cursiva nuestras).

Pese a que el argumento aquí esgrimido no es incoherente, se observa, no obstante, que no se ha procedido a ensayar hipótesis alternativas al único razonamiento esgrimido por el magistrado y, sobre todo, a reparar en los distintos mecanismos que se pueden utilizar para hacer efectiva una política legislativa, en este caso, las razones de política criminal dirigidas a la rehabilitación profiláctica de la criminalidad.

Es decir, no se ha reparado en, si existen, otras posibilidades para garantizar el objetivo perseguido por la ley, a las que, legítimamente, puede optar el parlamento en su labor de echar a andar el objetivo de política criminal, en este caso, consistente en *la necesidad de tratar de manera especial a los condenados por ciertos delitos, a fin de impedir su acceso a las referidas fórmulas antes de cierto tiempo*. Tampoco se ha procedido a analizar si la norma objetada, por supuesto incumplimiento del espíritu

que dio lugar a ella, es el medio más benigno para conseguir los objetivos propuestos.

Como estas operaciones consistentes en sopesar las distintas posibilidades para realizar un objetivo y elegir el más benigno es un proceso muy cercano a la oportunidad legislativa, el juzgador ha de delimitar adecuadamente su tarea, a fin de ser extremadamente cauto en su realización y, con ello, evitar intromisiones en la labor que es propia y exclusiva del parlamento¹; así, cuando el intérprete ha de buscar el espíritu que da lugar a las normas, debe proceder admitiendo como presupuesto una presunción a favor del legislador racional o, quizás mejor, como dice V. Ferreres Comella, de una presunción de constitucionalidad de la ley², por la directa legitimidad democrática del parlamento³, toda vez que, si el margen que se le deja al Tribunal Supremo para realizar estas operaciones no se utiliza de manera restrictiva, puede ahogar la capacidad de hacer leyes del legislador: “El legislador puede estar seguro de que su norma es legítima desde el punto de vista constitucional respecto a la finalidad que pretendía, pero no puede tener la seguridad de que exista esa misma proporcionalidad respecto a cualquier finalidad que el Tribunal <<descubra>> en su norma”⁴.

Desde este punto de mira, conviene recordar que, de cara al juicio de adecuación de la disposición legislativa a los propósitos y razones que dan lugar a

¹ Giménez Glück, David.- *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pág., 99,4º.

² Ferreres Comella, V.- *Justicia Constitucional y democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág., 141 y sigs., y 160 y sigs.

³ Es doctrina constitucional generalmente aceptada que las leyes gozan de presunción de constitucionalidad, y sólo en caso de que la norma sea frontalmente contraria a la Constitución el Tribunal Supremo se verá obligado a declarar su nulidad (Cfr., Giménez Glück, D.- *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pág., 140; y Llorente, R.- *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 1997).

⁴ Giménez Glück, D.- *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pág., 112.

ella, ha de hacerse tomando en cuenta el caso normal, es decir el que se da en la generalidad de los supuestos y no, como parece pretender el Magistrado-ponente, tomando únicamente en consideración la excepción a la regla. Y es que la generalidad de las normas y, con ello, su distanciaci3n en relaci3n a los casos particulares y concretos, es una garant3a de la seguridad jur3dica y de la igualdad ante la ley, de ah3 que el referido juicio de adecuaci3n ha de hacerse teniendo en cuenta tanto los criterios legales establecidos para la generalizaci3n⁵ y no los casos particulares⁶, como tambi3n, y sobre todo, que la racionalidad de una clasificaci3n legislativa es algo que el Tribunal Supremo no puede exigir en su totalidad; si el Tribunal exigiera a las leyes una perfecta racionalidad el legislador tendr3a dificultades insalvables para realizar clasificaciones legislativas⁷.

Y no se ha reparado en esos mecanismos y/o posibilidades porque, de haberlo hecho, el Magistrado ha debido, con un an3lisis riguroso que anteceda a sus categor3icas afirmaciones, determinar que, a la luz del razonamiento l3gico, de los datos emp3ricos no controvertidos y de las sanciones legislativas que el parlamento ha estimado necesarias para alcanzar los fines de pol3tica legislativa en cuesti3n, resultaba evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecuci3n igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Hay que advertir, una vez m3s, que el juicio que procede en esta sede debe ser muy cauteloso: Se limita a verificar que la norma penal no produzca "un patente derroche in3til de coacci3n que convierte la norma en arbitraria y que socava los

⁵ La ley, por su propia esencia ontol3gica, generaliza y no se le puede exigir que *todos* los supuestos de una categor3a que establezca sean totalmente diferentes de los supuestos de la otra categor3a respecto del cual traza la distinci3n (un planteamiento similar para el juicio de igualdad en la ley puede verse en Gim3nez Gl3ck, David.- Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional, Bosch, Barcelona, 2004, p3g., 137).

⁶ Adaptado del F. J. 7º de la STC 70/1991, de 8 de abril. He tomado la Sentencia de Gim3nez Gl3ck, David.- Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional, Bosch, Barcelona, 2004, p3g., 133

⁷ Cfr., Tussman, J., y Tenbroek, J.- *The Equal Protection of the Laws*, en *California Law Review*, n3m. 37, California, 1949, p3gs., 341-353. He tomado la cita de Gim3nez Gl3ck, David.- Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional, Bosch, Barcelona, 2004, p3g., 137.

principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho".

De ahí que, desde esta perspectiva, la "evidente contradicción", indicada en el fallo, podría no ser tal, por venir sustentada en función de que, en los delitos más graves (enumerados en el artículo 493), los cuales deben tener, por su misma gravedad, baremos de pena mucho mayor que los que correspondan al resto de los delitos configurados en nuestra legislación, el parlamento prefirió el método de la media aritmética, por cuyo través en cada uno de los delitos descritos en el 493 el resultado medio de la pena será siempre una pena mayor a la media resultante del resto de delitos no incluidos en el 493 y objeto de regulación por el artículo 501.

De modo que, visto así y al trasluz de las consideraciones genéricas del Magistrado-ponente, es muy difícil afirmar que el medio utilizado por el legislador es objetivamente inadecuado para conseguir su finalidad, sobre todo si reparamos en que, como señala J. C. Gavara de Cara, la adecuación de una medida legislativa a su finalidad no se ha de realizar necesariamente a través de una única posibilidad, sino que permite al legislador elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos⁸.

⁸ Cualquiera sea el núcleo de posibilidades a las que el legislador pueda acceder, resulta, no obstante, de recibo afirmar que "es muy difícil que una ley escoja un rasgo que cree dos grupos perfectos de situaciones desiguales respecto al fundamento de la norma. En casi todas las categorizaciones normativas hay miembros del grupo peor tratado en situación similar respecto a la razón de ser de la norma que los miembros del grupo beneficiado o viceversa" (Giménez Glück, David.- Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional, Bosch, Barcelona, 2004, pág., 137) o, mejor, tratado de manera diferente: en nuestro caso, menor exigencia de tiempo transcurrido de cumplimiento de pena para optar a la remisión y/o conversión de la misma en una cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena. La dificultad de que una ley encuentre rasgos para delimitar dos grupos perfectamente diferenciados y configurarlos así respecto al fundamento y tratamiento legislativo que se les otorga deviene clara, además, del hecho de que en las sociedades modernas todas las situaciones jurídicas son iguales en unos aspectos y diferentes en otros. En efecto, tal como lo ha resaltado R. Alexy, "nunca dos personas o dos situaciones vitales personales son iguales en todos los aspectos. La igualdad, al igual que la desigualdad, de individuos y situaciones personales es siempre igualdad y desigualdad con respecto a determinadas propiedades. Juicios de igualdad que constatan la igualdad con respecto a determinadas propiedades, son juicios sobre relaciones triádicas: *a* es igual a *b* con respecto a la propiedad *P* (propiedades *P1*, *P2*, ..., *Pn*). Este tipo de juicios son juicios sobre igualdad *parcial*, es decir, una igualdad *fáctica* referida sólo a algunas y no a todas las propiedades del

Para decirlo en términos del Tribunal Constitucional Federal alemán podemos afirmar que, en este ámbito, “el legislador dispone de una muy amplia libertad de configuración”⁹, por lo que no es asunto del Tribunal Supremo examinar si el legislador ha dictado la regulación más justa y funcional, sino simplemente si se han respetado los límites extremos trazados por el concepto de arbitrariedad; así, resulta de toda evidencia que si se partiera, por el Tribunal Supremo de Justicia, de la hipótesis dirigida a buscar la solución más justa y funcional el legislador quedaría privado de toda libertad de configuración, toda vez que, como no existe un conocimiento seguro de la norma respectivamente más justa y funcional su tarea se reduciría a dictar aquello que el Tribunal Supremo considerase que es lo más justo y funcional. Esto implicaría “un desplazamiento de competencias en contra del sistema constitucional a favor de la jurisprudencia judicial y en contra del Poder legislativo”, pues como ha resaltado M. Aragón Reyes, el Tribunal Constitucional (en nuestro caso, el Tribunal Supremo de Justicia) no debe tomar el sitio que la Constitución asigna al legislador democrático, como único poder capaz de realizar normativamente la Constitución, de “completar mediante normas jurídicas las partes que el constituyente dejó inacabadas”¹⁰, para concluir indicando que dicho Tribunal “tan sólo debe anular sus producciones cuando resulten plenamente contradictorias con la norma constitucional, respetando en los demás casos el amplio margen de libertad que la Constitución le otorga”¹¹, pues de lo contrario el legislador “estaría condenado sólo a declarar, bajo vigilancia de la jurisdicción, aquello que ya habría sido decidido

par de comparación” (Alexy, R.- *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad., de E. Garzón Valdés, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs., 386-387).

⁹ Alexy, R.- *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad., de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, primera reimpresión, Madrid, 1997, pág., 393 y 394; también la 399, 1º y 401, 1º.

¹⁰ Aragón Reyes, M.- *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, pág., 119. He tomado la cita de Bernal Pulido, C.- *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, primera reimpresión, Bogotá, 2005, pág., 44.

¹¹ Aragón Reyes, M.- *La aplicación judicial de la Constitución*, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pág., 119.

por la Constitución”¹²; con lo cual, “cuando de la Constitución no se deduce con claridad la regla, vale siempre la del legislador”¹³.

Todo esto sin perjuicio de admitir, por una parte, que el Tribunal Supremo detente determinadas competencias para fijar límites a la competencia del legislador¹⁴, y por otra, que “las determinaciones legislativas no vienen predeterminadas por la Constitución”¹⁵; son el producto de un debate político que cabalga al ritmo de los intereses y las concepciones de la sociedad, encarnadas en los argumentos de los representantes ciudadanos que se exponen en la deliberación parlamentaria”¹⁶, de allí que la eliminación de la libertad de configuración política del legislador “sería incompatible a todas luces con los principios del parlamentarismo democrático y de división de poderes. Estos principios exigen que el legislador legitimado democráticamente tenga una importante participación autónoma en la configuración del ordenamiento jurídico, desde los puntos de vista cuantitativo y cualitativo”¹⁷.

www.bdigital.ula.ve

¹² Alexy, R.- *Epilogo A La Teoría De Los Derechos Fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, págs., 21-22.

¹³ Aragón Reyes, M.- *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, pág., 124.

¹⁴ Que la labor del legislador goce de una presunción de constitucionalidad no implica que la labor de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Supremo sea nula, pues este es el garante y guardián del cumplimiento de la constitución (Cfr., García de Enterría, E.- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, reimpresión de 1994, Civitas, Madrid, 1994, págs., 175 y sigs.

¹⁵ Y es que, “lo que las normas de una Constitución no ordenan ni prohíben se enmarca dentro del margen de acción estructural del legislador. (...). No necesita ninguna fundamentación afirmar que el legislador es libre para actuar cuando la Constitución no lo ha obligado a nada”, puesto que “lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del Legislador es tan solo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible” (Alexy, R.- *Epilogo A La Teoría De Los Derechos Fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, págs., 29-30 y 32.

¹⁶ Bernal Pulido, C.- *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, primera reimpresión, Bogotá, 2005, pág., 43.

¹⁷ Alexy, R.- *Epilogo A La Teoría De Los Derechos Fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pág., 22.

El análisis que venimos realizando queda reforzado, además, si se repara en que la razón diferenciadora viene establecida aquí, no por el carácter cuantitativo de la condena sino, por la diferenciación cualitativa del delito y sus características constitutivas, que son las que, en definitiva, llevan al establecimiento de una condena diferenciada cuantitativamente: en la generalidad de los casos, si es que lo que hemos dicho resulta correspondido con la cuantía de las penas establecidas en la legislación penal venezolana para uno y otro tipo de delitos (los comprendidos en el 501, por un lado, y los tipificados en el 493, por el otro), la media aritmética de los baremos de pena será mayor para los delitos más graves (artículo 493) que la correspondiente a los delitos menos graves del artículo 501, de suerte que, en la generalidad de los casos resultarán cumplidos los objetivos de política criminal que el parlamento ha pretendido salvaguardar a *fin de impedir que los condenados por ciertos delitos graves accedan a las fórmulas de cumplimiento alternativo de penas antes de cierto tiempo.*

Además, lo anterior no sólo queda rubricado por el hecho de que las dos terceras partes de la pena impuesta por un delito de los incluidos en el artículo 501 pueda resultar (siempre, o en la generalidad de los casos) cuantitativamente menor a la mitad de la pena que se haya impuesto por uno de los delitos incluidos en el artículo 493, sino también por el hecho de que el legislador ha partido de suficientes reglas diferenciadoras a fin de que los delitos del 493 estén sometidos a reglas especiales agravadas en el tiempo de pena que se ha de cumplir previo al acceso a las formulas alternativas de cumplimiento de pena: para el artículo 493, y de cara a dicho acceso, se ha tomado como base un *minimum* alto, en tanto que para los supuestos del artículo 501 se ha tomado como base un *minimum* más bajo; con lo cual, puede afirmarse que hay exigencias mayores respecto de la cuantía de la pena a los fines de acceder, en el contexto del artículo 493, a las formulas alternativas del cumplimiento de pena.

Puede suceder, sin embargo, que una persona cumpla una condena de cuatro años por un delito de menor gravedad y otra persona cumpla la misma condena de cuatro años por el delito de mayor gravedad establecido en el 493; en este caso, la media aritmética hace que el de mayor gravedad pueda gozar del beneficio antes que el de menor gravedad, cuestión esta que parece inevitable aunque excepcional. Cuando esta situación se presente, corresponde a los afectados, posiblemente mediante la invocación del derecho a la *igualdad en la aplicación de la ley*, procurar las correcciones que sean procedentes.

Por las razones antes expuestas, puede afirmarse que los argumentos esgrimidos por el Magistrado ponente, tal como ha quedado dicha más arriba, si bien no resultan incoherentes, no puede concluirse en la “evidente contradicción” que apunta en sus afirmaciones: y ello, en primer lugar, porque la *razón de ser* (fundamento) de la clasificación legislativa (493 y 501), en tanto que singularización y diferenciación normativa, responde a un fin constitucionalmente válido para la diferenciación misma: que a la vista de la rehabilitación profiláctica de la criminalidad, el resultado cuantitativo (no porcentual) de la media aritmética de la pena de los distintos delitos establecidos en la legislación penal venezolana, para el acceso a las formulas alternativas de cumplimiento de pena, sea más exigente, por requerir mayor tiempo de cumplimiento de condena en prisión, para los delitos más graves que para los delitos menos graves. Va de suyo que, constitucionalmente, es tolerable que los delitos más graves estén sometidos a exigencias <<reforzadas>> para acceder a las fórmulas alternativas al cumplimiento de la pena.

Con lo cual, la clasificación legislativa es racional, dado que se trata de dos grupos de delitos (los del 493 y los del 501) realmente diferentes respecto a la finalidad de la norma: consumación de determinada cuantía de la pena para poder acceder a las formulas alternativas de cumplimiento de la misma.

En segundo lugar, porque existe coherencia entre las medidas adoptadas por el legislador y el fin perseguido: la delimitación concreta de los grupos o categorías de delito diferenciadas por el legislador (delitos más graves –descritos en el art., 493-, y delitos menos graves –indicados en el art., 501-) se articula en términos adecuados a la finalidad perseguida o, lo que es igual, guarda coherencia con dicha finalidad, esto es, procurar que, respecto a la media aritmética de penas relativas a los delitos de uno y otro grupo, el acceso a las fórmulas alternativas al cumplimiento de la pena resulte agravado cuantitativamente –aunque no necesariamente de modo porcentual- para los tipos de delitos más graves –*ex art., 493-*). *La congruencia consiste aquí en la adecuación del medio a los fines perseguidos, esto es, consiste, en que exista una conexión efectiva entre el trato desigual que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica, y la finalidad que persigue*¹⁸.

Por tanto, lo que puede resultar incongruente es lo afirmado por el Magistrado ponente, dado que una afirmación tan radical (“evidente contradicción”) sería sólo recomendable si fuera inevitable; sin embargo no lo es, pues como ya asomamos al principio de este epígrafe, el Magistrado no ensayó la inadecuación del medio legislativo a los fines perseguidos y, por la misma razón, no reparó ni en la falta de conexión efectiva entre el trato diferenciado de los delitos más graves y los menos graves, ni en la ausencia del supuesto de hecho justificante de la diferenciación y, menos, en la ausencia de finalidad en el tratamiento legislativo diferenciado y en la razón de ser de la clasificación legislativa.

2.1.4.- EL CARÁCTER DE LA REGLA GENERAL Y DE LA REGLA ESPECIAL. *Una aclaratoria necesaria y el contenido constitucionalmente admisible de la regla de especialidad.*

En el fallo que venimos comentando se vierten algunas consideraciones respecto al contenido del artículo 493, como regla de especialidad respecto al artículo

¹⁸ Morillo, Joaquín.- *La cláusula general de igualdad*, en López Guerra, Luis (Coord.), *Derecho Constitucional*, Vol., I, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág., 167. he tomado la cita de Giménez Glück, David.- *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pág., 115.

501, que no son acertadas y, sea como fuere, se confunde el carácter de la especialidad con el carácter de norma excepcional, lo cual tampoco resulta acertado. Observemos lo que dice el fallo:

“Asimismo, observa la Sala que la especialidad del artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal, respecto del 501, es mas teórica que real. La lectura de esa primera norma permite verificar que el número de delitos que entran en la regla especial es enorme: no sólo se trata de un número considerable de los delitos tipificados en el Código Penal, sino que se trata de los más usuales. Si bien el Código Penal –y leyes especiales- establecen muchos otros delitos, la realidad demuestra que son los del artículo 493 los frecuentes, quedando el resto más para la anécdota estadística. Con ello, parece que una vez más el legislador no logró conciliar la norma excepcional con el propósito que guiaba la previsión de fórmulas alternativas de cumplimiento de pena”.

www.bdigital.ula.ve

Observemos que la cualidad de especialidad se define aquí como determinada por el número de delitos que entran en la regla especial, toda vez que si, como indica el fallo, el número es enorme la especialidad es más teórica que real, con lo cual, para que sea especial ha de tratarse de una norma excepcional. Ello no obstante, aunque en un buen número de supuestos pudieran coincidir, la regla de la especialidad no se refiere a, ni incluye necesariamente, lo excepcional: la especialidad se refiere a una regla cualitativa y a las condiciones o características constitutivas de un supuesto, que no necesariamente ha de asumir rasgos estadísticos y/o de repetición en un sentido u otro: el carácter de especialidad de una norma no se define, ni por la mayor (o menor) cantidad de casos que quedan comprendidos en su supuesto de hecho, ni por reiterada frecuencia, o no, con que los mismos se presentan en la realidad. De ahí la equivocación del fallo en este punto.

Cabe realizar otra objeción a lo dicho por el Magistrado ponente en la última parte del párrafo anteriormente transcrito, en el sentido de que admitida la necesidad e importancia de diferenciar, por razones de política criminal, unos delitos de menor gravedad de otros más graves, con el objeto de tratar de manera especial a los condenados por ciertos delitos más graves, de modo que se impida el acceso a las formulas alternativas de cumplimiento de la pena antes de cierto tiempo, no le es dable al Tribunal Supremo de Justicia, más que de *LEGE FERENDA*, echar a andar razonamientos que reparen en la proporción que el legislador consigue sus propósitos al prever fórmulas alternativas de cumplimiento de pena.

De ahí que no se sostiene el aserto del Magistrado cuando repara en que, según su parecer, *“una vez más el legislador no logró conciliar la norma excepcional con el propósito que guiaba la previsión de fórmulas alternativas de cumplimiento de pena”*.

En efecto, si esta aseveración se dirige a considerar que existe ausencia absoluta de correspondencia entre el propósito legislativo y la regulación normativa, ha debido echar a andar los razonamientos conducentes a sostener esta postura para luego, en la función de legislador negativo que le corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, expulsar dicha norma del ordenamiento; y, en otro supuesto, si la referida aseveración se dirige, como hemos dicho más arriba, a introducir reparos en la falta de una plena correspondencia entre el propósito legislativo y la regulación normativa, no ha debido hacer afirmaciones tan categóricas sino, antes bien, dejar indicaciones para mejorar la regulación, al tiempo que debió aclarar expresamente que se trataba de consideraciones de *lege ferenda*, no de *ratio decidendi*.

No hay que olvidar, por ser aquí pertinentes, las reservas ante los intentos del llamado uso alternativo del derecho. Dicho intento consistía en derivar directamente de los principios constitucionales reglas aplicables en sede jurisdiccional como alternativa, precisamente, a las establecidas por el legislador. A las reglas legislativas

se les privaba del valor que debería garantizar su inserción en el círculo interpretativo junto a los principios que cualificaban los casos, de tal suerte que se llegaba a una categorización de sentido y de valor del caso a la luz de la Constitución y en la deducción de la regla a partir de sus principios, como si éstos constituyesen un sistema cerrado sin espacios para el legislador.

Pues bien, en un riesgo de uso alternativo del derecho incurre el Tribunal Supremo de Justicia cuando pretende decidir cuestiones de constitucionalidad sin limitarse a eliminar la ley inconstitucional y a diferir al legislador la aprobación de una nueva regla. Cuando el Tribunal establece la regla que extrae directamente de la Constitución y la indica sin ninguna alternativa, termina dando una interpretación cerrada del marco constitucional, debilitando los derechos del legislador y el carácter político de su función y reduciendo sus leyes a tímidas propuestas legislativas; esto también lo consigue el Tribunal Supremo con las motivaciones de las sentencias constitucionales que constriñen y limitan excesivamente la pluralidad de elecciones legislativas futuras y en relación con los mandatos dirigidos al legislador que a veces establecen los jueces constitucionales, dado que coartan el derecho del legislador a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico.

Lo anterior porque, como lo señala el Tribunal Constitucional Español en un fallo que, pese a estar referido al derecho a la igualdad, es extrapolable a lo que aquí consideramos, **“una vez admitida la necesidad en Derecho de un régimen jurídico específico”, no puede el Tribunal Constitucional (y, en nuestro caso, el Tribunal Supremo de Justicia) entrar a “valorar si el contenido preceptivo de que se trata es o no el mejor o menos perjudicial”.**

Y es que no corresponde al Tribunal Supremo de Justicia las repercusiones, mejores o peores, que de la regulación legislativa se tengan que derivar, ni mucho menos averiguar la manera cómo se debe lograr, en mayor proporción e intensidad, la aplicación de las fórmulas alternativas al cumplimiento de las penas, pues todo ello es

una cuestión de legalidad ordinaria que queda fuera de la jurisdicción de este Tribunal (en sentido similar, Cfr., STC 81/1982, F. J. 5°).

Esto tiene su razón de ser en que es al parlamento, en virtud del mandato democrático que ha recibido, a quien pertenece (en razón de su potestad propia – política legislativa-) determinar cuál es la política legislativa relevante y, por tanto, justificada, para regular las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena; y al juez *sólo* le corresponde ponderar si la definición o calificación que haga el legislador de las relaciones delictivas y su tratamiento legislativo de cara a las fórmulas alternativas de cumplimiento de condena vacían o no de contenido el(los) derecho(s) en juego dentro de la situación enjuiciada.

Por estos derroteros, una vez que ha determinado, por un lado, que el criterio utilizado por el legislador tiene suficiente base, y por otro, que no se trata de una regulación intolerable por el ordenamiento jurídico constitucional, mal puede el juzgador pretender controlar al legislador respecto a si este ha encontrado o no la solución más adecuada al fin buscado, o la más razonable o la más justa, ya que de hacerlo invade competencias que no le corresponden sino al legislador, y de manera exclusiva y excluyente.

A mayor abundamiento respecto a esta cuestión, y para complementar la perspectiva del juzgador con el contenido a lo que, en este caso, va referido el reparo del Magistrado ponente, esto es, a la ley y a la adecuación de esta con su finalidad y propósito, hay que resaltar, con la mejor doctrina española, que *las leyes no están sometidas a finalidades constitucionales específicas y tasadas, sino que, siempre que no traspasen los límites de los derechos y demás exigencias establecidos en la Constitución, pueden proponer libremente distintas interpretaciones a propósito del interés general, que, en un sistema de democracia pluralista, no es más que el punto de vista específico de la variable mayoría (parlamentaria) sobre el contenido de tal interés. Dicho en dos palabras, las leyes no son <<ejecución>> de la*

***Constitución en similar sentido a como los reglamentos son ejecución de las leyes, de modo que el legislador es libre de perseguir cualesquiera finalidades, siempre que sean lícitas en el marco constitucional*¹⁹.**

Conforme a lo anterior, parece de recibo señalar que, por mucho que la transformación del Estado de derecho decimonónico en el Estado constitucional del siglo XX lleve a preguntarnos qué queda de la Ley, y ya sea que la legislación de hoy día configure una función de simple actuación de los derechos y de la justicia, totalmente vinculada a posprincipios de la Constitución, ya sea que, en fin, quede a la legislación, al menos en parte, algo de su originaria libertad para determinar los contenidos de la Ley, todavía puede afirmarse que el Legislador conserva parte de su originaria autonomía y, por tanto, el control de la jurisdicción sobre el legislador discurre dentro de límites compatibles con tal autonomía. Además, como es sabido, es estricto deber del intérprete, antes de acudir a dicha interpretación, intentar la vía para que la norma jurídica tenga sentido. Hay, como resaltaba F. Messineo desde antiguo, un derecho a la existencia que no puede ser negado a la norma en manera alguna, desde que ha sido promulgada.

En definitiva, la Constitución, como resalta el jurista italiano G. Zagrebelsky, es un contexto abierto de elementos, cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Sólo así es posible que la existencia de una Constitución que contiene principios sustantivos no contradiga el pluralismo, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Pensar lo contrario no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye también un riesgo <<holístico>> de asfixia política por saturación jurídica. La Constitución se situaría contra la democracia.

¹⁹ Ruiz Miguel, A.- *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm., 19, Alicante, 1996, pág., 50.

2.1.5.- LA SENTENCIA N° 460, de fecha 08.04.2005. LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 493 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL.

La Sentencia N° 2947, de 14.12.2004, a la que nos hemos referido anteriormente,, es el contexto y la base desde la que, en buena parte, surge argumentalmente la Sentencia N° 460, de fecha 08.04.2005, que seguidamente analizaremos.

En primer lugar, esta sentencia tiene un contenido cuya estructura guarda mayor similitud con una instrucción de un órgano ejecutivo a su inferior jerárquico que a una sentencia del máximo Tribunal de la República, encargado de la alta misión de velar por la custodia de la Constitución. Y es que la misma carece de la más mínima y elemental motivación, en la que ni siquiera se molesta en remitir a la motivación contenida en la que le sirve de base (la Sentencia N° 2947, de 14.12.2004).

La Sentencia que ahora comentamos dice que la inconstitucionalidad planteada respecto al artículo 493:

“pareciera derivar de una interpretación en la que subyace la imperfección de la norma cuestionada, por cuanto los presupuestos establecidos lucen genéricos, al tiempo que no parece discriminarse entre los sub-tipos delictuales que deben o deberían estar sujetos al beneficio del dispositivo legal –artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal-” (negrilla y cursiva nuestras).

Al decir este aserto se está refiriendo, aunque haya que (casi) adivinarlo, al texto de la Sentencia anteriormente comentada, y que hemos transcrito en negrilla en

el epígrafe número 2 de este dictamen; con lo cual, y en virtud de que ya lo hemos tratado *in extenso* en ese lugar, remitimos a lo allí dicho.

Y en relación a las

“disímiles interpretaciones, criterios y opiniones de diversas índoles respecto de la norma en cuestión, que en muchos casos han resultado inexactas y desproporcionadas con la intención del legislador (...), generando a la Sala, prima facie, dificultades para resolver el presente recurso, atendiendo a otros derechos constitucionales de igual rango, el bien común y la paz social” (negrilla y cursiva nuestras);

En relación a esta cuestión, vale la pena preguntar cuáles son las disímiles interpretaciones, criterios y opiniones a que se refiere el fallo: si fueren las indicadas en el fallo N° 2947, de 14.12.2004, pues ya nos hemos referido a lo allí indicado y hemos mostrado que ni siquiera se puede hablar de contradicciones que no puedan armonizarse con el conjunto del sistema jurídico penal en un sentido favorable a lo querido por el texto constitucional.

Además, hay que reparar en cuáles serán las dificultades que plantea el fallo para resolver el referido recurso, pero particularmente lo relativo a los otros derechos de igual rango por los que se interesa el fallo, atinentes al bien común y a la paz social, los cuales ni se molesta siquiera en enumerar y, menos, de fundamentar los riesgos de vulneración que sufrirían tales derechos a través de la aplicación del artículo 493, por lo que la frase *“otros derechos constitucionales de igual rango, el bien común y la paz social”*, que se utiliza en el fallo, no es más que un comodín que no sólo no dice nada sino que, además, no le sirve siquiera de abuso retórico en la cual anclar la apariencia de argumentos, por lo demás, inexistentes.

De ahí que, a tenor de lo dicho en este fallo y tanto de sus evidentes omisiones como, sobre todo, de la falta de fundamentos, puede afirmarse que la suspensión de la aplicación del artículo 493 carece de fundamentación jurídico constitucional y de justificación racional. Ha de advertirse que esto es particularmente grave: en primer lugar, por las exigencias del contexto del nuevo marco constitucional venezolano, por cuyo través no resulta desventurado afirmar, con F. Rubio Llorente, que “la trascendencia política de las Sentencias constitucionales no está tanto en el sentido de la decisión como en el razonamiento en virtud del cual se llega a ella y por esto la doctrina de la interpretación es en la actualidad, como sin exageración se ha dicho, el núcleo mismo de la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional”²⁰.

Las carencias indicadas resultan particularmente graves, en segundo lugar, porque en el Estado constitucional se afirma con mayor énfasis el que la imposibilidad de recurrir decisiones del Tribunal Supremo ante una instancia superior y el deber de acatarlas “son fenómenos distintos a la corrección de dichas decisiones desde el punto de vista de las disposiciones de la Constitución. Por esa razón, también en el seno de la doctrina y de la opinión pública se puede dudar y discutir acerca de la corrección constitucional de las decisiones del Tribunal. En casos extremos, esta deliberación puede llegar incluso al Parlamento, en donde puede pergeñarse una reforma de la constitución que las deje sin efecto”²¹.

De modo, pues, que el Tribunal Supremo, en el Estado constitucional, tiene uno o varios auditorios, entendidos bien “como el conjunto de personas a las cuales una decisión o pretensión trata de persuadir o convencer”²², ora como una comunidad

²⁰ Rubio Llorente, F.- *Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 1997, pág., 588.

²¹ Bernal Pulido, C.- *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, primera reimpresión, Bogotá, 2005, pág., 45.

²² Perelman, Ch.- *La lógica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, págs., 141 y sigs.

ideal de diálogo en los términos que lo plantea J. Habermas²³, y por esta razón, el fallo debe responder no sólo a las partes en conflicto y/o a los que plantean el problema sino, además, a todo el auditorio del Estado constitucional: la doctrina, la opinión pública, el Parlamento, etc., etc. Y la respuesta ha de ser de tal intensidad que facilite, mediante su argumentación, el dominio público de los procesos de interpretación constitucional y, así, contribuir a que la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se convierta en una clara carta de derechos que traduce la necesaria dosis de certeza para todos sus destinatarios, y no en una especie de pitonisa de vaticinios inexpugnables, como podría resultar con decisiones como esta que aquí comentamos.

En efecto, en un Estado constitucional, la atribución de significados que el Tribunal Supremo de Justicia le asigne a una disposición legal (en este caso, del COPP), a los efectos de suspender su aplicación, no puede ser considerada sólo como una decisión basada en la autoridad institucional de la alta investidura del Tribunal Supremo, que haga derivar el carácter vinculante de la decisión únicamente de su papel institucional y de la imposibilidad de que la decisión sea cuestionada en una instancia superior.

Porque el Tribunal no está, ni legitimado ni facultado, para atribuir a las normas jurídicas el contenido que mejor le parezca sino el que resulte de una fundamentación correcta, basada tanto en la Constitución como en el Ordenamiento jurídico.

Y es que, como lo ha dicho E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “en un orden pragmático más elemental, es evidente que ni los parlamentos, ni los partidos políticos, ni el pueblo en definitiva, aceptarían jamás a un Tribunal Constitucional (en

²³ Para un estudio de la comunidad ideal de diálogo, cfr., Habermas, J.- *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, 3ª edición, Cátedra, Madrid, 1997, págs., 299-368.

nuestro caso, un Tribunal Supremo) que decidiese las graves cuestiones constitucionales que le están sometidas sobre la base de criterios simplemente personales, de simpatía o de opción política de los jueces. Estos sólo en cuanto acierten a aparecer como intérpretes de la Constitución, en cuanto puedan imputar razonablemente a la norma suprema sus decisiones singulares, tendrán autoridad para seguir siendo aceptados por la comunidad en el ejercicio de su formidable poder. Es, justamente, la enorme trascendencia de su función la que fuerza al juez constitucional a renunciar a criterios simplemente políticos para motivar sus sentencias, la que le obliga a buscar en la Constitución como norma jurídica las soluciones de los casos, búsqueda que sólo el método jurídico más riguroso garantiza la objetividad y acierto. Pues la superioridad de su función sólo como superioridad de la Constitución misma puede ser aceptada por el cuerpo político; si esa conexión imprescindible entre Tribunal Constitucional (en nuestro caso, Sala Constitucional del Tribunal Supremo) y Constitución se quiebra, aquél, que no tiene otro título de legitimidad posible, no sería soportado un solo minuto. Sin hipérbole puede decirse que la pervivencia como institución básica de un sistema político de un Tribunal Constitucional depende exclusivamente de sí mismo, de su autenticidad y rigor. Ningún otro órgano constitucional, ningún otro órgano político, se juega literalmente su vida día a día como éste sobre el acierto de su función y, concretamente, de su función precisamente judicial en el sentido jurídico más estricto del término, de respeto y de protección de la norma que aplica”²⁴.

3.- Sobre los expedientes de sentencia 2005-001786, 05-1786 y 05-178

El 12 de agosto de 2005 se interpuso ante la Sala Constitucional del TSJ una acción de amparo constitucional contra la amenaza de violación de los derechos establecidos en los artículos 62, 63, 67 y 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por parte del Consejo Nacional Electoral y de las demás autoridades electorales desde que en el inminente proceso de postulación

²⁴ García de Enterría, E.- *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1994, págs., 184-185.

de candidatos a diputados a la Asamblea Nacional se continuará practicando el sistema de postulación conocido como las "morochas", que representa una clara violación de estos derechos y un fraude a la Constitución.

A partir de esta interposición se producen en la esfera pública institucional una serie de actos, reparos y desaciertos jurídico-políticos de parte de la Sala Constitucional del TSJ, de parte de los partidos políticos organizados bajo la denominación del Bloque democrático y representados por los dirigentes Henry Ramos Allup y Jesús Méndez Quijada, y de parte de los partidos del oficialismo representados a su vez por Willian Lara, Ismael García, José Albormoz y Germán Escarrá como su apoderado representante. De la interposición se generan y derivan tres bloques problemáticos irreconciliables para los dos bloques ideológico-democráticos enfrentados en la esfera pública de la nación:

1. Una acusación de inconstitucionalidad del mecanismo de designación de candidatos y de elección de los diputados a la Asamblea Nacional, propuesto y utilizado ya en ocasiones anteriores por el órgano comicial nacional en las elecciones de Alcaldes y Gobernadores inmediatamente pasadas.

2. Una acusación de violación de los derechos y principios constitucionales (y por ende fundamentales) en tanto que el mecanismo de las morochas violenta, bajo supuesto de incumplimiento de los fines supremos de inclusión de las minorías en los cargos de los órganos colegiados, el mandato constitucional de elaborar y utilizar un mecanismo acondicionado y eficaz para la inclusión de las minorías en estos cargos de organismos colegiados (como la Asamblea Nacional).

3. Una acusación de violación a los mandatos constitucionales por parte del Consejo Nacional Electoral y de la Asamblea Nacional en lo que respecta a la acción de constitución del instrumento denominado morochas cuya finalidad es el establecimiento de los parámetros legales y técnicos para determinar el orden los candidatos de cada bloque ideológico democrático, las consecuencias de las alianzas en términos de nombramiento de candidatos y en lo que respecta a la inclusión de las

minorías luego del proceso electoral que determina 60% de asignación nominal y 40% por producto de cociente electoral (método de Hon't).

3.1.-De los razonamientos de la acusación principal.

Atendiendo a los mandatos constitucionales de que el electorado decida sobre las bases de las cualidades personales de los candidatos y la también necesidad de que en esos cuerpos esté representando de la manera más exacta posible la totalidad de las tendencias políticas de la población, se acusa de incompatibilidad con estos fines supremos la utilización del instrumento denominado morochas, desde el nombramiento de los candidatos (en este caso específico de los candidatos a la Asamblea Nacional), hasta la designación de los cargos representativos y democráticos de la Asamblea Nacional y demás órganos colegiados del país.

Previendo que el contexto político institucional de la esfera pública en Venezuela reconocerá una vez más, gracias a la intervención del Consejo Nacional Electoral y de los demás organismos del poder electoral, el mecanismo de integración de las minorías denominado "morochas" como instrumento técnico político para la designación de los candidatos y de la distribución de los curúles de la Asamblea Nacional, los partidos políticos de oposición, entendiendo su incapacidad para construir en un corto tiempo una mayoría electoral sobre la cual sustentar las premisas de guía de su accionar electoral, deciden interponer ante un tercero "imparcial" y con capacidad suficiente para interpretar el texto constitucional (Sala Constitucional del TSJ), una acción de amparo contra el referido instrumento, cuyo objetivo principal ya ha sido descrito.

Ante esta situación de la esfera pública nacional, se activan las fuerzas político electorales del país, al tiempo que la Sala Constitucional previendo que el enfrentamiento tiene derivaciones diluyentes en la esfera de la opinión pública nacional y en los esquemas de legitimación propios de las instituciones jurisdiccionales quienes tienen a su cargo los mandatos de proteger y salvaguardar los

derechos fundamentales constitucionales y las reglas de juego democráticas, decide que este caso debe ser llevado a disposición de los elementos que constituyen aquella esfera de opinión pública antes mencionada, el proceso de decisión, y en tanto, aumenta la trascendencia de la decisión con lo cual, aumentaría por consiguiente la importancia del análisis de los razonamientos de la Sala Constitucional, de los responsables de la interposición de causa y de los detractores de la causa misma. Justificando de esta manera una crítica político-jurídica de mencionados razonamientos.

Las premisas principales de la petición de ordenación al CNE y demás autoridades electorales abstenerse de aceptar postulaciones de candidatos a las próximas elecciones de diputados a la Asamblea Nacional mediante el descrito método de las "morochas", prohibiéndose en concreto...

Los elementos de razonamiento de este petitorio se dividen en tres bloques de argumentación: 1. El reparto de escaños debía reflejar (según mandato constitucional) de la manera más exacta posible el reparto de los votos entre los distintos partidos, lo que implícitamente prohíbe las morochas desde que este método no refleja la voluntad del electorado, debido a que ese método de las morochas atribuye al mismo grupo o partido muchos más representantes que los que le corresponderían mediante el método del cociente, produciendo los cuerpos deliberantes grotescamente diferentes en su composición a la del electorado que representan. 2. La activación de este mecanismo electoral es tan grotescamente contraria a los principios constitucionales pues debe entenderse que ese aparente ejercicio de derechos y libertades políticas es sólo eso, aparente, y en realidad coarta precisamente los derechos de los demás partidos y grupos, por ello no hay duda de que el sistema de postulación de candidatos denominado "las morochas" viola el derecho de los electores a que su voluntad se vea reflejada en la composición de los cuerpos deliberantes de acuerdo con el principio de representación proporcional demandado constitucionalmente. 3. Que los órganos que tienen capacidad para crear

parte del ordenamiento jurídico positivo que regulen aspectos primordiales de la vida electoral del país (y por supuesto de la vida político institucional democrática nacional) jamás pueden alterar una regla que los pueda favorecer en un momento dado y en un contexto de aspectos políticos específicos.

De los tres elementos anteriores se puede precisar desde un punto de vista analítico político-jurídico: El primer bloque argumental puede ser bien fijado en su validez siempre y cuando refleje los elementos lógicos y de coherencia siguientes: a). Que los problemas de cumplimiento de los mandatos de reparto de los escaños de los órganos colegiados, de la manera demandada y con la proporcionalidad solicitada, trascienda las condiciones contextuales que determinan la posición de ventaja y desventaja electoral de los dos bloques político-ideológicos presentes en la solicitud de la acción de amparo constitucional. En este sentido lo que se requiere es que el principio de igualdad sea respetado por los elementos contenidos en el razonamiento de solicitud, en la medida en que, no sea una posición de desafección por incapacidad de construir una base electoral suficiente la que determine la acción de los responsables de la solicitud antes mencionada, sino que, pudiendo obviar la situación de desafección electoral, se pueda comprobar con hechos y datos que se está en presencia de una contradicción interna y externa de las instituciones del Parlamento y del CNE, puesto que, no se puede admitir causa semejante dependiendo del bando ideológico que se encuentre por su propia incapacidad en desventaja electoral, con lo cual, sin un reparo a estos presupuestos de igualdad ante el trato de las instituciones jurisdiccionales, la validez del primer bloque argumental se mostraría, no sólo incompleta, sino también incoherente con las premisas vigentes en el ordenamiento jurídico que regulan la admisión de los recursos de acción de amparo constitucional.

b). Que se compruebe a partir de datos jurídicos y políticos, que el mecanismo de las morochas contrastado con otros mecanismo específicos, otorgue prioridad al oficialismo (o cualquiera otra ideología), en tanto que, la distribución de los votos se convierta en un sistema institucional que se legitima a sí mismo por una

efectividad aparente de igualdad e integración real de minorías, en tanto que, la ideología se ha apoderado de los organismos más representativos y más imparciales del Estado.

El segundo bloque se convertiría, a pesar de su complejidad, en un conjunto de elementos sólidos de razonamiento al momento de cumplir como condición mínima el siguiente conjunto de validaciones internas: que los derechos de participación política y de cumplimiento expreso de las metas de expresión de la voluntad de los ciudadanos se vean afectados en el momento en que expresen dicha voluntad, es decir, si la democracia adquiere sustancia procedimental en la legitimación de elecciones periódicas donde la soberanía es ejercida por el pueblo de manera directa, entonces, deberían ser los datos fácticos provenientes de la imposibilidad de realización de dicha legitimación, los que debe sustentar el argumento en contra de la constitucionalidad y el respeto de los derechos ciudadanos del instrumento conceptuado como morochas. En este sentido cabe destacar la inexistencia de una condición que lleve a la coherencia del argumento con las derivaciones que él implica con su acusación de violación de los mandatos constitucionales en relación con los derechos de los ciudadanos.

Esta inexistencia proviene de que no existe una consecuencia material y negativa contra el debido desarrollo de los procesos comiciales, de suerte que el único sustento de este bloque corresponde a una perversión en los procesos de asignación de los cargos curules de los órganos colegiados del Estado, con lo cual se predicaría de una posibilidad en contradicción con una materialidad jurídico institucional, en la cual la posibilidad estaría constituida por la perversión de la asignación de curúles en cuanto distribución de los votos del ciudadano, asignación que correspondería a las preferencias exactas de los electores cuestión que es imposible de realizar en los mecanismos de inclusión y representación proporcional de las minorías, y la materialidad vendría dada por la utilización anterior y medianamente efectiva en términos de realización de los procesos comiciales, del instrumento denominado las

morochas. Dado el carácter prescriptivo del ordenamiento jurídico, éste no asume como válido el contenido de las posibilidades entendido como posible en la medida en que se contraste con una materialidad efectuada a partir de una acción institucional, puesto que ante la existencia de un sistema normativo dispuesto a la apertura en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales, la materialidad se superpone en el paradigma mismo del Estado social y democrático de derecho, por ser una exigencia insalvable de las instituciones de jurisdicción.

El tercer bloque argumental, referido a las violación de los mandatos constitucionales en cuanto a extralimitación y arbitrariedad de los organismos Parlamento y CNE, quienes ideologizados en su esencia y voluntad, en el preciso momento en que su voluntad se presta a la transformación de un reglamento especial o general, que satisfaga las necesidades de dicha ideología. El problema de la validez de dicho argumento es que deben cumplirse los requisitos mínimos anteriores para determinar que el argumento antes presentado si representa una violación al principio de imparcialidad de los órganos electorales, y al principio de institucionalidad y reserva de Ley demandado para acciones de este tipo a dichas instituciones.

3.2.-Sobre el razonamiento de Henry Ramos Allup.

La argumentación de Henry Ramos Allup trata de nuclear el centro de atención de las instituciones jurisdiccionales del Estado y de las estructuras de acción política y opinión pública en la materialidad, demostradamente ausente, de las premisas de razonamiento de la acción de amparo constitucional solicitada a la Sala Constitucional de TSJ, y que desató el enfrentamiento político entre oficialismo y oposición. El discurso sobre la materialidad de aquellas premisas se fundamenta en la actitud intencional (perlocusión) de los actores dirigentes políticos de los partidos del "Bloque del Cambio", quienes han argumentado públicamente que su estrategia partidista es la búsqueda del mayor número de escaños en el Parlamento, y aunque esta es una característica teleológica inherente a los partidos políticos, al parecer y según el razonamiento del Ramos Allup el contexto le ha impuesto un velo de

corrupción que afecta directamente los procesos democráticos de expresión libre de voluntad ciudadana.

Los elementos del razonamiento, elementos que dibagan entre lo político y lo jurídico-administrativo, se pueden clasificar a su vez en tres bloques de referencia acusatoria:

1. El sistema de postulación conocido como las morochas representa una clara violación a los derechos y garantías constitucionales.
2. Exista un fraude a la Constitución y a la Ley.
3. La ideologización de organismos que en su deber ser se sustentan sobre la imparcialidad de su acción institucional ha llegado al extremo de consentir que las alternativas buscadas por las estructuras democráticas partidistas del oficialismo, aún cuando rompan el hilo conductor del pluralismo y el derecho a la participación política, se coloquen como alternativas válidas en sí mismas para la democracia como régimen político.

Estas tres argumentaciones se sustentan a su vez en un conjunto de premisas a las cuales hemos de aplicar los mismos requisitos mínimos jurídicos y políticos, para que sean determinadamente influyentes en la decisión y el razonamiento de la decisión de los magistrados de la Sala Constitucional del TSJ, y en la medida en que cumplan estos requisitos mínimos y algunos otros que sean objetivamente apegados al ordenamiento jurídico, en esa misma medida se podría alegar su validez en sí mismos y su correspondiente aceptación por parte de la Sala.

I. Las morochas, sin reforma constitucional preexistente y válida -lo que a su vez otorgaría validez al reconocido instrumento electoral- y cualesquiera otros fraudes a la Constitución y a la Ley (pretenden reformar clandestinamente la Constitución, sin debate, sin consulta, ni siquiera mediante una Ley de la Asamblea Nacional, que sería incompetente para ello, o unas normas del CNE, menos competente para el caso aún, sino al contrario jugando fraudulentamente en los

resquicios del sistema. Con ello, se vuelve a aquella tradición antiilustrada de dar por sentado lo que debe ser cuestión a debate: se vuelve a la acusación de una violación a los procedimientos de reforma de Ley en la medida en que un conjunto de disposiciones legales de la Asamblea Nacional y del CNE, se pronuncian por la utilización de un instrumento de elección de candidatos y de asignación de curules de los organismos colegados del Estado, denominado este como morochas. Además, en su supuesto conceptual, que los partidos acudan con todos los instrumentos a las elecciones, aunque estos instrumentos no sean expresamente definidos como perjudiciales para la democracia por la legislación, representa esos resquicios del sistema democrático.

Sin embargo el argumento de Allup sobre la violación clara de la constitución debe atender primeramente a:

1. que tanto la Asamblea Nacional como el CNE hayan propuesto un instrumento no contemplado en su esencia y contenido, más no necesariamente en su forma, formulación o técnica, como mecanismo idóneo para la postulación de los candidatos a la Asamblea Nacional; de esta forma, se estaría en clara violación en la medida en que el sistema proporcional estaría siendo violentado por una disposición que, en la medida de su influencia en la organización institucional democrática del sistema del Estado y de la Sociedad, sea observado como una reforma que exceda los procesos legislativos propios de un sistema normado como el nuestro.

2. que tanto la Asamblea Nacional como el CNE hayan convenido en darle preferencia a una tolda o bloque ideológico específico, en la medida en que la legislación y la normativa proveniente de estos órganos convengan en la satisfacción de un conjunto de intereses particulares, comprobándose de esta manera que haciendo uso de un esquema de vinculación y soberanía casi absoluto en el ámbito institucional y generalísimo en el ámbito social y democrático participativo, ambos organismos del Estado están favoreciendo a un conjunto de intereses excluyentes de otros intereses, con lo cual, el principio de proporcionalidad de representación se vería seriamente

dañado en sus consecuencias materiales, y en esa medida no sólo estaría atentando contra el principio de proporcionalidad, sino también contra el principio de igualdad, que no es únicamente un principio constitucional, sino que representa un valor de la democracia, un fundamento de la actuación institucional democrática, y en principio de actuación que guía los esfuerzos tanto de instituciones como de ciudadanos de manera general hacia la construcción de aquellos fines supremos de la culturalmente civilizada, jurídicamente apegada al Derecho y políticamente democrática.

3. Que tanto la Asamblea Nacional como el Consejo Nacional Electoral, valiéndose de sus características de autonomía investida por la Constitución en tanto órganos supremos de dos de los poderes del Estado más democráticos por su vinculación con los procesos de participación política y representación institucional, encuentren los mecanismos óptimos para que, atendiendo a su característica ideológica de mayoría oficialista -lo que sería una aberración en el caso del CNE por la necesidad de su imparcialidad para el cumplimiento del mandato supremo democrático referido a elecciones periódicas y transparentes- deriven en sus acciones consecuencias perversas para los principios constitucionales, en la medida en que si bien no los violenta de manera pública y en la extensión del contenido de los mandatos constitucionales, los violenta parcialmente, sustentando dicha acción corrupta en la utilización a conveniencia de sus intereses excluyentes del principio de proporcionalidad que en su esencia es el mismo, debido a que si al menos un partido minoritario obtiene curules en la AN se cumpliría en un mínimo el contenido teleológico del principio proporcional, pero cuya técnica de postulación y de asignación de curules por cociente no se encuentra sustentado sobre una verdadera pluralidad de partidos que permita que, ese mínimo requisito se deba a una condición de ser el único partido sin haber ganado un curul en la AN, y no por ser, uno de los tantos partidos que quedarían excluidos de la asignación por cociente de los cargos representativos de la Asamblea Nacional. Sin embargo, este es un argumento que no pertenece al razonamiento de los responsables de la acción de amparo constitucional solicitado ante la Sala Constitucional del TSJ.

II. Con respecto al razonamiento referido al fraude a la Constitución, los elementos constituyentes de este razonamiento han de sustentarse primordialmente en la presencia material de un proceso de ideologización progresiva de los órganos del poder público cuya legitimidad funcional se fundamente en la imparcialidad ideológica de sus acciones. Esta demostración de materialidad podría dar como resultado la validación de un razonamiento que da como implícita y supuesta (lo que en realidad y según los mandatos lógicos del razonamiento debería quedar sentado como premisa demostrativa del razonamiento mismo) una voluntad del CNE de proteger intereses particulares, y en esa medida la violación y el fraude a la Constitución se iniciaría en una ilegitimidad de las acciones del órgano comicial, quien, aprovechando sus novedosas condiciones constitucionales de poder público autónomo, podría, gracias a la vinculación que goza por estas condiciones, asumir que existe una necesidad de flexibilizar los requerimientos constitucionales de proporcionalidad.

Sin embargo, esta flexibilización no sería de extremos sino de formas y técnicas de proporcionalidad, en la medida en que las alternativas de proporcionalidad mostradas como fórmulas electorales, cumpliendo con los requisitos mínimos no asuman el carácter obligatoria de la protección de los derechos fundamentales, sino que al contrario asuman una posición de defensa de los intereses partidistas pro gobierno. Una flexibilización hacia el interior de la esencia funcional del principio de proporcionalidad, podría significar un fraude al principio mismo, como aquel referido a la voluntad del pueblo que, expresada con una abstención de más del 50% de los electores, refrenda una decisión constitucional de trascendencia, de manera similar, la proporcionalidad puede ser observada como aquella expresión del sistema que, atendiendo a una supuesta existencia de una pluralidad contenida en una minoría importante del electorado, impone la imprescindibilidad de una fórmula proporcional de inclusión de las minorías, aún cuando aquella referida proporcionalidad no exista, puesto que está demostrado, tanto en los argumentos de

los responsables de la acción de amparo como en sus detractores, que existen sólo dos bloques ideológicos enfrentados, el bloque del cambio progobierno y el bloque democrático de la oposición, entonces, ateniéndonos a una declaración que relega las pruebas, como existiría la posibilidad de acusar un fraude en la medida en que se obvie tal disposición argumental.

Más allá de las incoherencias y desavenencias generadas por la ignorancia de los responsables de la acción de amparo constitucional se encuentran las verdaderas razones del razonamiento jurídico; es constitucionalmente aceptado que los partidos atendiendo a la vocación de poder político quieran colonizar todos los espacios democrático-representativos del Estado, de suerte que se construya una especie de orden decisionista que pueda ser refrendado por los órganos contralores del poder Ejecutivo, sería un tipo ideal de la acción partidista. Sin embargo, atendiendo a que el principio de pluralidad de la democracia liberal (más de la democracia participativa) demanda equilibrio de fuerzas en los órganos representativos del Estado, hállese en este caso de la AN, difícilmente este tipo ideal de la vocación de los partidos puede convertirse en aceptable en su totalidad y sin discrepancia por parte de los organismos rectores de la imparcialidad electoral, y en tanto esto sea un mandato de la esencia de la democracia ha de cumplirse y han de abocarse todos los recursos necesarios para que así sea cumplido.

Lo anterior representa otro de los elementos obviados por el razonamiento de los responsables de la acción de amparo constitucional, no existe fraude a la Ley y a la Constitución en la medida en que los partidos pro gubernamentales busquen las alternativas necesarias y legales para obtener el mayor número de escaños en el parlamento, esa es su naturaleza. De manera semejante no podría existir admisión de la acusación del fraude de la Asamblea Nacional hacia la constitución en la medida en que la legislación no excede los parámetros que establece el mandato constitucional (el cual no necesariamente por imperfección del proceso de legislación atenderá a las particularidades de cada contexto político plural

y homogéneo), aunque si vaya en acuerdo ideológico con proyecto político que se pretende histórico y trascendentalmente democrático y participativo. Por último, no existe fraude en el momento en que el CNE acuerda consentir la aplicación del instrumento de las morochas y la acusación de fraude no se sustenta en aquel primordial proceso de pérdida de la imparcialidad del árbitro, con lo cual, ante la posibilidad vuelve a superponerse la materialidad de lo no demostrado a contrario, es decir, de lo que se da por supuesto puesto que no se puede (o no se quiere) demostrar lo contrario.

III. Por último se encuentra el argumento sobre la existencia predeterminada de una ideologización de organismos que en su deber ser se sustentan sobre la imparcialidad de su acción institucional ha llegado al extremo de consentir que las alternativas buscadas por las estructuras democráticas partidistas del oficialismo, aún cuando rompan el hilo conductor del pluralismo y el derecho a la participación política, se coloquen como alternativas válidas en sí mismas para la democracia como régimen político. De nuevo las fallas de coherencia se hacen presentes en el análisis del razonamiento de los responsables de la acción de amparo constitucional. Si no existe imparcialidad del órgano comicial la lucha jurídico-política debe empezar por allí, puesto que con la demostración de tal materialidad las demás acusaciones estarían contenidas en la protección de derechos e intereses particulares cuando el contexto demanda la protección y garantía de derechos e intereses colectivos. El problema del fraude a lo legislado, en el caso aquí presentado es que de haberlo no se realiza a través de lo que la doctrina jurídica denomina "escaparse por una vía indirecta a las previsiones de la disposición legal" sino que al contrario estaría dada por una utilización perversa de la Ley para convertirse en un contexto de no pluralidad ideológica, en un instrumento que refrende la proporcionalidad como elemento supremo y necesario de la demanda que realiza el principio fundante de la democracia, la igualdad.

No sería cuestión compleja el demostrar que en un contexto real de existencia de dos bloques ideológicos funcionales, el principio de proporcionalidad tendría como finalidad la integración de un singulares minoritarios a una mayoría que de por sí representa de suyo una verdadera mayoría absoluta dentro de la asignación de los curules representativos del Parlamento. Aún en los sistemas bipartidistas, la proporcionalidad permite que los partidos pequeños, de existir puedan incluir una representación suya en el Parlamento; sin embargo, los partidos pequeños en Venezuela ya han escogida la homogeneidad parcial a la independencia ideológica, así cabría la pregunta dentro del razonamiento de los responsables de la acción de amparo ¿dónde se encuentran las minorías reales en el sistema de partidos venezolano, que permitan conceptualizar al principio de proporcionalidad como el mecanismo que asegure la inclusión de las minorías autónomas de los dos bloques presentados en el Parlamento?. De esta manera la proporcionalidad estaría condicionada (aunque parezca antinatural de un principio constitucional) por la existencia de la autonomía de un conjunto de partidos (o de al menos uno) que no haya expresado voluntad pública de homogeneidad ideológica con un bloque partidista, entendiendo que puede existir homogeneidad en cuanto los partidos de la oposición estén de acuerdo en desbancar al partido de gobierno, pero no acuerdo en cuanto a desbancarlo de la misma manera, con los mismos instrumentos, y con el mismo plan partidista.

Con ello la escogencia de una alternativa de proporcionalidad no puede, ni debe ser atendida en su consecuencialidad sino en su esencia inicial y a partir de allí las acusaciones de inconstitucionalidad y pérdida de la imparcialidad del órgano rector comicial se entenderían en su justa medida y cualidad derivativa. Cuestión contraria, la escogencia de una alternativa de proporcionalidad puede ser legal y legítimamente aceptada como una decisión imparcial de un órgano imparcial que atiende a los requerimientos constitucionales del orden normativo.

3.3. Sobre la coherencia, la racionalidad y la suficiencia efectiva del razonamiento de la Sala Constitucional.

Afirmaba Guillermo de Ockham que algunas veces cuando la relatividad de los hechos no imprime alguna solución factible, es necesario que la filosofía acuda a su construcción, es decir, cuando la coherencia de los relativos no sea suficiente para escapar parcialmente de la homogeneidad de cantidad de los relativos, existen dos caminos a seguir: por un lado, se puede ser coherente con la filosofía misma e integrar, no sumar, sistemáticamente elementos relativos donde la conclusión del proceso de integración sea una superación, aunque parcial por la esencia de la relatividad, de esa homogeneidad de iguales pesos y determinates; por otro lado, se puede ser coherente con la relatividad misma y dejar a un lado la coherencia con la filosofía del hombre, para que la relatividad infinita y siempre variable hable por sí misma en cada caso particular, pero esto sería como echarse a dormir en un guerra por la vida de nuestra nación, sería dar por descontado que la filosofía y la justicia parten de nuestra coherencia con ellas y no de la coherencia con la relatividad.

Sin embargo, nada más ajeno a las virtudes de la coherencia lógica de la Ockham que las premisas de razonamiento de los magistrados de la Sala Constitucional del TSJ en la materia que le compete a la decisión sobre el amparo constitucional introducido por Jesús Méndez Quijada y Henry Ramos Allup el 12 de agosto de 2005. Las decisiones fueron expresión de una búsqueda de la coherencia en la pasividad de un razonamiento incompleto que no prestó atención a los verdaderos requerimientos políticos y jurídicos de razonamiento inscritos en el contexto de la esfera pública del país. Todas las deficiencias mostradas en nuestro análisis y algunas muchas otras deficiencias técnicas a las cuales atenderíamos sino fuese por su particular inherencia y descaro publicitario, han sido el centro de los elementos del razonamiento expuesto por los magistrados de la Sala Constitucional, cuyo fin es la justificación de la decisión que "declara sin lugar la acción de amparo constitucional intentada por los ciudadanos Jesús Manuel Méndez Quijada y Henry Ramos Allup.

Hemos descrito que la materialidad se ha de superponer a la posibilidad siempre y cuando, en un Estado social y democrático de derecho, esa materialidad no afecte de manera directa y no sea demostrada tal afección de manera concisa y racional. La materialidad de esta declaratoria crítica subyace en la presencia de un conjunto de inherencias y presupuestos que, en vez de ser demostrados y razonados se dan por presupuestos y en vez de ser atendidos se dan o por descontados o se dan como necesarios de obviar para no perder la coherencia del razonamiento mismo. Se determina tal materialidad en la medida en que argumentos críticos e imprescindibles de mencionar en los elementos de razonamiento de la Sala, como los presentados anteriormente son no sólo obviados sino también excluidos en tanto que, la Sala Constitucional decide que las morochas representan un instrumento que no desestima los mandatos constitucional y que la decisión del CNE es acertado en tanto este requerimiento mínimo es cumplido por dicho mecanismo de postulación y designación electoral, y nada más y nada menos.

Podría significar esto un análisis sumamente corto de nuestra parte en tanto que no existen razones que apoyen el razonamiento, pero la crítica se convierte en virtud en la ausencias de racionalidad, en la contraposición de la dialéctica a la coherencia y el culto a la antilustración. Siguiendo a Immanuel Kant, si el Juicio (político y jurídico) es un punto intermedio entre la razón (universal del ordenamiento jurídico) y el entendimiento (de razón particular y de coherencia con la justicia, la libertad, la igualdad y la integridad todos en términos éticos) entonces, como es posible que el paradigma del Estado social y democrático de derecho se detenga en sus mandatos y correlatos jurisdiccionales en los requerimientos mínimos como elementos del razonamiento de justificación y motivación de una sentencia que trasciende el orden jurisdiccional y se inscribe en los destinos de la democracia venezolana. El entendimiento es suplantado por la coherencia con las incompletitudes de los razonamientos de los responsables de la acción de amparo constitucional, la razón se convierte en técnica cuando los mínimos son respetados, y la suficiencia de

la argumentación y la validación se genera de la unificación de ambas incompletitudes, que paradoja!.

Esto representaría un esquema de validación (que no es necesario de aplicar) del Estado liberal de derecho, una sentencia apegada a los constructos existentes, donde las alternativas se convierten en meras utopías puesto que la labor del juez es ser boca de la Ley y no instrumento de la justicia y del respeto y garantía de los derechos fundamentales. Un razonamiento que se inscribe en las premisas fundantes de un débil Estado de Derecho donde las instituciones de jurisdicción no están obligadas a atender todos y cada uno de los requisitos principales, secundarios, terciarios e infinitos de validación de una sentencia, con lo cual se aseguraría un verdadero respeto, materialización y garantía de los Derechos fundamentales. Sin embargo, situación más perversa de la jurisdicción es la generalidad de estas incompletitudes y de la coherencia con lo inconcluso y parcial y no con la trascendencia de la homogeneidad de términos e ideologías particulares.

4. En torno a las sentencias N°24 del 15 de Marzo de 2004 de la Sala Electoral del TSJ y la Sentencia 442 del 23 de Marzo de 2004 de la Sala Constitucional del TSJ que revisa la Sentencia N°24.

Desde el punto de vista normativo-conceptual, las democracias de los países tardocapitalistas y tardo modernos deben ser democracias de orden republicano, donde las instituciones se encuentren, más que sometidas, incardinadas por los principios y garantías constitucionales en su accionar en favor de resolver y decidir en las referencias a intereses contrapuestos e incluso igualmente válidos desde el punto de vista de ordenamiento jurídico vigente, una incardinación hacia el cumplimiento expreso de una cualidad y cantidad superior de estas garantías y materializaciones de los Derechos fundamentales.

En efecto esta demanda de la filosofía social proviene de una doble oportunidad de nuestras democracias, que de no ser utilizadas con las regulaciones político-jurídicas especificadas por el ordenamiento jurídico-constitucional, pueden

traer como consecuencia la materialización, por causa de las flexibilidades generadas a partir de su condición genérica tardía pueden degenerar en la creación de sistemas ausentes de publicidad, de garantía y de respeto al ordenamiento jurídico y administrativo positivo.

Esta doble oportunidad proviene de la doble contingencia producida por aquella condición tardía: por un lado es necesario acudir a la creación de un sistema republicano donde las contradicciones de las instituciones se produzcan en tanto deficiencias a los mandatos constitucionales en cuanto a la sumatoria de una gama de derechos que, aún cuando muchas veces contrapuestos entre sí, complementarios en lo que respecta el deber ser de las instituciones del Estado; por otro lado, resulta necesario que estas contradicciones se encuentren enmarcadas en la más pura esencia del espíritu de las leyes, en el sentido demandado por el Estado de Derecho, quien suscriba a la acción institucional a las normativas prescriptivas más inflexibles que al mismo tiempo, trascendiéndolas pueden servir de fundamento a la construcción de un esquema como el de la contradicción por la seguridad, respeto, garantía y materialización de los derechos fundamentales.

Construcciones contrarias denotan no sólo la debilidad institucional, especialmente de las instituciones de jurisdicción, de hacer frente a los intereses mezquinos de una sociedad en transformación constante, sino la colonización de los fines teleológicos del ser de las instituciones y con ello la corporativización de las contradicciones institucionales en favor de los intereses y supuestos derechos superiores de quienes ejercen poderes políticos ocultos e intervienen en la conformación de las fuerzas legislativas.

Sin embargo, existe la necesidad de una vocación ilustrada de los magistrados de justicia, especialmente de los magistrados de la Sala Constitucional para determinar las derivaciones causales y consecuenciales de estas disposiciones normativas: la revisión de las sentencias N° 24 de la Sala Constitucional y de la N°

442 de la misma Sala, muestran las debilidades institucionales que permiten a las contradicciones de sentencia extenderse más allá de los requerimientos antes mencionados, con lo cual se ha de concluir que, se está en presencia de la inclusión en los presupuestos de motivación de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia de algunos fines supremos que se convierten en fines no publicitados ni normados explícitamente por el ordenamiento jurídico, o en su defecto, no se ha entendido aún que las contradicciones institucionales y de sentencia se justifican única y exclusivamente en la lógica de la construcción de un mayor grado de cohesión y estabilidad social e institucional a través del reparo y materialización de los derechos consagrados en la Constitución y preservados por el resto del ordenamiento jurídico. Así pues se procede al análisis de las sentencias antes mencionadas, no sin antes advertir que los dos bloques de razonamiento de la sentencia N°24 pertenecen a una disputa meramente institucional por competencia de decisión dentro del Tribunal Supremo de Justicia, cuya consecuencia no se desarrolla en sus derivaciones fácticas en el interior de la misma sentencia y a partir de ella, sino en el interior y a partir de la apertura a una revisión de la Sala Constitucional de la decisión de la Sala Electoral Accidental de validación de las denominadas firmas planas del referendo revocatorio.

4.1. Sobre la decisión N° 24 de la Sala Electoral del TSJ

EL 15 de Marzo de 2004 se interpuso un Recurso Contencioso Electoral, conjuntamente con solicitud de amparo cautelar contra los siguientes actos administrativos: i) Instructivo de Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la misma persona el 24 de febrero de 2004 y ii) Resolución N° 040302-131 del 02 de Marzo de 2004. Los responsables de recurso alegaban que en las normas de regulación de los procesos de referendo revocatorio existía una explanada condición de una ordenación y legislación ex ante al desarrollo del proceso y que por lo tanto, no se explica como, ante tal afirmación y mandato del ordenamiento el 25 de Noviembre de 2003 mediante una circular interna signada con el número 16, supuestamente se habría

establecido que los electores que pretendieran suscribir su solicitud de convocatoria del referendo revocatorio presidencial, debían asentar, personalmente, los datos relativos a su identificación... mencionada circular no ha sido anunciada, aprobada, discutida ni publicada en la Gaceta Electoral por el Directorio... y que el único conocimiento que de ella se tienen es porque se ha mencionado como base legal... por medio de la cual se pasaron a observación los planillas asistidas o de letra similar.

A esta situación parcialmente "antijurídica" se pretende aplicar en forma retroactiva un reglamento del Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar y Renglones de Planillas Llenadas por la misma persona, afectando directa y negativamente el desarrollo del proceso revocatorio del Presidente de la República; vulnerando claramente el principio de presunción de buena fe, de conservación de los actos electorales, de la protección de la confianza legítima, de presunción de inocencia y de proporcionalidad. Desconociendo a sí mismo, el principio de legalidad y jerarquía de las normas, al pretender darle preferencia a una circular interna que nunca fue publicada sobre las regulaciones destinadas a desarrollar el proceso revocatorio del Presidente de la República implica y genera una clara discriminación, sin razón suficiente o legítima.

Así mismo la aplicación de un instrumento legal como el de la circular interna ha colocado bajo observación las planillas contentivas de firmas de caligrafía similar o renglones llenadas por la misma persona, exigiendo a los firmantes la ratificación de su manifestación de voluntad, con lo cual se adopta una medida, su decir [de los responsables del recurso] ilegal y desproporcionada, al dificultar el ejercicio de su derecho constitucional a la participación política.

De lo anterior se supone que la decisión debe estar incoada de positividad en la medida en que, se ha atentado contra el debido proceso administrativo de legislación electoral, se han violentado los derechos de los ciudadanos a la participación en la medida en que se hubiese permitido que los ciudadanos pudiesen

expresar su voluntad de retirar las firmas en oportunidad de que su nombre hubiese sido utilizado sin su consentimiento sin necesidad de recurrir a la puesta en observación de toda la planilla, se han descalificado las responsabilidades al asumirse que los errores formales de las planillas son adjudicables consecuencialmente a los electores, y no al organismo Rector Electoral. A través de lo antes expuesto se solicita que se declare a lugar la solicitud de amparo cautelar contra la norma no publicitada y las consecuencias de puesta en observación que de ella deviene.

Estas tres aserciones de los responsables de la solicitud si bien proponen una medida que garantice el derecho de los más débiles en una disputa política entre oficialismo y oposición, es decir, que garantice la voluntad de los electores que han solicitado el referendo revocatorio contra el Presidente de la República, su objeción carece de una base epistemológica que sustente con suficiencia la petición de garantía de los derechos constitucionales de los electores. En primer lugar, y razón ha de tener el posterior informe del Consejo Nacional Electoral, en la participación política democrática es el concepto de voluntad y soberanía el que concede validez y legitimidad suprema a la acción de los ciudadanos, la soberanía es intransferible y en tanto, es sólo a través del principio de representación que la soberanía no se transfiere sino que se ejerce de manera responsable e indirecta; por su parte, la voluntad es una condición esencial de los derechos humanos, más que de los derechos ciudadanos, y por ello se encuentran por encima de todos los demás derechos, pero esta supremacía viene acompañada de una característica fundamental de la acción humana, que la voluntad expresada sea parte de una condición esencialmente libre de los que la han expresado, lo que implica la exclusión de cualquier condición de arbitrariedad, guía, subordinación, traba, asignación, control, influencia ante la formación de los parámetros de decisión de la expresión de la voluntad, cuestión que se violenta a cada instante en la sociedad democrática de occidente en la medida en que muchas veces la voluntad no se expresa sobre las alternativas propias de la voluntad sino de voluntades exteriores a ella.

Lo anterior implicaría dos consecuencias epistemológicas que deberían ser aplicables a los requerimientos de los solicitantes de la medida cautelar: el primer lugar, que la asistencia a la publicidad de una voluntad que se inscribe en un dilema de revocatoria de un presidente democráticamente electo, debe ser refrendada por la persona asistida y notariada por los organismos competentes en la materia de manera que la voluntad aún cuando expresada con asistencia, sea legitimada por una voluntad de la voluntad, es decir, por una voluntad que declare la validez y legitimidad de la asistencia, de manera que de una y otra voluntad, se puedan extraer las condiciones de legitimidad tanto de esa voluntad, como de la función de asistencia de los miembros del proceso electoral revocatorio. En segundo lugar, que tal expresión de la voluntad de inclusión de algún componente externo a la expresión personalísima de la voluntad electoral, se realice conviniendo en declarar que dicho componente externo no posee ningún de coacción y/o coerción de ningún tipo, con lo cual se debe establecer que no existe otro elemento comunicativo entre el elector y el asistente, más que la solicitud de aquel a la función de este.

Y aún cumpliendo con estos requisitos quedarían las interrogantes de la aplicación de asistencia justificada en caso de incapacitados, con lo cual se requeriría que la expresión de la voluntad de ser asistido no sea una relación binómica, sino una relación trinómica que incluya a los agentes del poder electoral. Además, esta situación queda refrendada en la facticidad del proceso de revocatorio mismo, cuando la publicidad del proceso adjudicada por el organismo electoral y su directiva, además de por el reglamento sobre referendo, proponía prescriptivamente el carácter personalísimo de la manifestación de voluntad, así como el hecho de que ese carácter fidedigno se predica no sólo con las rúbricas sino también en los datos asentados por el participante.

De manera más concreta, en las disposiciones "los datos de recolección de firmas antes mencionados, deberá ser registrados por el propio firmante previa presentación de su cédula de identidad (aunque esté vencida) ante el agente de

recolección" y en la comunicación publicitada de que "recuerda rellenar tú mismo la planilla con tus datos". Con ello, sería lógicamente imposible y coherentemente aceptable que como expresan los solicitantes ante la necesidad de seguir los mandatos constitucionales sobre la eliminación de las oposiciones a las garantías constitucionales y al desarrollo de los proyectos de vida individuales (voluntad, pluralidad, integridad, igualdad, libertad) no se puede adjudicar validez a un reglamento interno que prescriba condiciones novedosas al reglamento inicial, sería como afirmar que el reglamento de procedimiento de una Ley Orgánica se debería hacer en paralelo sino anteriormente a la hechura de la misma Ley.

Sin embargo, se aduce razón suficiente a la manera que expresa la facticidad de construcción y publicidad del reglamento interno "circular N° 16 del 25 de Noviembre de 2003. Uno de los principios fundamentales del Estado de derecho en general, que es fundamento tanto del Estado liberal de derecho como del estado social de derecho es la publicidad de los procedimientos cuya referencia en vinculante para toda la sociedad, o para el conjunto de derechos contratados constitucionalmente. La publicidad debe ser entendida como requisito fundamental de la destrucción progresiva de poderes ocultos y de formas procesales que no se apeguen a las prescripciones garantistas de los derechos y de los debidos procesos de las instituciones representativas democráticas en general y de las instituciones jurisdiccionales en particular.

De lo anterior se concluye que un reglamento que sirva de base jurídica a la adjudicación de puesta en observación de un conjunto de voluntades expresadas (con las deficiencias antes mencionadas) por los ciudadanos y cuya trascendencia define parte integral de las posibles derivaciones de vinculación y destino de las instituciones representativas del pueblo, en tanto, instituciones influenciadas por el principio de representación por ideologías definidas, posee una legitimidad proporcional a su grado de cumplimiento del debido proceso de publicidad, con lo cual sería proporcionalmente ilegítimo a la oscuridad de su procedimiento legislativo;

y aún cuando la Ley Orgánica del Poder Electoral defina como posible y válida la creación legislativa de los asuntos de participación política del órgano comicial superior, al igual que todas las demás instituciones del estado, es necesario que para lograr la legitimidad de este procedimiento se realice bajo los parámetros prescritos por el ordenamiento jurídico general, entre cuyos elementos se encuentra la publicidad como concepto privilegiado y unívocamente necesario.

4.2. Del razonamiento de la Sala Electoral del tribunal Supremo de Justicia.

A parte de obviar estos elementos de la voluntad y la legislación mencionados en los párrafos anteriores, la Sala Electoral del TSJ adjudica violación de los mandatos constitucionales de legislación de procesos electorales y revocatorios, en la situación de que, la circular del 25 de Noviembre del 2003 creada por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la misma persona si implica una inclusión de un elemento novedoso a la normativa anteriormente legislada con respecto a los procesos de referendo revocatorio. La decisión de la Sala se sustenta en un razonamiento referido no a la publicidad del proceso de legislación y de sus resultados, aunque lo da por sobreentendido, sino porque existe una violación al derecho de igualdad en el preciso momento en que la función de asistencia externa a la expresión personalísima de voluntad queda invalidada por dicha circular N° 16. Se razona que existe violación al principio de igualdad, debido a que, aún en sus incapacidades ellos deben tener y es prescripción de los mandatos constitucionales, acceso a la expresión de su voluntad.

Sin embargo, la complejidad misma del principio de igualdad en todos sus frentes denota una imposibilidad de la incapacidad física y temporal para superponerse a la igualdad de todos los concurrentes al proceso electoral revocatorio. Hablaremos pues de igualdad política de participación electoral, para limitar la acepción sobre la referencia analítica a la igualdad cuando esta sea utilizada. La igualdad es un concepto que denota igualdad simétrica hacia todos por igual, e

igualdad asimétrica de distinciones para denotar iguales distinguibles de otros iguales, en este sentido, los incapacitados serían los iguales asimétricos por su condición genérica de presentar problemas de completitud física para expresar en su individualidad y de manera personalísima su voluntad de participar en favor de la petición de referendo revocatorio al Presidente de la República.

Empero, la asimetría de la igualdad política no disuelve el mandato de que aún asimétricamente, sigue siendo igualdad, de manera que una acción destinada al reparo de la eliminación de las trabas al desarrollo del pleno derecho de los ciudadanos, tiene que ser complementada con una acción dirigida en el mismo sentido, aunque con intensidades que pueden variar, de parte de las instituciones del Estado. Esto debido a que las acciones primigenias destinadas a los incapacitados tiene facticamente consecuencias materiales en el desarrollo de la expresión de voluntad de aquellos ciudadanos que gozan de completitud de sus capacidades para seguir los mandatos del órgano rector comicial, con lo cual, para atender y reparar en el derecho de igualdad como sustento de las premisas de razonamiento, necesaria, más imprescindiblemente las acciones de reparo de los derechos de igualdad de los incapacitados deben cumplir dos requisitos:

1. Un primer requisito sobre el cual se reparó anteriormente que se refiere a la expresión de la voluntad de la voluntad, es decir, a la expresión de que atendiendo a la materialidad comprobada de una incapacidad se exprese el acceso del asistente a una guía más no a una imposición de parte de su voluntad, con respecto a la expresión de la voluntad del concurrente a la firma de la planilla correspondiente.

2. Un segundo requisito hace referencia a la igualdad misma que se ve afectada en el momento de la acción de reparo en favor de la asistencia para el cumplimiento del derecho de igualdad política al acceso a la expresión de la voluntad, esta igualdad se ve materializada en la medida en que una acción institucional destinada hacia unas esferas de justicia y que tenga repercusiones directas en otras esferas, o en su defecto en todas las demás esferas de igualdad, necesariamente debe

ser complementada con una acción de igual sentido y dirección, aunque no necesariamente de igual intensidad por parte de la institución que ya ha reparado en el derecho de igualdad anteriormente, o en su sustitución de una institución de similar jerarquía administrativa.

Al obviar estos requerimientos, el razonamiento de la Sala Electoral del TSJ quedaría sin parte integral de su fundamento y con ello se enfrentaría a lo que posteriormente la Sala Constitucional del ese Tribunal denotó como incompetencia de la Sala para decidir en la materia, alegando extralimitación de funciones. Situación esta que queda complementada en su desviación en el momento en que la referida Sala Electoral con la implicación de una necesidad jurídica de reconstruir la situación primigenia creada por el ordenamiento que regula el referendo revocatorio. Así afirma la Sala que: "con el mismo fin de reestablecer la situación jurídica lesionada [por la Circular N°16] al estado en que se encontraba antes de que ocurriera la violación, mientras se dicte la sentencia de fondo, ordena al Consejo Supremo Electoral desaplique a las firmas colocadas bajo observación (...) el criterio contenido en el instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la misma persona (...) que impone la exigencia de ratificación de la manifestación de voluntad de los titulares de esas firmas (denominado reparo negativo)".

Pero en la situación primigenia, los requisitos de la acción institucional que repare el derecho de igualdad, son más que violentados y en esa medida, la misma acción queda impregnada de validez en la medida en que la única referencia de reparo a la igualdad, haciendo referencia a la igualdad asimétrica, corresponde al reparo de los derechos en favor de un conjunto de ciudadanos cuya ideología es claramente el único elemento de unidad y de pertenencia a una misma esfera de igualdad.

I. A partir de allí, no queda otro sentido de acción institucional que aquel referido a la medida contradictoria decidida por la Sala Constitucional de Tribunal

Supremo de Justicia que admite la revisión de la sentencia N°24 antes descrita, la cual resolvió la solicitud de amparo cautelar contra los actos administrativos dictados por el Consejo Nacional Electoral referidos al Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la misma persona. Los razonamientos de solicitud son simples: la Sala Electoral Accidental incurrió en extralimitación de funciones al pronunciarse acerca del amparo cautelar sin haberse declarado competente, sin admitir la causa principal ni ordenar las notificaciones de Ley. De manera tal que, atendiendo al ordenamiento de las causas admisibles por la Sala Constitucional, declara que "la facultad de revisión persigue garantizar el cumplimiento de la vigencia y respeto de los postulados constitucionales, así como la integridad de la interpretación, en tanto se trata de una Sala con facultades expresas para tal función, concebida como órgano especializado para ello" En esa medida, y aunque de manera extraordinaria, la Sala Constitucional posee potestad para revisar una decisión de una Sala del Tribunal Supremo cuyas consecuencias fueron trascendentes para la institucionalidad democrática del país, a partir de allí la Sala razona:

La Sala Electoral Accidental incurrió en inobservancia de los requerimientos técnico-administrativos que conciernen a la naturaleza y al trámite solicitado, en primer lugar, existe ausencia de justificación de la calificación de la Sala para decidir en el caso concreto que se solicitó. En segundo lugar, no se satisfizo los requerimientos que permiten al Consejo Nacional Electoral plantear la oposición a la presunta cautela decidida por la Sala, la remisión al CNE de la copia certificada de la decisión se hizo con la finalidad de notificarle lo ordenado, y no para que, se lo considerase pertinente, pudiera oponerse a la medida acordada, ya que la referida sentencia ordena el envío del cuaderno separado relativo a la incidencia al Juzgado de Sustanciación para la continuación de la causa. Esto genera necesidad de revisión de la sentencia N°24 de la Sala Electoral en tanto el Consejo Nacional Electoral no tuvo oportunidad de ejercer su derecho a la defensa de una medida que ordena que una de

sus acciones fuere invalidada, tratándolo como una institución cuya subordinación irrestricta y unívoca a las decisiones de este órgano jurisdiccional.

Por otra parte, la Sala Constitucional, sin las derivaciones completamente explanadas del razonamiento esgrimido en este análisis sobre los requisitos de una acción institucional en favor del reparo a los derechos de igualdad política en el caso de la participación democrática, utiliza un razonamiento semejante en el cual, el único elemento de validación de la sentencia N°24, es que la presunta aplicación retroactiva de criterios de validación instaurados en los actos impugnados "podría impedir alcanzar el número de firmas necesarias para convocar el referendo revocatorio presidencial, cuando lo que se debe discutir es que el tratamiento y el reparo del derecho de igualdad, está por encima de la adjudicación de la validez de un conjunto de firmas, en cuanto este reparo está íntimamente relacionado y se sigue del cumplimiento de los requisitos que según el ordenamiento que regula el proceso revocatorio.

Por último, la Sala ratifica la capacidad según Ley del Poder Electoral para desarrollar la normativa que reglamente los procesos electorales y revocatorios a su propio cargo, con lo cual, la acción consecencial de la circular N°16 del 25 de Noviembre de 2003, tiene, siempre y cuando se haga la salvedad que no es una novedad impresa ni impuesta a la normativa vigente, y haciendo la salvedad de su necesidad anterior a su consecencialidad de su publicidad demandada constitucionalmente, una ratificación por parte de la Sala electoral. Sin embargo, es necesario acotar la ausencia de un razonamiento sobre estas salvedades, que si bien fueron dadas como presupuestas, deben ser, necesariamente atendidas en el interior del razonamiento, entendiendo que por sus consecuencias políticas, las decisiones deben ser razonadas no sólo en términos técnico-jurídicos, como se han esmerado los magistrados de la Sala Constitucional, sino que tal esmero debe centrarse en la adjudicación de las razones político-constitucionales para declarar nula la sentencia N°24 de la Sala Electoral y ratificar la competencia del Poder Electoral.

4.3. Seis mentiras de la oposición. De las sofisterías de Quirós Corradi y de la estupidez ilustrada de la oposición mediante el abuso de las formas jurídicas.

Exordio

A continuación paso revista a los principales argumentos y/o medias verdades que se han manejado en la oposición política y en algunos sectores intelectuales vinculados a la misma, en relación a las cuestiones técnico jurídicas del referéndum revocatorio presidencial. La presunción de buena fe y el in dubio pro elector, privilegiar la voluntad del elector, la presunción de inocencia, la inversión de la carga de la prueba, los métodos aleatorios y la afirmación de que la resistencia a nuevas fórmulas evidencia la mala fe del trío oficialista, la retroactividad de la ley, y la arbitrariedad.

4.3.1.- La presunción de buena fe del elector.

En primer lugar, se ha dicho que hay que presumir la buena fe del elector, con lo cual, en caso de dudas hay que privilegiar la voluntad del elector. Sin perjuicio de que ese enunciado general sea cierto, no lo es, sin embargo, las consecuencias que *a priori* se quieren extraer de su enunciación. Veamos.

La presunción de buena fe se regula en el Código Civil, siendo materia de Derecho Privado, y cuando se aplica en el Derecho Público tiene implicaciones diferentes, como seguidamente veremos; pero vamos a comenzar con el Derecho Privado.

4.3.1.1.- La presunción de buena fe en el derecho Privado.

En materia de Derecho Privado la presunción en referencia pertenece a la categoría de las reglas sobre la carga de la prueba, siendo la presunción de buena fe una regla singular que introduce una excepción al régimen general que establecen las reglas sobre la carga de la prueba, que, por tanto, se aplica con mucha cautela, fundamentalmente cuando existen obstáculos y dificultades probatorias insuperables para determinar la realidad de un dato fáctico conforme a las reglas generales de

prueba, en las que esta regla singular tiene una clara incidencia. Estas afirmaciones obligan a diferenciar entre la presunción técnico-jurídica y la buena fe como regla sobre carga la prueba.

La primera consiste, conforme al artículo 1395 del Código Civil, en partir de un hecho X absolutamente cierto (de suma certeza) para evidenciar un hecho Z desconocido y establecer una consecuencia jurídica, es decir, consiste en determinar la certeza de un hecho X para, sobre la base de esa certeza, dar por probado un hecho Z que no ha sido objeto de prueba pero que, por guardar una relación lógica con el primero (X), se da por probado Z si se ha establecido la certeza de X.

De modo que, de acuerdo a esto en el caso de las planillas planas no se puede hablar de presunción jurídica, porque, primero, dichas planillas no han producido certeza del hecho ocurrido (pues hay aproximadamente 380.000 firmas de muertos, de menores de edad y de venezolanos que están en el extranjero), y segundo, porque aquí nadie está tratando de determinar la certeza de un hecho X para atribuir consecuencias jurídicas a un hecho Z: no se trata de ese mecanismo probatorio indirecto; de lo que se trata es de determinar la certeza o no de las planillas planas (hecho X) para atribuir consecuencias jurídicas a la prueba o ausencia de prueba de ese mismo hecho X, es decir, la validez o no de las firmas sujetas a reparo.

En relación a la buena fe como regla de carga de la prueba lo que se quiere indicar es que para ciertas relaciones jurídicas (como en el caso de la posesión necesaria para adquirir un bien por prescripción adquisitiva, que requiere:

a.- la posesión del bien,

b.- por más de diez o veinte años según lo diga la ley, y

c.- posesión de buena fe) se entiende que la buena fe existe sin necesidad de prueba, es decir, que se admite que se tenga por existente un

presupuesto fáctico (en el ejemplo de la prescripción adquisitiva: la posesión de buena fe) sin necesidad de prueba alguna de la buena fe sino de su contrario: la mala fe; y esto ocurre por necesidades de técnica legislativa, según la cual ante la imposibilidad de probar la buena fe el legislador lo que en realidad se propone es que no exista mala fe en la posesión y que lo que haya que probar para impedir la prescripción adquisitiva sea la mala fe.

Por esta razón es que en el Derecho Civil, en casos como estos, existe una exoneración de la prueba de la buena fe, ya que “sin otra suposición previa, cambian por completo el tema y la carga de la prueba, de modo que la parte (adquirente) se libra de la prueba y la carga correspondiente pesa sobre su adversario”²⁵ (en el ejemplo dado arriba, correspondería la carga de probar a quien se opone a que el poseedor adquiera el bien por prescripción adquisitiva). Es decir, la presunción de buena fe en Derecho Civil *determina la exención de prueba de una afirmación que, por imperio de ley, se considera acreditada en el proceso salvo que fuera aportada la prueba de un hecho que le fuera incompatible*²⁶.

En síntesis: la presunción de buena fe en Derecho Civil constituye un mecanismo excepcional que altera el régimen general de la prueba al introducir reglas singulares (excepciones) sobre la carga de la prueba que llevan a no exigir una conducta activa en materia probatoria por parte del beneficiario de la presunción de buena fe, es decir, esas reglas singulares no están orientadas a fijar con carácter general quien debe soportar el peso de la prueba en un determinado proceso o procedimiento, dado que su ámbito de aplicación se reduce a hechos muy específicos, como el caso de la prescripción adquisitiva que indicamos arriba, *sobre los que se*

²⁵ Rosenberg, L.- *La carga de la prueba*, trad., española de E. Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, pág., 187.

²⁶ Cfr., Serra Domínguez, M.- en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XVI, Vol. 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, pág., 594.

producen excepciones singulares al régimen general de prueba, por razones de dificultad probatoria que llevan a la imposibilidad de probar la buena fe como requisito para la adquisición de un bien o de un derecho.

Establecido lo anterior, es importante advertir que las pretensiones de la oposición de aplicar las anteriores reglas sobre presunción de buena fe al caso de las firmas necesarias para la convocatoria al referéndum revocatorio presidencial si que implicaría invertir la carga de la prueba, por lo que a continuación se explica:

1.- Las reglas sobre prueba que proceden en el caso de las firmas para convocar el referéndum revocatorio presidencial son las ordinarias y generales sobre la materia, según la cual quien afirma algo debe probarlo: en este caso, los firmantes convocados por la oposición.

En esta misma perspectiva, también se pueden utilizar las reglas generales sobre la carga de la prueba en su versión moderna, es decir, acogiendo la doctrina de la facilidad probatoria, según la cual soporta el peso de aportar la prueba que aclara la controversia quien tenga más cercanía con ella y, por tanto, mayor facilidad de aportarla; y en este supuesto, evidentemente, también le corresponde probar a los firmantes convocados por la oposición la pretensión que mantienen, esto es, de querer convocar a referéndum revocatorio presidencial mediante la recolección del número de firmas necesarias para ello, válidas sin ninguna duda razonable.

Este es el régimen de prueba que procede porque, además de ser el ordinario y general, en el caso de las firmas para la convocatoria a referéndum no estamos ante un supuesto que haga procedente aplicar un régimen excepcional de prueba como el que surge de la buena fe como regla de carga de prueba, ya que quienes están intentando una pretensión, en este caso quienes están a favor del referéndum revocatorio presidencial, ni están imposibilitados para proceder a verificar el

fundamento de su derecho ni la legislación que rige los referendos revocatorios ha establecido un régimen excepcional en materia probatoria.

2.- Ahora bien, en lugar de acoger el régimen probatorio indicado en el punto núm., 1, la oposición pretende que se aplique más bien las reglas inversas en razón del principio de la buena fe del Derecho privado, esto es que la prueba la produzca el CNE o que pruebe quienes nos oponemos a la convocatoria al referéndum revocatorio presidencial, pretendiendo imponer a la parte contraria a la oposición (o al CNE) la prueba de un hecho negativo que, por las mismas dificultades de prueba que se presentan en este tipo de hechos, no se recomienda ni en la doctrina jurídica ni en el derecho. →

De modo, pues, que se les olvidó a la oposición, o quizá lo ocultan subrepticamente para inducir a confusión con el abuso de las formas jurídicas, que en el caso de los referendos revocatorios no estamos en materia de derecho privado y, por tanto, aquí no hay que embargar a nadie, aquí no hay que proteger los dineros de nadie, no hay que proteger el deseo de adquirir una propiedad privada de ningún poseedor de buena fe, que es el ámbito de relaciones que protege el Derecho Privado; aquí estamos no en el Derecho Privado sino en el Derecho Público y de lo que se trata no es, como en Derecho Privado, de la propiedad privada y de la buena fe negocial y monetarista de nadie, no se trata de la buena fe que *informa* el régimen general de los contratos de derecho privado y de los derechos reales referidos a la posesión, su adquisición y efectos, en los que *la buena fe es o presupuesto de atribución de derechos, o de regulación del ejercicio de los derechos o causa de atenuación de efectos jurídicos desfavorables*²⁷, o bien, *regla de inversión de carga de la prueba*. Se trata, más bien, de proteger los derechos políticos de todos los ciudadanos venezolanos a través de decisiones transparentes y que se correspondan con la verdad

²⁷ Cfr., González Méndez, A.- *Buena fe y Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág., 48.

de lo sucedido en las dos recolecciones de firmas para convocar a referendos revocatorios: para diputados de la oposición, por un lado, y para diputados del gobierno y Presidente de la República, por el otro.

Pero incluso, si nos remontamos al derecho civil, como parece ser el criterio de la oposición al invocar la presunción de buena fe, en esta “no se atiende tan sólo a la confianza que haya originado la declaración en quien la reciba, sino que se valora la conducta de todos los que, participando en él, dan lugar al negocio. De modo que el principio de la buena fe se considera como auténtico principio que, recibido de la Moral por el Derecho, debe predominar o sustituir a los intereses lógico-formales o incluso respecto al uso de la confianza”²⁸. En consecuencia, “cuando la disconformidad entre voluntad y declaración sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, en virtud de los principios de responsabilidad y protección de la *bona fides*”²⁹. En esta perspectiva, el Código de Procedimiento Civil es claro cuando señala, en su artículo 445, que negada la firma le corresponde a la parte que promueve el documento demostrar la autenticidad de la misma.

En el Derecho Administrativo, que trataremos en el epígrafe que sigue, el principio general de buena fe de las actuaciones de los administrados con la administración (de los electores con el arbitro electoral), no rige como regla general el requisito del derecho civil de la coincidencia entre voluntad declarada y voluntad real interna, sino que *los actos son eficaces en cuanto aparecen exteriormente del modo exigido, aunque la disposición interior no coincida con su exteriorización*³⁰.

²⁸ De Castro, F.- *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág., 60.

²⁹ De Castro, F.- *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág., 60.

³⁰ Cfr., González Pérez, J. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, tercera edición ampliada, monografías civitas, Madrid, 1999, pág., 129.

De allí que, si este criterio fuere sido aplicado sin más por el CNE entonces no se hubiese abierto la oportunidad de verificación sino que, ante la duda razonable, la firma objeto de verificación hubiese sido anulada; sin embargo, para hacer el proceso de la manera más transparente posible y resolver, en casos de duda entre voluntad y declaración, a favor del elector es por lo que, con buen criterio jurídico el CNE ha procedido a la apertura del proceso de verificación.

4.3.1.2.- La presunción de buena fe en el Derecho Público.

Lo dicho en los párrafos antecedentes, es decir, la diferencia entre la protección de los derechos objeto de tráfico jurídico de carácter negocial en el Derecho Privado y la protección de derechos políticos en el Derecho Público, confirman lo que ya anunciamos al comienzo, esto es, las distintas implicaciones de la presunción de buena fe en el Derecho Privado y en el Derecho Público. Por tanto, corresponde ahora referirnos a este último, pues la buena fe es “distinguible según la concreta función que esté llamada a desempeñar por las normas que la invocan y los efectos que haya de producir”³¹, con lo cual, va de suyo no sólo que los efectos que por vía de buena fe se invocan en el Derecho Civil no son aplicables en balde al Derecho Público, sino también que, en Derecho Público, la función de la buena fe y las consecuencias que de ella se deriven dependerá de las normas del Ordenamiento jurídico administrativo que resulten aplicables a la controversia que se dirima.

También importa resaltar, por un lado, que “para apreciar si una persona actúa de buena fe hay que analizar las motivaciones y las exteriorizaciones de su comportamiento; pero a tal fin es preciso que tenga encaje en el modelo de conducta que en el plano de las estimaciones ético-sociales asumidas por el Derecho sea calificable como tal”³², y por el otro, que *la buena fe representa el componente ético*

³¹ Cfr., Hernández Gil, A.- *Conceptos jurídicos fundamentales*, tomo I, obras completas, Espasa Calpe, Madrid, 1987, pág., 561.

³² Cfr., Hernández Gil, A.- *Conceptos jurídicos fundamentales*, tomo I, obras completas, Espasa Calpe, Madrid, 1987, pág., 561 y sigs.

*jurídico del principio de confianza, que demanda un respeto recíproco en las relaciones jurídicas, respeto al otro en el ejercicio de los derechos, y, en todo caso, el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico jurídico en general*³³.

La buena fe es una idea rectora en la aplicación del ordenamiento jurídico público y como principio general contribuye a aportar los criterios directivos que acerquen el derecho a la realidad social mediante la consideración e implementación de los valores aceptados por la comunidad como reguladores de las relaciones humanas³⁴; por tanto, la buena fe es un criterio de ordenación, construcción, interpretación y aplicación jurídica³⁵, fundamentalmente en el ámbito judicial de los tribunales, y así, *se erige, a través de la protección de la confianza legítima, como sistema de defensa del ciudadano frente a las actuaciones administrativas, encontrando su ámbito natural de actuación en el régimen de anulación y revocación de actos administrativos, y derivándose del mismo la protección de la permanencia y la continuidad de la situación existente o la posibilidad de su cambio en determinadas condiciones*³⁶, esto es, cuando haya existido violación a esa confianza legítima en cualquiera de sus dos vertientes: buena fe que genera la confianza y la buena fe como comportamiento leal³⁷. Esta buena fe, asociada a la

³³ Cfr., Larenz, K.- *El principio de la confianza. La buena fe*, en *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, págs., 95-96.

³⁴ Cfr., González Méndez, A.- *Buena fe y Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág., 41.

³⁵ Cfr., González Méndez, A.- *Buena fe y Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág., 42; González Pérez, J.- *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 3ª edición ampliada, Civitas, Madrid, págs., 77-88.

³⁶ Cfr., Castillo Blanco, F. A.- *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs., 107-199.

³⁷ Cfr., González Méndez, A.- *Buena fe y Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág., 191.

idea de creencia y confianza con imbricaciones en el Derecho público, interviene en el marco de dos mundos de relaciones e intereses jurídicos distintos y, muchas veces, hasta contrapuestos, el de la Administración y el de los administrados, que conviene tratarlas separadamente, como lo hacemos a continuación.

En esta perspectiva, el Decreto-Ley de Simplificación de Trámites Administrativos recoge el principio de buena fe y resalta que cuando exista contradicción (oposición) dentro de un procedimiento administrativo quien promueve un instrumento deberá ratificarlo; de modo que, a estos efectos, se ha de distinguir un procedimiento administrativo sin oposición de otro procedimiento administrativo con oposición, porque en éste último, como acabamos de decir, quien promueve un instrumento deberá ratificarlo. Pero todavía con mayor claridad: el referido Decreto-Ley³⁸ establece expresamente en su **Artículo 9** lo siguiente:

“De acuerdo con la presunción de buena fe, los trámites administrativos deben mejorarse o rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos y no para cubrir las posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano. En consecuencia, en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se debe tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario”.

Conforme a esta disposición, no puede aplicarse la presunción de buena fe cuando hay una conducta excepcional y anormal frente al Ordenamiento jurídico. Y aquí hay que resaltar que si el Ordenamiento jurídico referido al referéndum dice que el hecho de firmar es un hecho personalísimo, que todos y cada uno de los ítems debían ser llenados por la persona interesada en solicitar el referéndum, pues si este

³⁸ Decreto N° 368, con rango y fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, publicado en Gaceta Oficial N° 5.393 Extraordinario del 22 de octubre de 1999.

mecanismo normal no ha sido seguido sino que, antes bien, se ha seguido, en el caso de las planillas planas, otro procedimiento excepcional, entonces no podemos hablar aquí de invocación de la presunción de buena fe para amparar excepciones a lo que, conforme a las normas que son de aplicación a los procesos referendarios, constituye el comportamiento normal del ciudadano.

4.3.1.2.a.- La buena fe de la Administración.

Desde esta perspectiva, el CNE cumple con la buena fe si sigue la conducta propia y normal del poder electoral, que sirve de arbitro en los procesos de referéndum revocatorio, y la conducta propia y normal como órgano administrativo inscrito dentro de la función pública del Estado venezolano, cumpliendo sus actividades y funciones sin apartarse de la más estricta legalidad ni desviarse de los fines que justifican su actuación, que no son otros que dirimir la contienda con imparcialidad y tomando decisiones que se correspondan con la verdad que resulte de las firmas válidas, previa verificación de las mismas.

En definitiva, el CNE acata y sigue en su actuación lo pautado por la buena fe como idea rectora en la aplicación del Ordenamiento jurídico electoral cuando, para cumplir sus funciones, pida de los particulares lo que sea necesario para cumplir con sus finalidades institucionales como arbitro electoral, en el lugar y en el momento adecuado en atención a las propias necesidades institucionales dirigidos a alcanzar una decisión transparente, legítima, que se corresponda con la verdad y, además, que sea lo más clara e inequívoca posible en la salvaguarda de los derechos políticos de los electores de Venezuela, tutelando al unísono tanto el derecho de los que quieren un referéndum revocatorio presidencial como el derecho de los electores que, por apoyar al Presidente, no quieren referéndum revocatorio presidencial.

Y es que *la tutela jurídica que debe dar el CNE comprende tanto el derecho de los que están a favor como el derecho de los que están en contra del referéndum revocatorio presidencial* porque el arbitro no está para asegurarle, de manera

exclusiva y excluyente, el derecho político sólo a una de las partes: la parte que quiere realización del referéndum revocatorio, como parece que han pretendido algunos rectores; porque esa no es su función; su función es convocar con justicia y con imparcialidad el referéndum si se cumple con los requisitos exigidos para activarlo, y en el procedimiento que nos conduce por esos derroteros existe el interés de los que desean convocarlo pero también el derecho legítimo de todos los electores que desean que no se convoque, y ambos grupos políticos en competencia requieren y demandan con toda legitimidad la protección del árbitro.

De manera que esas declaraciones de que está en peligro el referéndum parecieran partir de la premisa implícita que el referéndum se tiene que dar a pesar de que no se cumplan los requisitos, y eso sí que viola la buena fe que debe presidir la actuación de todos los rectores del ente comicial, pues en ese interés exclusivo por la defensa del revocatorio presidencial se está discriminando el derecho de los electores que no quieren que ese mecanismo se active y, de paso, se manifiesta una evidente parcialidad política de los rectores que entienden que su función *es facilitar la voluntad del referéndum revocatorio y, por tanto, manifestarse a favor de la voluntad de quienes quieren que se active ese mecanismo*; los rectores no están para eso, porque ellos no son facilitadores de nada sino *árbitros de un proceso en el que existe una competición entre grupos políticos con intereses contrapuestos*, en cuya diatriba el árbitro no está a favor ni en contra de ninguno, sólo regula el proceso y lo que facilita no es la realización del referéndum sino los mecanismos para que ambos grupos políticos (gobierno y oposición) participen en su competencia con reglas de juego paritarias, y sólo si, como resultado de esta competición, resultan cumplidos los requisitos establecidos por las reglas de juego para hacer la convocatoria, entonces el árbitro debe convocarla, pues otra cosa distinta a esta sería inadmisibles: Imaginémonos un juez penal, que es el árbitro en el proceso penal, interviniendo en el proceso para que los mecanismos punitivos del estado sancionen al imputado a pesar de lo que sea y cueste lo que costare, o interviniendo en dicho proceso para que la

libertad nunca sea limitada. Se trataría evidentemente de un juez penal parcializado que no procede de buena fe.

Por esta razón, también es importante determinar cuándo (en qué casos) el órgano comicial (o mejor dicho, algunos de sus miembros) se aparta de la buena fe, porque por allí se ha corrido el rumor de renuncia de algunos de los miembros del CNE. Observemos lo que dice FERNANDO SAINZ MORENO, Catedrático de Derecho Administrativo en una Universidad española, quien al hablar de la buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados, destaca que *“el principio jurídico de la buena fe protege un bien, el valor ético social de la confianza jurídicamente válida frente a cualquier lesión objetiva que pueda sufrir, haya sido o no maliciosamente causada. Un acto es contrario a la buena fe cuando produce una lesión, cualquiera que sea la intención del causante”*³⁹.

Esto es muy importante, porque en caso de renuncias de rectores no sería aventurado hablar de que se causa una lesión a la realización de una de las funciones del estado (regulación del desenvolvimiento de los procesos que conduzcan, o no, al referéndum), que, aunque se pueda subsanar porque están otras instituciones que se encargarán de incoar los mecanismos necesarios y llenar las vacantes, sin embargo queda muy entredicha la conducta de quienes renuncien por el simple desacuerdo con las decisiones del órgano colegiado; y también se causa una lesión si en la mente de alguno de los rectores del CNE lo que pulula es que el revocatorio presidencial se tiene que dar así no se cumplan los requisitos, porque en este caso lo que cabría preguntar es: ¿y la tutela de los derechos de los electores que no quieren referéndum revocatorio presidencial cómo queda?; porque hay que aclarar, insistimos, que el arbitro electoral lo es tanto de los que quieren como de los que no quieren el referéndum revocatorio presidencial, de allí que la única manera de tutelarlos a todos

³⁹ Sainz Moreno, F.- *La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados*, en Revista de Administración Pública, núm., 89, Madrid, 1979, pág., 314.

es determinando bien y despejando adecuadamente toda duda para llegar a la verdad, es decir, cuál es la voluntad popular.

En conclusión: el CNE en su condición de arbitro electoral, obligado por la normativa administrativa a proceder de buena fe en el ejercicio de sus actuaciones y en la toma de decisiones, tiene el deber de tutelar los derechos de las dos partes en competición, a favor una y en contra otra, por el referéndum revocatorio presidencial. Desde esta perspectiva, si el CNE validara firmas sobre las que existen dudas razonables sin los reparos correspondientes violaría el principio general de la buena fe y, también, violaría el *principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley al privilegiar inadecuadamente los derechos de los individuos y grupos políticos que están a favor del referéndum revocatorio presidencial discriminando los derechos de los individuos y grupos políticos que no quieren el referéndum revocatorio presidencial. No ha de olvidarse que es obligación del Estado, por conducto tanto de las Administraciones Públicas como de los distintos poderes del Estado, promover la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos y grupos ante la Ley y en el ejercicio de sus derechos constitucionales.*

4.3. 1.2.b.- La buena fe de los administrados (los electores).

También encontramos, por otra parte, el correlato necesario de la actuación del órgano electoral, a saber, los administrados. Es decir, la realidad administrativa nos presenta dos polos netamente diferenciados y rígidamente separados: la Administración (en este caso, el CNE) y los administrados (en este caso, los electores). *La aplicación de la buena fe conllevará, por otra parte, “la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia*

*Administración y frente a otros administrados*⁴⁰. Como ha dicho F. SAINZ MORENO, Catedrático de Derecho Administrativo, “la buena fe de la Administración frente al ciudadano consiste en la confianza de que éste, no sólo no va a ser desleal con el comportamiento honesto de la Administración, sino que tampoco va a utilizar a la Administración para obtener en su beneficio resoluciones contrarias a la buena fe de otro ciudadano”⁴¹.

De aquí se deriva que las exigencias de la buena fe del elector, de lo que tanto alardea la oposición, son muy distintas a las que ellos, amparándose en un abuso de las formas jurídicas, quieren imponerle al árbitro y hacerle creer a todos los venezolanos, pues lo que acabamos de reseñar como exigencias de la buena fe no sólo no se parece en nada a lo que ha dicho la oposición en esta cuestión, sino que además lleva a consecuencias muy diferentes a las que ellos pretenden inferir de la buena fe que invocan.

En efecto, las referidas consecuencias, muy diferentes a las apuntadas por la oposición, apuntan en el sentido de que las exigencias de la buena fe *no sólo no impide* la investigación cuando existen dudas respecto a los actos que quieren producir los particulares, *sino que también impone* a los particulares la necesidad, y la carga, de aclarar y/o subsanar dichos actos para poder, en base a la certeza, atribuir las consecuencias jurídicas que correspondan; en el caso del referéndum, convocar al mismo si se han cumplido los requisitos exigidos y decidir la no convocatoria en caso contrario.

Pero en esto de la buena fe, también es importante *diferenciar entre la buena fe de los ciudadanos venezolanos firmantes*, que todos merecen respeto y confianza

⁴⁰ González Pérez, J. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, tercera edición ampliada, monografías civitas, Madrid, 1999, pág., 92.

⁴¹ Sainz Moreno, F.- *La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados*, en Revista de Administración Pública, núm., 89, Madrid, 1979, pág., 311.

porque han procedido de buena fe, y **la mala fe de los representantes de la llamada oposición**, que no son confiables porque han incardinado una serie de actos que incluyen hasta el golpe de estado de abril del 2002, razón por la cual, a la vista de sus reiteradas acciones insurreccionales, no podemos presumir que están preñados de buena fe, máxime cuando existen muchas evidencias que permiten albergar dudas respecto a la buena fe en la entrega de las firmas, que todas parecen indicar que salieron bien infladas y aumentadas de sus laboratorios en los días que las retuvieron en su poder hasta que las entregaron al CNE. En conclusión: en la buena fe de los firmantes se confía más no en la buena fe de los que entregaron las firmas, por tres razones:

- 1.- porque son los mismos que dieron el golpe de estado,
- 2.- porque fracasando en el golpe de estado acudieron al golpe petrolero y jugaron al desabastecimiento alimentario, apostaron al irrespeto a las instituciones democráticas incluyendo llamados a la desobediencia tributaria, y
- 3.- porque, en fin, con toda irresponsabilidad y para evadir la acción de la justicia salen corriendo a esconderse en Washington después de dar golpes de estado, golpes petroleros y hacer llamados insurreccionales.

Además, la buena fe es una cuestión subjetiva que por múltiples razones, el derecho civil y el derecho administrativo han tratado de objetivar en las relaciones negociales y en las relaciones entre los particulares y la Administración, entre otras razones por la necesidad de controlar intersubjetivamente (mediante parámetros objetivos) la voluntad de los ciudadanos y por la búsqueda de la debida pulcritud de los actos públicos que tienen consecuencias jurídicas y políticas.

Por tanto, no estamos en un ámbito que imponga privilegiar el fuero interno de los ciudadanos sino la manifestación externa de sus voluntades reflejadas en la

declaración (esto es, en la firma de la planilla), y para no caer en un acto de objetivación que prescinda del ciudadano que ha manifestado su voluntad, esto es, el examen de la planilla en donde aparece estampada la firma y la huella dactilar junto con los demás datos, es por lo que se hace procedente el reparo, porque lo contrario implicaría otorgar consecuencias políticas y jurídicas a un supuesto no verificado, esto es, que el sujeto firmó a favor del referéndum revocatorio presidencial, sin que realmente sepamos si eso es cierto o no.

En síntesis, de una parte, la buena fe que hay que proteger no es de carácter *subjetiva* sino de carácter *objetiva*, para lo cual se requiere, en casos de dudas razonables que se puedan aclarar, proceder a la verificación; de otra parte, la buena fe objetiva a proteger con el propósito de salvaguardar los intereses colectivos y la tutela de los derechos de los ciudadanos en un marco de pluralismo político pasa por considerar, como ya se ha indicado reiteradamente, dos valores antinómicos: los derechos de los ciudadanos cuya opción política de preferencia se proyecta a favor del referéndum revocatorio presidencial, como las preferencias políticas de otro grupo de ciudadanos que se manifiestan en contra de esa opción y prefieren la continuidad del mandato presidencial; de manera que presumir una buena fe subjetiva a favor de las firmas recolectadas para convocar el revocatorio presidencial y, como consecuencia de ello, tomar una decisión que convoque a referéndum revocatorio presidencial sin hacer las verificaciones correspondientes, que determine la realidad de la verdadera voluntad popular, sería vulnerar los derechos de quienes prefieren la opción contraria, y viceversa, decidir que no hay referéndum revocatorio presidencial sin los elementos de confirmación suficientemente depurados de cara a determinar cuál ha sido la referida voluntad popular respecto al referéndum revocatorio presidencial, sería privilegiar al grupo de ciudadanos que prefiere optar por la no realización del referéndum revocatorio al Presidente. Y cualquiera de estas dos decisiones, entre otras incorrecciones, vulneraría la buena fe.

Esto es así porque si lo propio se exige para un campo de mayor rigor y exigencia como el Derecho penal, con mayor razón en el ámbito de los derechos y libertades políticas de los ciudadanos, propia del pluralismo político: en efecto, en el ámbito penal no sólo juega la presunción constitucional de inocencia para proteger al acusado sino también el derecho a tutela judicial que funciona a favor de la parte acusadora, derecho fundamental que le asiste a las víctimas de un delito⁴², y que consiste en el derecho de obtener una providencia judicial del estado que haga justicia ante el supuesto ilícito penal cometido.

De modo que en estos casos existes *dos derechos en conflicto*: el de la *presunción de inocencia del imputado*, que lucha por preservar su *libertad*, y la *tutela judicial efectiva de los familiares de la víctima* del ilícito penal, que luchan por conseguir del Estado una providencia judicial que haga *justicia* en el hecho cometido y, al efecto, *prive de la libertad* a quien haya incurrido en su comisión. Y este conflicto se dirime mediante la determinación en juicio de la verdad de lo ocurrido para ver cuál de los derechos debe ceder a favor del otro. De igual forma ha de procederse en el ámbito electoral.

Es importante resaltar que las posibilidades de la buena fe como concepto y criterio aplicable en el Derecho Público sólo empiezan a construirse y tienen que ver, fundamentalmente, con el ámbito de la interpretación judicial del Derecho (en los Tribunales), y en relación a la seguridad jurídica y a la suficiente motivación racional de algunas actuaciones judiciales de interpretación correctora de la ley, ambas a la luz de la buena fe como concepto que encarna “los valores éticos imperantes en la conciencia jurídica actual”⁴³.

⁴² Cfr., Igartua Salaverria, J.- La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Serie Cuadernos y Debates, núm., 149, pág., 56.

⁴³ Auto del Tribunal Constitucional español núm., 249/1995.

4.3.1.2.c.- La buena fe y la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

Dado que se trata de una cuestión que pulula en los aledaños de la buena fe, conviene referirse a la presunción de legitimidad de los actos administrativos, que intenta fortalecer la posición de la Administración en torno a la ejecutividad de los actos emanados de ella. Lo que interesa aquí es la discusión respecto a los efectos jurídicos que van asociados a dicha presunción de legalidad y legitimidad, en el sentido de determinar si el precepto en cuestión faculta al interesado para accionar instando a la revisión del acto dictado, o si junto a ello, debe además aportar la prueba que enerve lo afirmado por el órgano administrativo (que goza de la presunción de legalidad).

En Derecho Administrativo la presunción de legalidad presta su servicio a la ejecutividad y eficacia de los actos administrativos, es decir, al principio de autotutela administrativa, tal como lo ha señalado E. García de Enterría⁴⁴.

Así entendida la presunción de legalidad, implica, simplemente, desplazar la carga de accionar al administrado⁴⁵, no la carga de la prueba; de manera

⁴⁴ Esta presunción constituye, al decir de E. García de Enterría y T. R. Fernández, "una técnica formal para imponer el inmediato cumplimiento de las decisiones administrativas, consagrando una capacidad de autotutela a la Administración y dispensándola de la necesidad de obtenerla de los Tribunales, pero sin que ello suponga excluir la eventual y posterior intervención de éstos" (Curso de Derecho Administrativo, tomo I, pág., 510). Para M. C. González Grimaldo, el que la presunción de validez, del acto administrativo, se funda en la especial situación de la Administración en las relaciones jurídicas no parece que admita ninguna duda, pues considera que "es obligada consecuencia de otro principio de gran prevalencia en el Derecho Administrativo de hoy, el principio de eficacia. Es como un tributo que el administrado ha de satisfacer en correspondencia a una Administración eficaz y diligente. Es una derivación de la propia naturaleza de las cosas como contrapeso de una Administración instrumento del Estado para la consecución de sus fines. Todo ello ha de admitirse como aceptable, sin que se violen valores superiores como el de justicia, que puede ponerse en peligro cuando sobre él se superponen otros principios de rango inferior; y eso ocurre si esa presunción adquiere caracteres dogmáticos" (Potestad Sancionadora y carga de la prueba, RAP núm. 53, INAP, Madrid, 1967, pág., 20).

⁴⁵ Esta posición, que hoy es mayoritaria, era ya sostenida por F. Sainz de Bujanda, quien destacaba que respecto a la presunción de legitimidad de la actividad de la Administración, "hoy se piensa que (...) determina únicamente en el orden procesal la inversión permanente de la carga de la posición de la Administración pública, que siempre será demandada, por lo que al particular siempre

que al administrado en su acción impugnatoria le bastará con invocar la falta de prueba de los hechos a los que se le atribuyen determinadas consecuencias jurídicas para invalidar el acto ejecutorio dictado por la Administración⁴⁶, y la carga de la prueba ha de ser sometida a las reglas generales sobre la materia.

Evidentemente, impugnar no basta con decir que existe falta de prueba, pues si así fuera entonces todos los actos se impugnarían con el sólo hecho de decir: me opongo; y eso, en alguna medida, alteraría la ejecutividad de los actos de la Administración. De ahí que, como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “la presunción de legalidad del acto opera en tanto que los interesados no la destruyan, para lo cual tendrán que impugnarlo mediante las vías de recurso disponibles y justificar que el acto, en realidad, no se ajusta a derecho”, por lo cual, “el administrado tendrá la carga de impugnar esta decisión y de justificar su ilegalidad”⁴⁷.

Ahora bien, este aspecto no es el que ahora incumbe a la diatriba del CNE y la oposición, pues estas reglas regirán cuando el CNE dicte el acto Administrativo definitivo que cause estado entre las partes del revocatorio, oportunidad en la que, si una de las partes considera que el acto administrativo es ilegal o ilegítimo, puede impugnarlo siguiéndose al efecto las reglas, y las consecuencias, que de la presunción

incumbe la carga de impugnar la actuación de la misma” (Notas de Derecho Financiero, tomo I, vol. 3º, Seminario de Derecho financiero, Universidad de Madrid, 1975, pág., 461).

⁴⁶ Al hilo de la cuestión que referimos en el texto, E. García de Enterría y T. R. Fernández destacan que la Administración es titular de la carga de la prueba con normalidad en el plano material de las relaciones, de modo que si la ha desatendido y no obstante ha dado sin prueba por probados determinados hechos la decisión que adopte será inválida, para concluir señalando que “la autotutela declarativa de que se beneficia la Administración desplaza, pues, la carga de accionar a la otra parte, gravada con la necesidad de poner en movimiento una acción impugnatoria para destruir la eficacia inmediata que, por su sola fuerza, alcanzan las decisiones administrativas, pero esto no implica que se dé un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba, carga esta última que con normalidad corresponde a la Administración, incurriendo en un vicio legal y constitucional el acto que la desatiende en este supuesto” (*Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, op., cit., págs., 510-511).

⁴⁷ García de Enterría y Fernández, T. R.- *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, op., cit., págs., 510

de legalidad y legitimidad de los actos administrativos se derivan, que no son otras que las que acabamos de exponer.

En este ámbito, la presunción de legitimidad del acto lo que permite y facilita es la realización de las actividades de la Administración Pública y le da carácter de ejecutividad a los actos por ella dictados, y, por tanto, permite ejecutar las decisiones que toma la Administración. Pero de aquí no se deriva que la buena fe o la presunción de legitimidad blinden de inmunidad a lo que haya realizado la Administración y lo realizado por el administrado, en el sentido de que por el hecho de presumirse la buena fe y la legitimidad de sus actuaciones ya por ello los actos sean legítimos sin más, de modo que si hay una impugnación del acto administrativo la misma podría cambiar las consecuencias del acto; y lo que se deriva de la presunción de buena fe y de la presunción de legitimidad del acto es que si se presentan dudas respecto a la legitimidad del acto administrativo el particular, como ha dicho E. GARCÍA DE ENTERRÍA, lo que le corresponde es la carga de accionar contra el acto,

www.bdigital.ula.ve

4.3.2.- Privilegiar la voluntad del elector.

Yo no puedo llegar a impugnar unas elecciones alegando, por ejemplo, que hay diez mil votos nulos que si se hubieran hecho correctamente me favorecerían porque la voluntad del elector es manifiestamente para mí, dado que se ha marcado en la planilla de votación dos renglones: un renglón para el candidato opositor y en el otro renglón para mi candidatura, con la diferencia de que en la del candidato opositor ha marcado una vez y en mi opción ha marcado tres veces. Si alego con las sofisterías de la oposición que pretende interpretar incorrectamente el significado de lo que es la voluntad del elector, diría que el órgano electoral me debe declarar ganador porque la voluntad del elector me beneficia. Pero este razonamiento es incorrecto.

¿Porqué? Sencillamente porque:

- 1) de acuerdo a las reglas del juego, esos diez mil votos son nulos;

2) porque se trata no ya de ver cuál es la voluntad subjetiva, libérrima, interna e intransferible del votante sino, antes bien, de ver cuál su voluntad manifestada en su declaración exterior, en su manifestación de voluntad que, en el ejemplo propuesto, viene materializada en el acto de votar, y en el caso del referéndum revocatorio presidencial en el acto de firmar que haya realizado el ciudadano; lo contrario sería tan similar a condenar a una persona por homicidio intencional diciendo que su voluntad fue la de asesinar y que esa afirmación la hago porque me parece o porque creo que tuvo esa intención: muy al contrario, para yo determinar la intención de cometer homicidio tengo que ir a las evidencias objetivas en función de las cuales puedo determinar que, dada las manifestaciones externas de la conducta del sujeto puedo llegar a la conclusión de que el sujeto tenía la intención de cometer homicidio.

Hacer lo contrario es tratar de determinar acciones y establecer consecuencias a ciertos actos en base a la parte volitiva interna del sujeto, y la mejor doctrina científica en los actuales momentos recomienda que para no caer en arbitrariedad, para no entrar a escudriñar los ámbitos de lo impredecible, en el que existe total ausencia de certeza (esto es, en la parte interna del sujeto), debemos determinar sus actitudes volitivas en razón de sus manifestaciones externas; y en fin,

3) porque la *voluntad* interior del elector es un hecho psíquico, cuya prueba es imposible sin un elemento de objetivación, de modo que, como tal hecho psíquico, no es verificable intersubjetivamente. Por tanto, al ser relevante la voluntad del elector, y ante la imposibilidad de controlar y determinar el hecho psíquico interno de su voluntad, se recurre a la voluntad declarada del elector, porque “la declaración es, en realidad, un hecho <<material>> que forma parte de los fenómenos sensibles y verificables intersubjetivamente”; esto es, la declaración es un suceso empírico que no se distingue (al menos desde el punto de vista de la prueba y de una forma muy

general) de otros comportamientos materiales”, dada “la equivalencia funcional entre voluntad y declaración”⁴⁸.

En realidad se trata de un problema complejo: en la prueba del hecho psíquico como lo es la de determinar la *voluntad* del elector, el elemento psicológico no puede ser probado más que de una forma: “reconociendo algún valor probatorio a la <<expresión>> del hecho psíquico por parte del sujeto que es su <<autor>>”⁴⁹, esto es, a la declaración de voluntad, el acto de voluntad manifestado en la declaración, “salvo que se disponga de las declaraciones provenientes del propio autor del hecho psíquico”⁵⁰, que, en la cuestión que nos ocupa, lo que implica es proceder a tomarle la firma y la huella para compararla grafotécnicamente con las estampadas en el papel elaborado por la casa de la moneda, pues de lo contrario sería inevitable la utilización de “técnicas de reconstrucción indirecta, (porque) esos hechos no pueden ser conocidos con los habituales medios de prueba; lo que se puede conocer con esos medios habituales son hechos materiales a partir de cuya existencia y de cuyas modalidades se pueda argüir que un determinado sujeto tenga o haya tenido una determinada voluntad, el conocimiento de algún hecho, una determinada actitud valorativa, ciertos convencimientos, etc.”⁵¹.

4.3.3.- La presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es una regla sobre la carga de la prueba y una regla de juicio. Las reglas sobre carga de la prueba actúan una vez concluida la fase probatoria *sólo para el supuesto en que la actividad probatoria no hubiera logrado aclarar qué es lo que ha sucedido, es decir, que las dudas iniciales se mantengan*

⁴⁸ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 161.

⁴⁹ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 162.

⁵⁰ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 164.

⁵¹ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 164.

***hasta el final después de concluida la investigación y, por ello mismo, la actividad probatoria no hubiera logrado el convencimiento del juzgador*⁵².**

Conforme a la presunción de inocencia “toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”⁵³. Y se configura de manera distinta en el ámbito del Derecho penal y en el ámbito del Derecho Público.

Se trata de un principio que rige, principalmente en el campo del derecho penal, y entre sus principales manifestaciones está la de que para privar de la libertad a un ciudadano debe probarse su culpabilidad en la participación en un delito o falta tipificado como tal por las leyes penales. También es importante destacar que, en la esfera jurídico procesal “la ‘presunción de inocencia’ no sirve para expresar el convencimiento inicial del juez sobre la inocencia del acusado, sino para al menos dos funciones bastante menos incontrolables (y más garantistas): para asignar la carga de la prueba (al acusador corresponde probar la culpabilidad del acusado) y para fijar el *quantum* de la prueba (la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable⁵⁴)”⁵⁵.

⁵² Serra Domínguez, M.- *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Editorial Nauta, Barcelona, 1963, pág., 95.

⁵³ Art., 49.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999

⁵⁴ Que la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable tiene su origen en el *in dubio pro reo*, que es de antigua data. “fue estatuido por un rescripto de Trajano y, más tarde, retomado por los tratadistas medievales del derecho canónico. Esta larguísima tradición se vio interrumpida en el continente europeo durante los oscuros siglos de la inquisición, pero conservose intacta en el law of evidence inglés. Su posterior redescubrimiento a cargo del a cultura ilustrada continental acaeció, en gran medida, bajo el influjo de la experiencia procesal inglesa, en donde –como se ha dicho– nunca se había apagado. Pues bien, el paso del <<in dubio>> por el tamiz del empirismo inglés dio lugar a la no menos célebre fórmula del <<beyond reasonable doubt>>, la cual estaba provista de un acusado perfil epistemológico” (Cfr., Igartua Salaverria, J.- *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Serie Cuadernos y Debates, núm., 149, Madrid, 2003, pág., 45).

⁵⁵ Igartua Salaverria, J.- *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, trota, Madrid, pág., 17.

Tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional español en diversas Sentencias, la *presunción de inocencia* tiene un contenido que permite deducir las siguientes exigencias: en primer lugar, toda condena debe ir siempre precedida de una actividad probatoria, impidiéndose así que pueda tener lugar una condena sin pruebas; además, las pruebas tenidas en cuenta para fundamentar la decisión de condena han de merecer tal concepto y ser constitucionalmente legítimas; y finalmente, la carga de la actividad probatoria recae sobre los acusadores, sin que en ningún caso tenga que ser el acusado quien tenga que probar su inocencia⁵⁶.

Se trata, pues, de una *auténtica regla sobre la carga de la prueba* en virtud de la cual, y según lo sostenido por el Tribunal Constitucional español (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre), “la carga probatoria corresponde a los acusadores y toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste”, lo que supone la obligación de “los Tribunales sentenciadores de no proferir sentencia condenatoria en contra del reo cuando no consten en las actuaciones pruebas inculpatorias de su participación en el hecho punible que se persigue”⁵⁷.

Así, la presunción de inocencia se configura como una regla de juicio, por tanto “la vigencia del principio de presunción de inocencia como regla de juicio impone al juez el deber de asumir, desde la neutralidad, la acusación como una hipótesis que sólo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento probatorio de cada uno y de todos los elementos de la imputación, según lo que resulte del juicio. Cuando esa hipótesis no

⁵⁶ Vid., entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional español 109/1987, de 24 de septiembre, Fundamento Jurídico 1º; y Sentencia del Tribunal Constitucional español 76/1990, de 26 de abril, Fundamento Jurídico 8º. De forma mucho más amplia, puede verse a Prieto Sanchos, L.- *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho*. En Revista Española de Derecho Constitucional, núm., 4, Civitas, Madrid, 1982, págs., 110 y sigs.

⁵⁷ Cfr., Sentencia del Tribunal Supremo Español de 9 de julio de 1983 recogida por Mestre Delgado, E.- *Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 38, fascículo 3º, sept/dic 1985, pág., 728.

pueda entenderse confirmada habrá de prevalecer, sin reservas, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado. (...). Cuando se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación – sea cual fuere la causa- sólo puede confirmar el *status* de inocencia preexistente”⁵⁸.

En el ámbito del Derecho Público la configuración de la presunción de inocencia se produce de manera diferente porque no rige el mismo principio de la carga de la prueba que en el derecho penal, de modo que, aparte de que la presunción de inocencia no sirve para expresar el convencimiento inicial de quien va a tomar una decisión en el ámbito público, sí que sirve, de un lado, para asignar la carga de la prueba según el principio propio en el ámbito público y sus respectivas modulaciones: el que afirma debe probar el fundamento de su derecho y el que niega debe probar los hechos que constituyen la negación, salvo la doctrina de la facilidad probatoria que analizaremos más adelante; y de otro lado, para fijar el quantum de la prueba más allá de toda duda razonable o, cuando proceda según las dimensiones fácticas de la controversia, según la probabilidad lógica prevaleciente, a lo que volveremos en otros párrafos más adelante.

A la vista de lo que antecede, hay que preguntarse si el principio de la presunción de inocencia impide realizar investigaciones, que es lo que parece pretender la oposición con lo de las planillas planas: que no se investigue ni se determine la veracidad o no de las firmas; porque si la presunción de inocencia impidiera investigar, entonces nunca podría llegarse a la condena de un reo, pues sólo se determinará la culpabilidad del reo después de la investigación y de la reconstrucción histórica de lo que se le imputa; ni en el ámbito público pudieran solucionarse los pliegos controvertidos, ya que, según la interpretación que pretende otorgarle la oposición, dicha presunción impediría investigar.

⁵⁸ Andrés Ibáñez, P.- Sobre prueba y proceso penal, en Revista *Discusiones*, núm., 3, año III, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Argentina), 2003, págs., 60-61.

Es decir, *el derecho a que se presuma la inocencia*, por obra de la oposición se pretende convertir en algo que no es: *en un derecho a ser inocente y, por tanto, en un derecho a que no hayan investigaciones que determinen la existencia, o no, de inocencia*.

Dada las modulaciones que, en la carga de la prueba y en la calidad de la prueba, la presunción de inocencia experimenta al ser aplicada a otras ramas del derecho (distintas a la penal), hay que resaltar que en el problema de las planillas ni estamos en el ámbito del derecho penal ni se ha pretendido determinar a priori la culpabilidad de nadie, porque estamos en el ámbito administrativo, no en el ámbito penal, y de lo que se trata es de averiguar si la persona firmó o no firmó, resguardando siempre la presunción de inocencia porque ni no fuese así y se presumiera, en cambio, la culpabilidad o el fraude, pues no se investigaría, no se averiguaría para determinar cuál es la verdad en las firmas de procedencia dudosa sino que, simplemente, el árbitro electoral dijera que las personas cometieron un fraude o que no firmaron porque presume que no han firmado y que las firmas entregadas obedecen a un fraude.

De modo que el resguardo a la presunción de inocencia se manifiesta en el hecho de que se está procediendo a la verificación para determinar la autenticidad de la firmas, y ello no constituye un juicio a favor ni en contra de la firma estampada, ni constituye la afirmación de que no es inocente la persona que presuntamente firmó, simplemente que ante la duda se trata de aclarar cuál es la realidad del documento objeto de dudas. Y cuando se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de quien no ha podido fundamentar el hecho que sustenta su pretensión –sea cual fuere la causa- sólo puede confirmar el *status* jurídico preexistente a la petición formulada, y viceversa: el éxito probatorio de quien afirma una pretensión lleva al éxito de lo solicitado, que debe ser acordado por el árbitro electoral, so pena de incurrir en arbitrariedad en caso contrario.

Aquí es pertinente comentar lo que se ha pretendido difundir respecto al *in dubio pro elector*. Por lo que ya ha quedado dicho respecto a la carga de la prueba y sus modulaciones en el Derecho penal y en el resto del derecho, así como respecto a la presunción de inocencia como regla de juicio en derecho penal y el *non liquet* como regla de juicio en el resto del derecho, en ambos supuestos para las consecuencias jurídicas que corresponde atribuir a las partes con ocasión de la falta de prueba, debe agregarse y aclararse aquí que la duda es un estado de incerteza en las que no puede afirmarse ni negarse nada respecto a la pretensión aludida: en el caso de la pretensión de convocar a un referendo revocatorio presidencial, no podría afirmarse nada, ni a favor ni en contra; porque la duda impide afirmar que se cumplen los requisitos para convocar el referéndum revocatorio, y también impide afirmar lo contrario, es decir, que no se han cumplido los requisitos para convocar el referéndum revocatorio. En estos casos de duda es necesario que quien afirma una pretensión la pruebe, con las exigencias de la probabilidad lógica prevaleciente, que presenta al menos dos situaciones probatorias:

En una primera pueden existir dos hipótesis en competencia: la primera trata de afirmar la pretensión y la segunda trata de negar dicha pretensión, y quien decide deberá acoger la que tenga mayor probabilidad, la que tenga mayores elementos de confirmación probatoria, es decir, no sólo que tenga por sí misma elementos de confirmación suficiente sino que, además, tenga una confirmación mayor que la hipótesis con la que compete; pero esta no es la situación que se presenta con el caso de las planillas planas, ya que ante el CNE no existen dos partes en conflicto dirimiendo una controversia sino, y sólo, la oposición ante el árbitro electoral pidiendo que se convoque a referéndum revocatorio, para lo cual consigna unas firmas cuya procedencia es dudosa y debe aclararlas para despejar la duda;

En una segunda situación probatoria, existe una hipótesis explicativa de los hechos intentando proporcionar los elementos probatorios que la confirman: esta es la situación que se presenta con las planillas planas: la oposición pide la convocatoria a

un referéndum revocatorio presidencial y, a tales efectos, y ante la duda, debe **no sólo consignar sino también probar** que las firmas que consignó son válidas y suficientes para convocar a un referéndum revocatorio, es decir en este caso la hipótesis que pretende confirmarse no debe ser ni siquiera prevaleciente porque no está compitiendo con otra hipótesis que busque confirmarse sino, y sólo, que dicha hipótesis solitaria debe tener los **suficientes** elementos de confirmación (que se hayan despejado las dudas, pues) como para acoger la pretensión de la oposición y, al efecto, asumir que ha cumplido con los requisitos para la convocatoria a referéndum.

Cuestión distinta es que en base a un mal entendido de un supuesto *in dubio pro elector*, la oposición pretenda que, ante la ausencia de conocimiento respecto a si se recogieron, o no, las firmas suficientes para convocar al referéndum entonces en la marea de humo se decida que como no se puede determinar si las firmas son válidas y suficientes hay que concluir que se cumplen los requisitos para convocar el referéndum revocatorio y se proceda en consecuencia.

El pretendido *in dubio pro elector* regiría en materia penal, caso que se esté procesando a alguien de fraude y existan dudas respecto a la comisión del mismo o a la prueba del elemento volitivo del ilícito, dudas que no hayan podido aclararse en el procedimiento dirigido a esos fines, en cuyo caso la presunción de inocencia hace que se proceda en beneficio del elector manteniéndole la libertad o, lo que es igual, no privándole de la misma.

Pero no en el ámbito del Derecho Público, en el que las dudas se aclaran y si en el *iter* dirigido a ese fin no resultan aclaradas se procede conforme a las reglas que determinan las consecuencias de la falta de prueba: quien sostiene la pretensión que no ha sido probada, esto es, la oposición que solicita el referéndum revocatorio, sufre las consecuencias de la falta de prueba, en el sentido de que se mantiene el *status* jurídico (pre)existente y no se puede convocar al referéndum revocatorio presidencial

porque quienes lo pretendían no lograron probar que recogieron el número de firmas válidas que fueran suficientes de acuerdo con la ley para dicha convocatoria.

Pero todavía más. ya hemos visto que conforme al derecho probatorio debe probar quien alega y, si se prefiere la flexibilización moderna de ese principio, debe probar quien tiene mayor cercanía con la prueba necesaria para aclarar la controversia y, por tanto, mayor facilidad para aportar la prueba; en ambos supuestos corresponde a la oposición, y a quienes se pronuncian a favor del referéndum revocatorio presidencial, probar el fundamento de su pretensión de convocatoria a referéndum.

Pues bien, en violación de estas normas y principios de la materia probatoria, la oposición tiene nuevamente la aspiración propia de la estupidez ilustrada y desesperada: pretenden presentar un montón de firmas chimbos o de dudosa procedencia y, violando las más elementales reglas de derecho probatorio que acabamos de reseñar, que sea el CNE quien les subsane los defectos, que sea el CNE quien les pruebe, y que sea el CNE, en fin, quien les enmiende todo y, de paso, les diga de una vez que les complace convocándole a un referéndum revocatorio sin importar si se cumplen o no los requisitos para tal fin.

Por estos derroteros, no sería de extrañar, ante tanta comodidad y mediocridad de la oposición, que pretendan que el CNE les busque también los votos y les formule cuñas institucionales llamando, no a la participación política sino, más bien, a votar a favor del referéndum revocatorio contra el Presidente, y de paso, que utilice los recursos del ente comicial para hacer la campaña electoral de la oposición, les busque los votos en las casas de cada uno de los votantes, y les diga que el Presidente está revocado. Y que sea además el MVR quien les preste los votos del bloque del cambio para que ellos puedan tener la mayoría que necesitan para revocar el Presidente. En su oportunidad pretendieron también que fuera el Presidente que les convocara el referéndum revocatorio presidencial.

Y lo anterior no sería de extrañar, porque son las maneras habituales que tiene la oposición para hacer política en este país: como no tienen votos le otorgan en bandeja de plata a los canales de televisión la labor de hacer oposición, buscando un consenso mediático y la formación de una opinión pública mediática en contra del gobierno para luego cobrar sin trabajar, esto es, tumbar el gobierno a punta de puro maniqueísmo mediático, sin tener una propuesta de país y sin hacer verdadera política de oposición.

No les basta todo este derroche de medios para hacerse con el poder y acuden al golpismo mediático y militar, vuelven a fracasar y hacen como jalisco: arrebatan tratandó de lograr un bloqueo económico para ahogar las finanzas públicas del país y hacerse del poder; vuelven a fracasar y acuden a la Casa Blanca en protección a la impunidad de los delitos cometidos en el paro petrolero y golpista; vuelven a fracasar y acuden a un referéndum consultivo inconstitucional; fracasan de nuevo y ahora obligados a optar por el referéndum revocatorio, en vista de que no tienen los votos, aspiraban, primero, que fuera el propio Presidente el que los complaciera convocándole el referéndum, y ahora, que con las firmas chimbas el CNE les diga que todo está bien y que se convoca el referéndum revocatorio.

Es indudable que se trata de la misma estrategia, sólo que ahora la tratan de vender solapadamente mediante formas jurídicas y medias verdades que necesitamos aclarar para, una vez puesta cada cosa en su lugar y colocando cada principio de derecho en su propia morada, e interpretándolos conforme a su naturaleza y extensión se evidencie, al efecto, el sofisma que ahora se pretende: no se trata sino de la continuidad de otra treta, tan similar a la de las anteriores pero con otros métodos: el abuso de las formas jurídicas.

4.3.4.- La inversión de la carga de la prueba.

Se ha dicho desde los sectores de la oposición, y entre los principales de ellos Gerardo Blyde de Primero Justicia, que poner al elector a reparar sus firmas implica

invertir la carga de la prueba, que, según estos asertos, habrá de entenderse que incumbe dicha prueba a la Administración, en este caso al CNE. Examinemos semejante barbaridad. Conforme a la doctrina de la carga de la prueba, lo primero que hay que decir es que “no existe ningún deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota. *O provare o soccombere*”⁵⁹. Ahora bien, según las reglas clásicas en esta materia corresponde, como ya se ha dicho, al actor probar los hechos que afirma y a la parte contraria los que niega.

Desde esta perspectiva, los que se oponen al presidente Chávez dicen que las firmas son válidas y nosotros, los que le apoyamos, decimos que no: conforme a las reglas clásicas de la carga de la prueba ellos deberían probar lo que afirman y nosotros lo que negamos, puesto que somos las partes en controversia; sin embargo con el CNE la cuestión es distinta, ya que los que están a favor del referendun revocatorio afirman unos hechos: que las firmas son válidas, y el CNE no está negando esos hechos sino que está diciendo que tiene dudas razonables en cuanto a los hechos que afirma la oposición, cuestión que el CNE no niega ni afirma, como en efecto es su deber institucional de árbitro del proceso. De ahí que la pregunta y su obvia respuesta no puede ser de mayor claridad: ¿a quién le corresponde probar?, sencillamente a la parte que afirma unos hechos que no están suficientemente fundamentados como para que no existan dudas y pueda la Administración, en este caso el CNE, acogerlos en su plenitud y en su verdad, como es de esperar cuando estamos en presencia de datos fácticos a reconstruir.

En efecto, es bien sabido que en el ámbito de las ciencias formales, como la matemática, procede la *demonstración*, en el de la interpretación de las proposiciones

⁵⁹ Muñoz Sabaté, L.- *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, pág., 33. y pág., 47 de la tercera edición española, editorial praxis, Barcelona, 1993.

lingüísticas, como los textos legislativos, procede la *argumentación*⁶⁰ y razonabilidad, la buenas razones a favor la interpretación del texto o a favor, por ejemplo, de la democracia como la mejor de las formas de organizar la convivencia política, y en el ámbito empírico procede la *verificación*⁶¹, esto es, la averiguación y la confirmación de lo que se dice sucedido con lo que realmente haya sucedido⁶².

En definitiva, el método de adquisición de conocimientos científicos debe adecuarse a la índole del objeto a conocer⁶³, y ello no sólo por un prurito de cientificidad sino, también y principalmente, para que las conclusiones a las que se llegue y, en su caso, las decisiones que se tomen hayan respetado los criterios más acordes para obtener los resultados y determinar las consecuencias, sin que pueda adjudicarse a las consecuencias errores inadmisibles y reproches que puedan estar cargados de razón por no seguirse la metodología adecuada y, más aún, la más autorizada en el área problemática en la que nos desenvolvemos.

⁶⁰ El nombre más común para estos argumentos es el de <<lógica formal>>, o bien de <<tópica>>. Las técnicas argumentativas son distintas a las de argumentación. "En cualquier caso, esta área de razonamiento utiliza argumentos que unen diversos juicios en un discurso práctico. Y su calificación no se hace en términos de verdad, sino, por ejemplo, en los de <<buenas razones>>, <<persuasividad>>, <<razonabilidad>>, etc., porque se trata de juicios que no son ni verdaderos ni falsos en un lenguaje dado, es decir, no son verificables (Cfr., Wróblewski, J.- *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad., castellana de A. Azurza, Cuadernos Civitas, primera edición reimpresión, Madrid, 1988, págs., 58-59).

⁶¹ La *verificación* es un mecanismo de justificación que versa sobre proposiciones fácticas, es decir, sobre juicios que son verdaderos o falsos en un determinado lenguaje (Cfr., Wróblewski, J.- *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad., castellana de A. Azurza, Cuadernos Civitas, primera edición reimpresión, Madrid, 1988, pág., 58).

⁶² Cfr., Igartua Salaverria, J.- *Teoría analítica del derecho. La interpretación de la ley*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1994, págs., 96-97

⁶³ Así, "un objeto empírico —como una tormenta tropical— que se da en el espacio y en el tiempo es cognoscible científicamente mediante el empleo de un método empírico. Un objeto ideal, como una relación lógica, o una proposición matemática o una serie numérica es cognoscible mediante el empleo de un método racional. Un objeto cultural como una pintura o una sinfonía o una acción humana en curso de desarrollo es cognoscible por la comprensión de su sentido. Así, tres clases diferentes de objetos susceptibles de ser conocidos (los objetos naturales, los objetos ideales, los objetos culturales) sólo pueden ser conocidos científicamente por métodos acordes con las características propias del objeto a conocer" (Cueto Rúa, J. C.- *La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm., 21-II, Alicante, 1998, pág., 111).

De modo, pues que, en un primer análisis, conforme a las reglas clásicas de la carga de la prueba, corresponde a quien afirma, en el caso del referendun revocatorio presidencial, a la oposición y/o los firmantes en contra del Presidente Chávez, probar los hechos que afirman.

Pero todavía más: según las reglas, ya no clásicas e inflexibles de atribución de la carga de la prueba sino más flexibles y modernas, en las que se adopta una mayor ductibilidad en contemplación a las situaciones particulares de cada caso y que se abre paso en los últimos años, otorga una interpretación ciertamente flexible a los principios contenidos en la regla según la cual a todo actor incumbe la prueba de los hechos en que se fundamenta y a quien se oponga por medio de excepciones ha de probar los hechos que sean fundamento de los mismos, y sin oponerse a estos principios “ha preferido optar por soluciones más oblicuas, arropándose en inferencias *endoprocesales* surgidas de la conducta de la contraparte, la cual, situada en mejor posición heurística, omite o impide toda posición probatoria. Nada se opone en tales supuestos a que dicho comportamiento procesal del adversario sea considerado por el juez como elemento presuntivo bastante para dar por demostrada la afirmación de la parte contraria (...) digamos, en definitiva, que en lugar de un desplazamiento del *onus*, lo que en realidad se traslada es el *favor probationes* (---). Para llegar a sentar tales conclusiones, la jurisprudencia moderna parte preferentemente de la doctrina de la facilidad probatoria en que se halla la parte favorecida por el *onus*, en contraste precisamente con la incómoda posición del gravado con dicha carga”⁶⁴.

De ahí que, como dice el Tribunal Supremo español en Sentencia del 29 de octubre de 1987, “en materia de carga de la prueba, si bien la moderna doctrina

⁶⁴ Muñoz Sabaté, L.- *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, pág., 37, y Editorial praxis, Barcelona, 1993, pág., 51.

procesalista suele partir de la fórmula de que a cada parte le corresponde alegar y probar los hechos que constituyen el fundamento de su pretensión, no puede olvidarse que ello es una regla general a veces no aplicable por las dificultades que presenta, por ello suele acudir a atribuir a cada parte la prueba de aquello que le sea más fácil acreditar por estar más próximo a la misma". Las dificultades de la prueba suelen asentarse en la lejanía de la prueba, la indisponibilidad de la prueba y la negatividad del hecho.

También puede atenderse a la conducta, sincera o evasiva, que se exhiba en el procedimiento de verificación o de reparos, pues como ha dicho el Tribunal Supremo español de fecha 18 de noviembre de 1965, "las normas que regulan la carga de la prueba (se refiere a las normas según el cual corresponde a las partes la carga de probar lo que afirman y niegan), no son absolutas, pues tal carácter sería incompatible con la facultad que asiste al juzgador en orden al examen y valoración de las pruebas practicadas a instancia de cualquiera de las partes y a la actitud sincera o evasiva que estas adopten durante el proceso"

En este mismo orden de ideas hay que señalar lo siguiente: la doctrina del Derecho probatorio, que es de donde surge la idea y las reglas sobre la carga de la prueba, en esa versión más actual se habla y se aplica la doctrina de la facilidad probatoria, que muy someramente consiste, como lo indica A. M. Pita Grandal, una flexibilización de los mecanismos tradicionales de distribuir la carga la prueba. "De este modo, la cuestión relativa a quién ha de probar evoluciona, desde el rígido postulado de que ha de probar aquél que resulta gravado por la carga de la prueba, hacia un postulado más flexible, que tiene en cuenta el comportamiento procesal y la facilidad probatoria"⁶⁵. Consiste en que ante la existencia de un conflicto en el que sea necesaria alguna prueba para aclarar la controversia, dicha prueba ha de

⁶⁵ Pita Grandal, A. M.^a.- La prueba en el procedimiento de gestión tributaria, op., cit., pág., 95.

suministrarla cualquiera de las partes que tenga más cercanía con el dato probatorio y, por tanto, más facilidad de aportarlo a la controversia que se dirime.

Es importante resaltar que esta doctrina, con la novísima Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil española, ha sido elevada a rango de Ley formal por el artículo 217.6 *ejusdem*, que respecto a las reglas generales y especiales sobre carga de la prueba contenidas en el resto del precepto, impone a los órganos judiciales la necesidad de aplicarlas teniendo siempre presente “la *disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”.

Importa resaltar que esta cláusula es cosa distinta al problema de la <<inversión de la carga de la prueba>>, y como atinadamente resaltan J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITÓN RAMÍREZ, “con semejante proclamación el legislador ha venido a hacerse eco de una dilatada corriente jurisprudencial que, ante la constatación judicial de las enormes dificultades a las que, en determinados casos, había de enfrentarse la parte a quien conforme a las reglas generales correspondiese la carga de la prueba para acreditar los hechos jurídicamente relevantes en orden al éxito de su pretensión, se inclinó por incorporar, insistimos que por la vía jurisprudencial, una *nueva regla de juicio* que se superponía a la ya conocida (la del apartado 1 del art., 217), conforme a la cual *cada parte debe soportar la carga de la prueba conforme a las reglas generales (...), excepto cuando el levantamiento de la carga de la prueba de un hecho determinado resulte en extremo dificultoso para aquella parte a quien legalmente corresponde su acreditación pero muy sencillo, fundamentalmente por su proximidad con las fuentes de prueba, para la parte contraria*”⁶⁶.

⁶⁶ Garberí LLobregat, J., y Buitrón Ramírez, G.- *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág., 59.

Así, la línea jurisprudencial antes mencionada es seguida en la Sala primera del Tribunal Supremo español, en Sentencia de fecha 2 de diciembre de 1996, en la que se resaltaba lo siguiente: “esta Sala como órgano <<ad quem>> comparte el criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por la partes, sean actoras o demandada, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) *que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba*”. Y la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 1997, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en el deber de colaborar con la Administración de justicia impuesto por el art., 118 de la Constitución Española, sienta la siguiente doctrina.

“Es doctrina derivada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que dice, que cuando las fuentes de una prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso, conlleva a que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, así como, que los Tribunales no puedan exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle una indefensión contraria al art., 24.1 de la Constitución Española, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (SSTC 98/1987; 227/1991 y 147/1992)”⁶⁷.

Tal como destacan los tratadistas anteriormente citados, “ni siquiera la presente regla de origen jurisprudencial, hoy elevada a rango de ley formal por el art., 217.6 LEC, puede decirse que propicie una verdadera inversión de la carga de la

⁶⁷ En el mismo sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 26 de julio de 1999.

prueba (...), ya que, en realidad, en estos casos de disponibilidad y facilidad para probar un hecho *no se desplaza la carga de la prueba a la parte que fácilmente podría cumplimentarla*, de manera que dicha parte haya de experimentar el rechazo de sus pretensiones cuando no la verificara, sino que, más exactamente, de lo que se trata es de que la *ausencia de prueba de ese hecho no perjudique a aquella parte que tenía la carga de acreditarlo, conforme a las reglas generales, pero que, a diferencia de su parte contraria, no tenía la disponibilidad o la facilidad para hacerlo*. La carga de la prueba del hecho, por consiguiente, no se invierte. El hecho en cuestión no pasa a formar parte de los elementos fácticos sobre los que la parte contraria ha de asumir la carga de la prueba. Lo que se hace, en puridad, es eliminar el hecho cuya prueba resulta muy difícil para la parte, del elenco de aquellos hechos cuya carga de la prueba le corresponde a la misma”⁶⁸.

El principio de *disponibilidad* “hace referencia a una situación de cercanía, acceso o contacto del litigante con el medio o la fuente de prueba, lo cual permite su traslado al proceso sin obstáculos de mayor género. Esta disponibilidad puede ser material (v. gr.: tenencia de un documento) como intelectual (forzoso conocimiento de un acto). (...). El principio de *facilidad* tiene un carácter más genérico, pues obviamente comprende al de disponibilidad. Tal vez podamos brindar un ejemplo suponiendo el caso de que la prueba resulte más económica, más rápida, más fiable o más segura de poderse practicar, o en el caso de ciertos hechos negativos”⁶⁹.

En esta perspectiva, que toma en consideración tanto de Derecho nacional como de Derecho comparado, la carga de la prueba sigue pesando sobre los grupos de oposición que pretenden convocar al referéndum revocatorio presidencial, toda

⁶⁸ Garberí LLobregat, J., y Buitrón Ramírez, G.- *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs., 60-61.

⁶⁹ Muñoz Sabaté, Ll.- *Fundamentos de la prueba judicial civil*. L. E. C. 1/2000, J. M. Bosch editori. Barcelona, 2001, págs., 178 y 179

vez que son ellos quienes tienen la facilidad de aclarar con su testimonio, firma y huella dactilar, que ellos aparecen efectivamente aportando su firma en las planillas de la casa de la moneda con el deseo de convocar al referéndum.

En relación a las reglas de la carga de la prueba hay que aclarar cuáles son las consecuencias de la falta de prueba en el ámbito del Derecho penal y en resto de las ramas jurídicas.

En el primer caso, dada la existencia de la presunción de inocencia y sus exigencias probatorias para poder condenar un acusado de delito, ante la duda rige y se mantiene definitivamente la presunción de inocencia y se presentan dos situaciones, que ambas permiten otorgar la libertad al procesado: en una primer situación el juez declara en su decisión que el acusado es inocente porque se probó su inocencia: en este caso no rige la presunción de inocencia como regla de juicio que determina las consecuencias de la falta de prueba sino que, antes bien, existe una situación probatoria clara: ha quedado probado que el acusado es inocente porque no cometió el delito que se le imputa; pero hay una segunda situación, que es la propia de la presunción de inocencia: no existen pruebas ni de culpabilidad ni de inocencia, o bien existiendo pruebas de culpabilidad las mismas no alcanzan la suficiente capacidad probatoria que se exige en materia penal, esto es, suficiencia probatoria más allá de toda duda razonable: en estos casos el juez ni afirma ni niega la comisión del delito, simplemente declara que ante la duda razonable respecto a la comisión del delito procede conforme al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, según el cual ante la falta de prueba suficiente para condenar tiene que optar, ante la duda, por conservar la libertad del procesado.

En el resto del derecho la situación es distinta al derecho penal, pues ante la duda no rige el principio de presunción de inocencia, porque a nadie se está procesando de un delito o falta, sino que rige el *non liquet*, que al igual que el principio de presunción de inocencia para el caso del derecho penal, trata de

determinar en el Derecho Público cuál pretensión debe sucumbir ante la falta de prueba de lo que se afirma o se niega, procediéndose a atribuir las consecuencias de la falta de prueba a la parte que debió probar para obtener el éxito de lo que afirma o de lo que niega, es decir se procede según el principio que quien afirma una pretensión debe probar el fundamento de la misma y quien la niega debe probar el fundamento de su negación, salvo que se imponga la doctrina de la facilidad probatoria y en flexibilidad de este principio clásico se asigne el deber de probar a la parte que tenga mayor cercanía con la prueba que se necesita para aclarar la controversia y, por tanto, mayor facilidad para aportarla a efectos de dirimir el conflicto.

4.3.5.- los métodos aleatorios y la afirmación de que la resistencia a nuevas fórmulas evidencia la mala fe del trío oficialista.

La oposición está proponiendo, por intermedio de la OEA y el Centro Carter, la utilización de métodos aleatorios para proceder a la verificación de las firmas en lugar de que los reparos se realicen en la forma en que han sido establecidos por el CNE, alegando, entre otras razones, que los métodos que proponen se han utilizado en otros países.

Es indudable que dichos métodos puedan ser utilizables en determinadas circunstancias fácticas, esto es, donde existan hechos que no sean totalmente determinables en su dimensión subjetiva (sujetos que han sufrido un daño) y en su extensión objetiva (los alcances territoriales del daño ocasionado por emisión de gas tóxico y, por tanto, con efectos contaminantes, de una tripulación perteneciente a una empresa multinacional como consecuencia de volcar dicho cargamento tóxico, que se transportaba para ser utilizado en los procesos industriales propios de la empresa que causa el daño), en los que es posible proceder a la prueba estadística o a la prueba con métodos aleatorios, a los fines de “<<dar por determinado>> el hecho, incluso a falta de una prueba completa y analítica de sus consecuencias en el aspecto subjetivo,

es decir, en la individuación exacta de los sujetos que sufren esas consecuencias”⁷⁰, y en su aspecto objetivo.

En estos casos, se acaba aceptando que “el hecho está ampliamente indeterminado en su dimensión subjetiva y que esa dimensión *sea probada sólo parcialmente*”⁷¹, ya que esa indeterminación subjetiva hace imposible llegar a la verdad de las realidades sobre las que se pretenden determinar consecuencias y sobre las que se tienen que tomar decisiones, razón por la cual hay que proceder con métodos que sólo nos permiten aproximarnos a lo que ha sucedido respecto a la magnitud y extensión del daño causado.

Ahora bien, no hay que olvidar su origen como método aleatorio, pues como la misma etimología de la palabra lo indica, *Del lat. aleatorius, propio del juego de dados*, y por ello no en balde Einstein se manifestó muy en desacuerdo con la estadística como ciencia, alegando que él no se jugaba los dados. De ahí que el problema que se presenta con los métodos aleatorios tienen el mismo inconveniente que hay en querer privilegiar la voluntad del elector sin ir al método de los reparos: que habría que valerse de la declaración de voluntad manifestada en la planilla porque el hecho psíquico (la voluntad interna del sujeto) no se puede verificar intersubjetivamente más que a partir de sus elementos materiales, salvo, como se ha dicho, si se acude a la declaración del elector.

En efecto, en el caso del método aleatorio, se trata de *una reconstrucción indirecta y de un método sustitutorio*, en la que se renuncia al verdadero hecho a probar, esto es, si el elector realmente firmó o no, y se sustituye por otro distinto, esto es, la frecuencia estadística que consiste en partir del supuesto según el cual si un

⁷⁰ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002 , pág., 156.

⁷¹ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002 , pág., 157. La cursiva es nuestra.

determinado porcentaje de firmas es correcta conforme al método de verificación aleatoria entonces el resto de firmas no revisadas también son correctas, en la misma proporción o frecuencia estadística en que han resultado correctas aquel porcentaje de firmas llevadas, por así decirlo, al laboratorio del examen y revisión.

Es decir, se acaba “renunciando a una determinación directa y compleja de los hechos concretos jurídicamente relevantes y se sustituye esta determinación por un dato de probabilidad estadística referente a la frecuencia de determinados fenómenos. Con independencia de si esa conversión del hecho en dato estadístico es aceptable desde el punto de vista sustancial, está claro que se trata de hipótesis en las que la frecuencia cuantitativa de un determinado fenómeno en un contexto dado deviene la base fundamental de la decisión”⁷².

Y con esto se marca una diferencia abismal “entre la frecuencia estadística, que de por sí no se refiere al hecho específico a probar”⁷³, y la hipótesis sobre ese hecho específico, que es el verdadero objeto de la decisión”⁷⁴. Este pasaje no está –por decirlo así- “incluido” en el cálculo estadístico y, por tanto, los resultados de ese cálculo deben ser asumidos al objeto de una ulterior valoración, dirigida a establecer si pueden representar, y, en su caso, en qué grado, elementos de aceptabilidad de las hipótesis sobre el hecho que se trata de probar, esto es, el universo total de firmas objeto de reparos.

⁷² Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 221.

⁷³ La frecuencia estadística no se va a referir al hecho específico a probar sino al porcentaje de probabilidad y frecuencia en que se proyecta la muestra aleatoria, esto es, de la muestra porcentual del número de firmas que se seleccione se determinará por ejemplo que de las veinte seleccionadas diez son válidas, o diecisiete son válidas, todo según el resultado que arroje el examen estadístico del muestreo de firmas seleccionado, y ese porcentaje de firmas válidas que resultan del examen estadístico se le endosa al resto de las firmas no revisadas.

⁷⁴ El hecho específico a probar son las firmas de los electores, y las hipótesis sobre ese hecho es si las mismas son verdaderas o falsas, y esto constituye la base de la decisión que debe tomar el CNE.

En ese sentido está claro que el modelo de cálculo de probabilidad estadística no puede representar el esquema lógico de la valoración de la prueba: más bien, es un procedimiento que en ciertos casos y en determinadas condiciones puede ofrecer elementos de prueba, cuya utilización a los efectos de la determinación del hecho se produce, sin embargo, según el esquema del grado de confirmación de las respectivas hipótesis que ofrezcan los elementos de prueba⁷⁵. Todo porque la probabilidad estadística de un cierto evento constituye de por sí un elemento utilizable a los efectos de establecer el grado de fundamentación de las hipótesis sobre el hecho, pero no determina cuantitativamente ese grado

4.3.6.- la retroactividad de la ley.

Se ha pretendido objetar que el ente comicial está procediendo en la aplicación de la normativa de manera retroactiva. Esta afirmación carece de fundamento, primero, porque la normativa que rige el proceso refrendario es del 30 de octubre y del 22 de noviembre, ambos del año 2003, y segundo, porque hay que partir del análisis de lo previsto en la regulación por el propio CNE, cuyas normas establecen que las dudas serán resueltas por el CNE, de allí que no existe ninguna retroactividad de la ley, pues se han presentado dudas y se ha procedido a establecer un método para resolverlas, en el mecanismo permitido por la legislación vigente que rige el proceso refrendario; de allí que no se trata de disposiciones con aplicación retroactiva sino de disposiciones surgidas por mandato directo de las normas que regulan el referido proceso y debido a la necesidad de resolver las dudas que se han ido presentando, sobre cuya materia el propio directorio del CNE decidió establecer, en las normas establecidas para dicho proceso, que las resolvería a través de resoluciones del propio directorio, en la medida que ello fuera ello y a la vista de las dudas y dificultades que se presentaran.

⁷⁵ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 223.

En la aplicación del derecho a los problemas de la realidad social, y este es un caso de aplicación del derecho, quienes deben tomar una decisión no pueden dejar de decidir porque la ley no tenga expresamente prevista una norma que regule la situación fáctica concreta respecto a la que se demanda una decisión, de modo que si no existe alguna que expresamente contenga el caso concreto, la misma legislación le permite, con los métodos autorizados en derecho, proceder a una solución equitativa, razonable y ajustada a la normativa establecida, lo que en ningún caso constituye aplicación retroactiva de la ley. Ya hoy es un lugar común afirmar que el Ordenamiento del Estado Constitucional, de las democracias avanzadas no tiene, como pretendía en otros tiempos, un carácter sistemático o coherente⁷⁶, por lo que deja muchas veces en manos de quien tiene que decidir la respuesta ante el caso concreto⁷⁷, y es esto lo que aquí ha sucedido: un proceso refrendario inédito en América Latina, no sólo en Venezuela, que se ha ido resolviendo al calor de las dudas que la misma dinámica del proceso refrendario ha traído consigo.

www.bdigital.ula.ve

4.3.7.- La arbitrariedad.

Se ha dicho que es una arbitrariedad invalidar cientos de miles de firmas y llevar a reparos más de un millón adicionales. Conforme a este criterio de la arbitrariedad, el órgano electoral no sería arbitrario solamente si convalida en balde las firmas, puesto que la arbitrariedad, según se desprende de lo dicho por la oposición, **depende de un criterio cuantitativo**: se es arbitrario si el número de firmas invalidadas y el número de firmas llevadas a reparos es alta, y viceversa, no se es arbitrario si el número de firmas llevadas a reparos es baja; de modo que si fuera un número reducido las firmas a reparar no existiría arbitrariedad. Esto es una infinita trivialización de la verdadera dimensión del problema relativo a la existencia o no de

⁷⁶ Cfr., Prieto Sanchís, L.- *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1999, pág., 20.

⁷⁷ Cfr., Prieto Sanchís, L.- *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, pág., 20.

arbitrariedad por parte del árbitro electoral como órgano público que rige sus actuaciones por el Derecho Administrativo.

La arbitrariedad de una decisión administrativa no se mide por un criterio cuantitativo. Se trata, más bien, de que frente a las normas que imponen deberes las hay que confieren poderes para decidir⁷⁸, y la decisión del CNE, para que no sea arbitraria ha de ser racional, esto es, ha de estar motivada y fundamentada en razones capaces de sostener y justificar la decisión, que avalan o determinan el acto, y contener una motivación como expresión de estos⁷⁹, de modo que la decisión que da lugar a un acto administrativo goce de legalidad y de legitimidad. En este sentido, la no arbitrariedad de la decisión se opone al determinismo metodológico, según el cual la decisión no necesita ser justificada porque proviene de una autoridad legítima y/o son el resultado de simples aplicaciones de normas generales, y al decisionismo metodológico: las decisiones jurídicas no pueden ser justificadas porque son puros actos de voluntad⁸⁰.

De acuerdo con esto, la decisión del CNE no es arbitraria. Y no lo es porque se basa en la averiguación de la verdad respecto a las firmas, siguiendo para ello los criterios interpretativos acogidos en la reglamentación del CNE, que hacen referencia a la *verificación* de lo que se ha hecho, y ha procedido a darle cumplimiento a lo establecido en los propios reglamentos del ente comicial, a los efectos de respetar la estricta legalidad del acto administrativo; arbitraria sería la decisión si no pretendiera

⁷⁸ Cfr., Igartua Salaverria, J.- *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, serie Cuadernos y Debates, núm., 149, Madrid, 2003, págs., 33-34.

⁷⁹ Alonso Mas, M^a J.- *La solución justa de las resoluciones administrativas*, Universitat de Valencia, Tirant lo blanch, Valencia (España), 1998, pág., 266.

⁸⁰ Cfr., Alonso Mas, M^a J.- *La solución justa de las resoluciones administrativas*, Universitat de Valencia, Tirant lo blanch, Valencia (España), 1998, pág., 40.

averiguar la verdad de las firmas y en base a supuestos no confirmados mediante verificación pretendiera dictar decisiones sobre la procedencia, o no, del revocatorio.

Es bien sabido, y ya hemos hecho referencia a esto, que existen distintos niveles y destinatarios de la justificación: no se justifica de la misma manera la corrección de un silogismo que un aserto de la física o que la formulación de una preferencia política, y esto incide, mediante procedimientos de variada naturaleza, en la clase de justificación que debe contener un acto administrativo para que, además de cumplir la estricta legalidad, sea legítimo.

Para explicarlo con otras palabras: ya hemos dicho que en los lenguajes llamados artificiales, como el de las ciencias formales (la matemática, por ejemplo), cuyos significados son exactos, la justificación que procede es de tipo *demostrativa*; no así cuando se trata del significado de las disposiciones legales, en donde no es posible hablar de verificación ya que el significado no es un fenómeno empírico, ni las palabras tienen insito un significado que el intérprete debiera descubrir, toda vez que la disposición se formula mediante el lenguaje natural, del que el lenguaje jurídico es derivación, y de ahí que cuando se intenta justificar el significado de una disposición legal (y las que rigen los referendos revocatorios son disposiciones legales), dicha justificación se formula en términos de *argumentación*, esto es, de buenas razones, de coherencia, etc; y cuando estamos en el ámbito de los fenómenos empíricos o fácticos (y la recolección de firmas es un fenómeno empírico fáctico) hablamos de *verificación* de lo ocurrido en la realidad y la justificación se formula en término de verdad o falsedad.

Es por lo que antecede que las disposiciones que rigen los procesos referendarios hablan de *verificación de las firmas*, pues es el método que se adapta a la *naturaleza intrínseca del hecho* de la recolección de las firmas, verificación que ha de realizarse con los mecanismos técnicos de verificación más autorizados y fiables para llegar a la verdad de lo que realmente ocurrió; *no con mecanismos*

sustitutivos que cambien el objeto de la prueba por una muestra aleatoria que, al final, da como resultado una prueba sólo parcial que nunca puede proporcionar fiabilidad a la decisión final.

4.3.8. Conclusiones.

1.- El principio de la buena fe *la buena fe representa el componente ético jurídico del principio de confianza, que demanda un respeto recíproco en las relaciones jurídicas, respeto al otro en el ejercicio de los derechos, y, en todo caso, el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico jurídico en general.* Este principio se aplica en dos vertientes: el comportamiento del CNE como órgano de la Administración y el comportamiento de los electores como ciudadanos que se relacionan con la Administración.

1.1.- El CNE cumple con la buena fe si sigue la conducta propia y normal del poder electoral, que sirve de árbitro en los procesos de referéndum revocatorio, y la conducta propia y normal como órgano administrativo inscrito dentro de la función pública del Estado venezolano, lo que se verifica mediante la producción de decisión que cumplan con la legalidad y la legitimidad de los actos emanados del órgano electoral, mediante el cual se le concedan a las partes en competencia *igualdad de condiciones para el ejercicio de sus derechos, mediante la exigencia de los requisitos que, conforme a la legislación, sean necesarios para el ejercicio de los derechos.*

1.2.- En relación a los administrados *La aplicación de la buena fe conllevará, por otra parte, la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia Administración y frente a otros administrados. La buena fe de la Administración frente al ciudadano consiste en la confianza de que*

éste, no sólo no va a ser desleal con el comportamiento honesto de la Administración, sino que tampoco va a utilizar a la Administración para obtener en su beneficio resoluciones contrarias a la buena fe de otro ciudadano.

Así, la buena fe *no sólo no impide* la investigación cuando existen dudas respecto a los actos que quieren producir los particulares, *sino que también impone*, conforme al artículo 445, que negada la firma le corresponde a la parte que promueve el documento demostrar la autenticidad de la misma; y conforme a lo que se desprende del artículo 9 del Decreto N° 368, con rango y fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos (publicado en Gaceta Oficial N° 5.393 Extraordinario del 22 de octubre de 1999) *no se puede invocar la buena fe para cubrir las posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano*; en el caso del referéndum, no se puede invocar la buena fe para blindar contra toda investigación las firmas sobre las que existen dudas razonables. En fin, la buena fe en Derecho no sirve para amparar conductas anormales ante la Administración. Las decisiones del árbitro electoral han de basarse en la certeza, y sólo así atribuir las consecuencias jurídicas que correspondan: en el caso del referéndum, convocar al mismo si se han cumplido los requisitos exigidos y decidir la no convocatoria en caso contrario.

La buena fe que hay que proteger no es de carácter *subjetiva* sino de carácter *objetiva*, para lo cual se requiere, en casos de dudas razonables que se puedan aclarar, proceder a la verificación; de otra parte, la buena fe objetiva a proteger con el propósito de salvaguardar los intereses colectivos y la tutela de los derechos de los ciudadanos en un marco de pluralismo político pasa por considerar, como ya se ha indicado reiteradamente, dos valores antinómicos, a saber:

1.- los derechos de los ciudadanos cuya opción política de preferencia se proyecta a favor del referendun revocatorio presidencial, y

2.- las preferencias políticas de otro grupo de ciudadanos que se manifiestan en contra de esa opción y prefieren la continuidad del mandato presidencial.

De manera, pues, que presumir una buena fe subjetiva a favor de las firmas recolectadas para convocar el revocatorio presidencial y, como consecuencia de ello, tomar una decisión que convoque a referéndum revocatorio presidencial sin hacer las verificaciones correspondientes, que determine la realidad de la verdadera voluntad popular da lugar, cuando menos, a dos flagrantes violaciones del Ordenamiento jurídico:

a.- se vulneraría el principio de la buena fe, ya que un grupo de ciudadanos (los representantes de la oposición) estarían utilizando a la Administración (al CNE) para obtener en su beneficio resoluciones contrarias a la buena de fe de otros ciudadanos (aquellos que no quieren el referéndum revocatorio presidencial)

b.- se vulneraría el *derecho a la igualdad de tratamiento de todos los ciudadanos ante la ley y en el ejercicio de sus derechos*, por la evidente *discriminación* a aquellos que prefieren que no haya referéndum revocatorio presidencial, puesto que una eventual decisión que convoque al referido referéndum sin que se cumplan los requisitos del número de firmas necesarias para ello vulnera los derechos de quienes prefieren que el referéndum no se realice.

En el mismo sentido, se daría un trato discriminatorio a los sectores de la oposición en el caso inverso: decidir que no hay referéndum revocatorio presidencial sin los elementos de confirmación suficientemente depurados, esto es, sin que se evidencie que no se han recolectado el número de firmas necesarias para convocarlo y, por tanto, se determine cuál ha sido la referida voluntad popular respecto al referéndum revocatorio presidencial, sería privilegiar al grupo de ciudadanos que prefiere optar por la no realización del referéndum revocatorio al Presidente. Y

cualquiera de estas dos decisiones, entre otras incorrecciones, vulneraría además de la buena fe, el derecho a la igualdad.

También es importante *diferenciar entre la buena fe de los ciudadanos venezolanos firmantes*, que merecen respeto y confianza porque han procedido de buena fe, *y la mala fe de los representantes de la llamada oposición*, en los que evidentemente no se puede confiar, porque sus acciones no hablan bien de la mayoría de ellos ni se dirigen a lo que es el comportamiento *normal* de los grupos de oposición.

2.- El doble orden de implicaciones del principio de la buena fe, para el CNE y para los electores que siguen a los distintos grupos y tendencias políticas, por un lado, y el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley, por el otro, hace necesario que el CNE en su condición de árbitro electoral, obligado por la normativa administrativa a proceder de buena fe en el ejercicio de sus actuaciones y en la toma de decisiones, tiene el deber de tutelar los derechos de las dos partes en competición, a favor una y en contra otra, por el referéndum revocatorio presidencial. En consecuencia:

2.a.- Si el CNE validara firmas sobre las que existen dudas razonables sin los reparos correspondientes violaría el principio general de la buena fe de quienes se oponen al revocatorio presidencial, porque se estaría tomando una decisión que no se basa en el comportamiento normal del ciudadano que quiere el revocatorio ni en el *respeto recíproco en las relaciones jurídicas, respeto al otro (al que no quiere el referéndum revocatorio presidencial) en el ejercicio de los derechos de quienes desean activar el revocatorio*, y,

2.a.1.- *En todo caso, tampoco sería una decisión basada en el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen*

honestamente, ni podría afirmarse que los sectores de oposición que quieren el revocatorio no hayan utilizado a la Administración (el CNE) para obtener en su beneficio resoluciones contrarias a la buena fe de los otros ciudadanos que no queremos el revocatorio y, por tanto, sólo lo aceptaríamos si se cumplen los requisitos,

2.a.2.- También violaría el *principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley al privilegiar inadecuadamente los derechos de los individuos y grupos políticos que están a favor del referéndum revocatorio presidencial discriminando los derechos de los individuos y grupos políticos que no quieren el referéndum revocatorio presidencial. No ha de olvidarse que es obligación del Estado, por conducto tanto de las Administraciones Públicas como de los distintos poderes del Estado, promover la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos y grupos en el ejercicio de sus derechos constitucionales, y favorecer el revocatorio sin que se aclaren las dudas existentes respecto a las firmas en observación sería privilegiar a quienes desean activar el revocatorio discriminando a quienes se manifiestan por la opción contraria.* Para no vulnerar la buena fe y proteger sin discriminación los derechos constitucionales de ambas partes en competencia se debe proceder, con los reparos, a despejar las dudas existentes respecto a las firmas en observación.

3.- Estamos de acuerdo con la oposición en que se debe privilegiar la voluntad del elector. Ahora bien, para entender lo que significa afirmar que se debe privilegiar la voluntad del elector, hay que establecer algunas premisas que nos lleven a la comprensión de este asunto.

3.1.- No se trata de determinar cuál es la voluntad subjetiva, libérrima, interna e intransferible del votante sino, antes al contrario, de ver cuál su voluntad manifestada en su declaración exterior, en su manifestación de voluntad que viene

materializada en el acto de firmar que ha realizado, porque, en primer lugar, tratar de ver su voluntad no expresada (sujetiva) es procurar tomar decisiones sobre el referéndum en base a creencias y supuestos no confirmados con la realidad, lo cual tacharía de arbitraria cualquier decisión que se tome, sea a favor o en contra del revocatorio, y en segundo lugar, la voluntad interna y psicológica del ciudadano es un hecho psíquico, cuya prueba es imposible sin un elemento de objetivación, de modo que, como tal hecho psíquico, no es verificable intersubjetivamente. Por tanto, al ser relevante la voluntad del elector, y ante la imposibilidad de controlar y determinar el hecho psíquico interno de su voluntad, se recurre a la voluntad declarada del elector, porque “la declaración es, en realidad, un hecho <<material>> que forma parte de los fenómenos sensibles y verificables intersubjetivamente”; esto es, la declaración es un suceso empírico que no se distingue (al menos desde el punto de vista de la prueba y de una forma muy general) de otros comportamientos materiales”, dada “la equivalencia funcional entre voluntad y declaración.

Sin embargo, como lo antes dicho puede traer consecuencias negativas en el sentido de que pueden existir diferencias entre *voluntad* y *declaración* que puedan obstruir la verdadera intención del elector, la única forma de subsanar las posibles diferencias entre voluntad y declaración es que se pueda disponer de las declaraciones provenientes del propio autor del hecho psíquico, esto es, que en el acto del reparo se le tome la firma y la huella al ciudadano y se proceda a determinar la veracidad de la estampada por él en la planilla de la casa de la moneda.

3.2.- De lo anterior se desprende con toda claridad que, para poder privilegiar la voluntad del elector hay que determinar cuál ha sido la verdadera voluntad del elector, para lo cual se debe proceder a la reconstrucción adecuada de aquellas firmas en las que existe duda, esto es, a la toma de la firma y la huella dactilar de todas aquellas que el CNE ha pasado a observación, y de allí poder concluir con la afirmación de que la voluntad del elector ha sido, según corresponda, convocar o no al referéndum revocatorio.

Nuevamente hay que insistir aquí que, privilegiar la voluntad del elector significa no sólo proteger la de quienes quieren el revocatorio sino también la de quienes se oponen a la realización del mismo, con lo cual hay que tutelar ambos derechos, procediendo a determinar cuál fue la voluntad del elector sin discriminación de ninguno de los grupos en competencia.

Esto permite concluir que, si en la duda no se busca aclarar lo sucedido sino que la duda sirve para privilegiar un grupo de electores, entonces se discriminaría al grupo contrario en violación del principio de igualdad, de modo que la duda hay que aclararla y si, culminada la investigación, la duda persiste, se debe proceder según las reglas de la carga de la prueba: ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba quien tenía la carga de probar el hecho que alegaba y/o la pretensión que sostenía. Pero esta última situación no parece que tenga posibilidades de presentarse, toda vez que en los reparos ante el CNE se aclarará la validez o invalidez de las firmas en observación.

www.bdigital.ula.ve

4.- La presunción de inocencia es una *regla de juicio* y una *regla sobre la carga de la prueba* para cuando en el juicio no se han podido aclarar las dudas iniciales; pero no es una regla que opera a favor del ciudadano otorgándole inmunidad en el sentido de impedir cualquier investigación dirigida a investigar para aclarar lo que realmente ha sucedido, en este caso, para determinar la validez o no de las firmas en observación. Así, *el derecho a que se presuma la inocencia*, por obra de la oposición se pretende convertir en algo que no es: *en un derecho a ser inocente y, por tanto, en un derecho a que no hayan investigaciones que determinen la existencia, o no, de inocencia*.

4.1.- *Como regla de juicio o, quizás mejor, como principio metodológico que orienta la investigación desde la neutralidad*, la presunción de inocencia, como ha dicho J. IGARTUA SALAVERRÍA (Catedrático de la Universidad de San Sebastián

–País Vasco-) *no sirve para expresar el convencimiento inicial del juez sobre la inocencia del acusado*, y como ha dicho PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ (Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español), impone al juez el deber de asumir, desde la neutralidad, la acusación como una hipótesis que sólo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento probatorio de cada uno y de todos los elementos de la imputación, según lo que resulte del juicio. Cuando esa hipótesis no pueda entenderse confirmada habrá de prevalecer, sin reservas, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado.

En fin, cuando se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación –sea cual fuere la causa- sólo puede confirmar el *status* de inocencia preexistente.

4.2.- Como regla sobre la carga de la prueba, la presunción de inocencia sirve en el Derecho Penal para cumplir dos funciones garantistas: 1.- para asignar la carga de la prueba al acusador, a quien corresponde probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, y para fijar el *quantum* de la prueba, en el sentido de que la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable.

4.2.1.- Como las reglas sobre la carga de la prueba son distintas en el derecho penal y en el Derecho Administrativo, la presunción de inocencia como regla de la carga de la prueba tiene en este último algunas modulaciones diferentes a las que acabamos de ver para el Derecho Penal.

4.2.1.a.- En el Derecho Administrativo, y en el caso de las firmas colocadas en observación por el árbitro electoral ni estamos en el ámbito penal ni se está tratando de determinar *a priori* la culpabilidad de nadie; como estamos en el ámbito del Derecho Administrativo (Derecho Público) de lo que se trata de averiguar es si la persona firmó o no firmó, resguardando siempre la presunción de inocencia,

porque ni no fuese así y se presumiera, en cambio, la culpabilidad o el fraude, pues no se investigaría, no se averiguaría para determinar cuál es la verdad en las firmas de procedencia dudosa sino que, simplemente, se dijera que las personas cometieron un fraude o que no firmaron porque presumimos que no han firmado y que las firmas entregadas obedecen a un fraude.

Las reglas de la carga de la prueba obligan a que quien sostiene una pretensión debe probar los fundamentos de la misma y, en caso de fracaso en la prueba producida para fundamentar su pretensión, debe sufrir las consecuencias de la falta de prueba, es decir, la falta de prueba de la validez de las firmas en observación, caso que no se vaya al reparo, lleva como correlato necesario la negación de su pretensión de convocar a referéndum revocatorio.

4.2.1.b.- El resguardo a la presunción de inocencia del ciudadano que firmó queda evidenciado en el hecho de que se está procediendo a la verificación para determinar la autenticidad de la firmas, y ello desde la neutralidad, puesto que tal investigación no constituye un juicio a favor ni en contra de la firma estampada, ni constituye la afirmación de que no es inocente la persona que presuntamente firmó; simplemente que ante la duda se trata de aclarar cuál es la realidad del documento objeto de dudas.

Y cuando se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de quien no ha podido fundamentar el hecho que sustenta su pretensión –sea cual fuere la causa- sólo puede confirmar el *status* jurídico preexistente a la petición formulada, y viceversa: el éxito probatorio de quien afirma una pretensión lleva al éxito de lo solicitado, que debe ser acordado por el árbitro electoral, so pena de incurrir en arbitrariedad en caso contrario.

Lo que no resulta admisible desde la presunción de inocencia es que en la duda se determine que llevan la razón quienes tienen su firma en observación por el

CNE, que es lo que pretende la oposición al invocar el *in dubio pro elector* como formando parte de la presunción de inocencia. Y no es posible invocar el *in dubio pro elector* en materia de Derecho Público, por lo siguiente:

a.- porque lo que existe en la materia penal (que no es el ámbito de los reparos ni de las firmas en observación) es el *in dubio pro reo*, del cual el pretendido *in dubio pro elector* pudiera ser una extensión pero **regiría solamente en materia penal**, esto es, en caso que se esté procesando a alguien de fraude y existan dudas respecto a la comisión del mismo o a la prueba del elemento volitivo del ilícito, dudas que no hayan podido aclararse en el procedimiento dirigido a esos fines, en cuyo caso la presunción de inocencia como regla sobre la carga de la prueba y como regla de juicio hace que se proceda en beneficio del elector manteniéndole la libertad o, lo que es igual, no privándole de la misma. Pero, insisto, esto rige en la materia penal, que no es la propia de lo que se está discutiendo con los reparos y las firmas en observación por el CNE.

b.- porque al ser la materia del Derecho Público la de los reparos y la de las firmas en observación, las reglas que rigen consisten en que la duda es un estado de incerteza en las que no puede afirmarse ni negarse nada respecto a la pretensión aludida: en el caso de la pretensión de convocar a un referendo revocatorio presidencial, no podría afirmarse nada, ni a favor ni en contra; porque la duda impide afirmar que se cumplen los requisitos para convocar el referéndum revocatorio, y también impide afirmar lo contrario, es decir, que no se han cumplido los requisitos para convocar el referéndum revocatorio.

En estos casos de duda es necesario que quien afirma una pretensión la pruebe y, por tanto, se proceda a aclarar la veracidad de las firmas mediante los reparos correspondientes, y si no se produce la prueba, quienes están obligados a probar han de correr con las consecuencias de la falta de prueba.

5.- Es completamente falso que se la haya invertido la carga de la prueba al elector cuya opción se manifiesta por querer convocar al referéndum revocatorio presidencial.

5.1.- El no probar significa la derrota: *O provare o soccombere*. Conforme a las reglas clásicas del Derecho quien alega una pretensión debe probarla y quien se excepción debe probar el fundamento de su excepción; por tanto, si un grupo de electores de oposición quiere convocar a un referéndum revocatorio presidencial y existen dudas sobre una cantidad de firmas que el CNE ha pasado a observación y reparo, ¿a quién le corresponde probar?, sencillamente a la parte que afirma unos hechos que no están suficientemente fundamentados como para que no existan dudas y pueda la Administración, en este caso el CNE, acogerlos en su plenitud y en su verdad, como es de esperar cuando estamos en presencia de datos fácticos a reconstruir.

En consecuencia la falta de prueba significaría la derrota de la pretensión de la oposición a convocar un referéndum revocatorio presidencial, y de ahí que, en un primer análisis, conforme a las reglas clásicas de la carga de la prueba, corresponde a quien afirma, en el caso del referéndum revocatorio presidencial, a la oposición y/o los firmantes en contra del Presidente Chávez, probar los hechos que afirman.

5.2.- Conforme a las reglas modernas del derecho probatorio ha surgido lo que se ha llamado la doctrina de la facilidad probatoria, que consiste en una flexibilización de los mecanismos tradicionales de distribuir la carga de la prueba, de modo que ante la existencia de un conflicto en el que sea necesaria alguna prueba para aclarar la controversia, dicha prueba ha de suministrarla cualquiera de las partes que tenga más cercanía con el dato probatorio y, por tanto, más facilidad de aportarlo a la controversia que se dirime; por ello, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo

Español del 29 de octubre de 1987, “suele acudir a atribuir a cada parte la prueba de aquello que le sea más fácil acreditar por estar más próximo a la misma”.

De acuerdo con estas reglas modernas, también le corresponde a los grupos de oposición que pretenden convocar al referéndum revocatorio presidencial, toda vez que son ellos quienes tienen la facilidad de aclarar con su testimonio, firma y huella dactilar, que ellos aparecen efectivamente aportando su firma en las planillas de la casa de la moneda con el deseo de convocar al referéndum.

6.- El método aleatorio para proceder a los reparos no es aceptable porque tiene graves inconvenientes respecto de la transparencia de la decisión y, sobre todo, respecto a su objetividad y su verdad, y estos elementos son imprescindibles, tanto para resolver con legitimidad el conflicto de las partes en competencia dentro de la controversia política por el referéndum revocatorio presidencial, como para respetarle a todos los grupos políticos, de oposición y de gobierno, el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley y en el ejercicio de sus derechos, de donde surge la obligación del Estado y de sus instituciones (como el CNE) de promover la igualdad real y efectiva de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos.

En el caso del método aleatorio, se trata de una **reconstrucción probatoria indirecta** en la que se renuncia al verdadero hecho a probar, esto es, si el elector realmente firmó o no, y se sustituye por otro distinto, esto es, la frecuencia estadística que consiste en partir del supuesto según el cual si un determinado porcentaje de firmas es correcta conforme al método de verificación aleatoria entonces el resto de firmas no revisadas también son correctas, en la misma proporción o frecuencia estadística en que han resultado correctas aquel porcentaje de firmas llevadas, por así decirlo, al laboratorio del examen y revisión.

Cuando ocurre esta **sustitución** la base de la decisión del CNE ya no es la revisión del universo de firmas en observación sino que la base fundamental de la

decisión deviene de la frecuencia cuantitativa en que se presente la regularidad de firmas correctas en el reducido número de firmas realmente evaluadas en laboratorio.

Y con esto se marca una diferencia abismal entre la frecuencia estadística, que de por sí no se refiere al hecho específico a probar, y la hipótesis sobre ese hecho específico, que es el verdadero objeto de la decisión: El hecho específico a probar son las firmas de los electores, y las hipótesis sobre ese hecho es si las mismas son verdaderas o falsas, y esto constituye la base de la decisión que debe tomar el CNE; pero esto resulta totalmente alterado y cambiado si se acepta la aplicación de los métodos aleatorios. Me explico: La frecuencia estadística del método aleatorio no se va a referir al hecho específico a probar sino al porcentaje de probabilidad y frecuencia en que se proyecta la muestra aleatoria, esto es, de la muestra porcentual del número de firmas que se seleccione se determinará por ejemplo que de las veinte seleccionadas diez son válidas, o diecisiete son válidas, todo según el resultado que arroje el examen estadístico del muestreo de firmas seleccionado, y ese porcentaje de firmas válidas que resultan del examen estadístico se le endosa al resto de las firmas no revisadas.

Este paso de las firmas revisadas aleatoriamente a las firmas no revisadas aleatoriamente, pero también objeto de reparos no está –por decirlo así- <<incluido>> en el cálculo estadístico y, por tanto, los resultados de ese cálculo deben ser asumidos al objeto de una ulterior valoración, dirigida a establecer si pueden representar, y, en su caso, en qué grado, elementos de aceptabilidad de las hipótesis sobre el hecho que se trata de probar, esto es, el universo total de firmas objeto de reparos. . .

En consecuencia, esto da lugar a que, cualquiera que fuere el resultado de ese examen aleatorio, tiene el inconveniente de generar, con sobradas razones, la inconformidad de la parte que resulte derrotada y, por tanto, llevaría a la no aceptación del resultado, aparte de las dudas razonables que tal método dejaría sin

resolver de cara a la decisión definitiva que el árbitro debe tomar, y es por todas las razones que acabamos de exponer que no se acepta este mecanismo aleatorio.

5. Conjeturas, propensiones y arbitrariedades de las instituciones jurisdiccionales: En relación a la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N°1022, del 26 de Mayo de 2005. Caracas, 195° y 146°.

I. Aspectos Generales. Una vez más la sistemacidad de un régimen institucional democrático permite la conquista de parámetros de legitimidad y legalidad suficientes como para dar por descontado que una sentencia de la misma Sala Constitucional, contrariamente negativa a la medida dictada por los magistrados de la misma Sala en sentencia N°634 del 26 de Abril de 2005, sea convertida en una sentencia cuyo razonamiento puede, incluso debe, limitarse a un mínimo e incluso único elemento jurídico-pragmático de legitimación. Dicho sea de paso, si en caso que la legitimidad de corte estructural conviniera en obviar (como lo hace de hecho la teoría de los sistemas simples y la teoría estructural-funcionalista), una necesaria pluralidad de elementos discursivos para justificar las sentencias jurisdiccionales, cómo requerimiento mínimo se exigiría que aquel único elemento estuviese en el núcleo central de la relación binómica que sirve de fundamento comunicativo intra-sistémico entre los subsistemas que conforman el sistema jurisdiccional (magistrado, institución jurisdiccional, Sala Constitucional, Ordenamiento jurídico).

Este núcleo central puede venir ser fundamentado a su vez, por dos elementos jurídico-comunicativos recurrentes: por un lado, los mandatos constitucionales que no se limitan al sistema jurisdiccional solamente y; por otro lado, los principios fundamentales que debido a la vinculación expresa del sistema constitucional, promueven a estos derechos (también fundamentales) como elementos limitativo-prescriptivos y dinamizadores-reflexivos de las acciones del sistema jurisdiccional. Sin embargo, difícilmente podríamos argumentar que la descripción normativo-conceptual antes descrita podría servir como fundamento de las razones de validez de la sentencia N°1022 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Un discurso político-justificativo-utilitarista expande su sombra pragmática sobre esta nueva y contradictoria decisión de la referida Sala, esta sombra deja abiertas las interrogantes sobre ¿cuáles son las causas que generaron tal decisión?, más cuando, los esta sentencia corresponde en su apariencia inmediata a una de las faltas más graves a la filosofía institucional positivista y a la conquista de las instituciones democrático republicanas de nuestro presente siglo. Y aunque parezca un tanto paradójico, a tal sombra no le es enfrentada la claridad de las justificaciones y de las razones de validación, puesto que la adjetivación pluralista de estas no se encuentra materializada en el razonamiento de la sentencia.

La ausencia de esta claridad representa a su vez, nuestra primera fuente de crítica a la decisión N°1022 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. En primer lugar, y atendiendo a la centralidad del modelo de esclusas impuesto por el razonamiento de la Sala Constitucional, resulta imprescindible atender a los fundamentos de la necesidad suprema expuesta por los magistrados de dicha Sala: Esta necesidad proviene de la incapacidad institucional de ofrecer una respuesta clara y concisa a la problemática planteada el 1° de Diciembre de 2004, contentiva de un recurso de nulidad contra la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°37.304 del 16 de Octubre de 2001. En aquella ocasión jurídica los magistrados de dicha Sala convinieron en Admitir el recurso de nulidad por inconstitucionalidad propuesto contra el artículo 3 de la referida Ley, al tiempo que decide que, niega la medida cautelar solicitada en cuanto a la suspensión del artículo 3 de dicho texto normativo, y en este sentido, cabe la interrogante ¿está constitucionalmente obligada o en su defecto autorizada la Sala Constitucional para dar por supuesto (lo que es cuestión de justificación) que existe un nuevo y distinguible contexto institucional que amerita una revisión de la sentencia 634 de la misma Sala, y en tanto y mucho más, cuando dicha revisión implica una superación del carácter negativo de aquella decisión para encausar las fuerzas jurisdiccionales a

una prescripción que detiene en su justa y total extensión los concursos públicos para el nombramiento de los contralores y contraloras de Estado (regionales)?. Interrogante a la cual nos abocaremos de inmediato, tratando de analizar las medidas que el Estado Social y democrático de Derecho impone a la facultad de determinar ¿cuándo y cómo tomar una sentencia en virtud de la suspensión inédita de una medida tomada por un mismo órgano (incluso de la misma jerarquía positiva)?

En segundo lugar, y como acción programática de complementación de la crítica al razonamiento jurídico utilizado por los magistrados de la Sala Constitucional en su decisión 1022, tal aclaratoria estará enmarcada posteriormente en una confrontación con los fundamentos derivados de la unificación de aquel principio del relego de la necesidad de incluir una pluralidad de razones de justificación, y de la capacidad que poseen las instituciones de una democracia mínima para convenir en estructurar un esquema de legitimación no necesariamente razonado que, por lo general, se fundamente en la posibilidad de que la autoridad institucional pueda desestimar, a conveniencia, el mérito obligatorio de convertir en axiomas los elementos que real y democráticamente se deben justificar.

II. Sobre la justificación no autoritaria ni arbitraria para determinar cuándo y cómo sentenciar sobre la base de la insuficiencia jurídico-política de una decisión tomada con anterioridad por el mismo organismo o por un similar jerárquico. Existen seis elementos demandados por el paradigma del Estado social y democrático de Derecho, para justificar una sentencia que tenga como finalidad principal la complementación de una decisión tomada anteriormente: 1. La presunción de capacidad de la institución jurisdiccional; 2. La separación expresa entre contextos temporales (jurídicos y políticos) de sentencia; 3. La obediencia a los mandatos constitucionales expuestos como mandatos de obligatoriedad en cuanto a defensa y garantía de los Derechos Fundamentales; 4. La existencia de una garantía en la sentencia, observada en el justo momento en que la sentencia (con contenido negativo y luego con contenido positivo) subordine sus presupuestos sustanciales a la inclusión

en su esencia de razonamiento a los principios fundamentales; 5. La inculcación técnica de elementos jurídicos en la sentencia, limitando al menos a estos en elementos instrumentales mínimos como la imparcialidad, la veracidad y el control jurisdiccional; 6. La inclusión de garantías sustanciales que recojan las antes descritas, al tiempo que muestren un entendimiento del juez de la imprescindibilidad de que el razonamiento y las sentencia estén impregnados y inscritos respectivamente en ellas.

Estos seis presupuestos de cumplimiento jurídico obligatorio denotan un grado aceptable y legítimo (mínimos) de apego del razonamiento jurídico de una sentencia a los mandatos del Estado de Derecho en primer lugar (garantías procesales), y a los mandatos del Estado social y democrático de derecho (garantías sustanciales); un grado que en la medida en que muestre con claridad tal inscripción e impregnación valdría en sí mismo, como sí mismo (por ser no sólo elementos complementarios del razonamiento, sino por ser elementos que encauzan las fuerzas jurisdiccionales del razonamiento a la garantía expresa de los derechos fundamentales) y como garantía recíproca de su efectividad (en la medida en que unos y otros se apoyen entre sí y llenen los espacios vacíos del ordenamiento en cuanto a la disminución de las posibilidades de que una sentencia sea producto de la arbitrariedad de los magistrados).

5.1. La Presunción de la Capacidad de la Institución Jurisdiccional: la capacidad de las instituciones jurisdiccionales es producto directo e indirecto de la consistencia institucional (y constitucional) de legitimación democrática extra principio de representación; en este sentido, corresponde a la jurisdiccionalidad construir un sistema autorreferente que permita la fortaleza de la vinculación de los mandatos democráticos suficientes para introducir la función de las instituciones jurisdiccionales en el mantenimiento y la construcción continuada de los derechos y garantías de los derechos que hacen posible la existencia intra y extra institucional de los principios básicos de la misma democracia representativa, como régimen político y del Estado mismo de Derecho como régimen constitucional.

En este sentido de autorreferencia existe una relación biunívoca entre capacidad de autorreferencia institucional, para la construcción de esquemas de legitimación democrática no representativa y, capacidad institucional para construir desde esa autorreferencia los mecanismos jurisdiccionales necesarios para que el sistema institucional se apegue expresamente al fortalecimiento de la democracia; al tiempo que esos mecanismos sirvan de igual manera al reparo de los derechos fundamentales que han sido afectados por una esencialmente imperfecta institucionalidad democrático-jurídica. En tanto este requerimiento se fue convirtiendo en un mandato constitucional, a través de las distintas etapas de la evolución jurídico-política del Estado de Derecho, el poder jurisdiccional fue adquiriendo mucha mayor autonomía con respecto a los nervios del poder Ejecutivo y del Parlamento, y no al contrario, como se creería conclusivamente desde las perspectivas meramente juristicistas.

El anterior requerimiento afecta directamente la capacidad jurídico normativa y político normativa de las instituciones jurisdiccionales, debido a que, al ser un sistema de legitimación autorreferente, (y aún así, su esquema de comunicación con el entorno del Estado (demás instituciones diferentes en esencia y en jerarquía administrativa) sea expresamente en favor de los principios de la democracia) es sólo y únicamente a través de tal esquema de autorreferencia institucional autorreferente que sus acciones, apegándose al concepto de capacidad institucional (incluso jurisdiccional), pueden mostrarse como legítimas en su esencia. Esta legitimidad puede observarse como producto de un conjunto de premisas orgánicas, evolucionadas desde el nacimiento de los principios del derecho natural (iusnaturalismo) hacia la garantía de los derechos fundamentales y hacia el reparo de los principios constitucionales, y en tanto, estas premisas (que necesariamente no pertenecen a un recetario de jurisprudencias, o a una clasificación expresa del ordenamiento) sean llamadas a la legitimación de las acciones de los magistrados de

justicia por un razonamiento que se aboque receptivamente a la justificación de la capacidad institucional, cumplirán su función autorreferente de legitimación.

Cuestión contraria e involutiva puede venir representada por un razonamiento jurídico que dé como presupuesto este apego prescriptivo a los procesos constitucionalmente permitidos de legitimación de la capacidad institucional, y en tanto lo realice, promueva a otros principios y otras premisas, con la misma esencia de autorreferencia, como premisas orgánicas de legitimación de las acciones fundadas en la capacidad institucional. En este punto es demostrada facticamente la incapacidad de las instituciones del Estado, y especialmente de las instituciones de jurisdicción, para dar por supuesto y axiomático lo que debe y es cuestión de justificación y validación, es decir, lo que en palabras de la filosofía pragmática se expone como la contraindicación y primacía de la verdad sobre la justificación, en tanto que, una (la verdad) no puede convenir en suponerse contra la otra (la justificación), o en su defecto, está última se proponga como sustituto de la primera.

Así descritos los elementos normativos, y pasando al análisis de los argumentos de justificación y validación del magistrado ponente en la decisión de la SCTSJ N°1022, encontramos tres incompletitudes que se convierten en extralimitación de los presupuestos de legitimación sobre los que se debe sustentar la legitimidad de los procesos de adjudicación negativa y/o positiva de decisión jurisdiccional, y sobre los que se debe fundar el razonamiento en torno a la legitimación de una acción específica que tenga como premisa básica y unívoca la capacidad institucional de ejecutar una y otra decisión sin prestación de atención ni intención al razonamiento necesario y correspondiente de justificación: Una primera incompletitud, hace referencia a la ausencia parcial de una necesaria y expresa justificación de la capacidad institucional de la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para tomar, en la medida que el caso representa una necesidad suprema jurisdiccional, una decisión totalmente contradictoria con la

anteriormente tomada por la misma Sala y los mismos magistrados; decisión que posee relación unívoca con la solicitud de suspensión del artículo 3 de la LDDCCE, por inconstitucionalidad -con el cual se exigía la suspensión de los concursos públicos para la designación de los contralores y contraloras de los Estados (regionales)-. Más cuando, esta primera decisión N°634 de la Sala Constitucional, que descansa en su fundamentación lógico-jurídica, sobre puntos de validación de similar e incluso igual magnitud.

En este sentido, cabe mencionar la inconsistencia del razonamiento de la Sala Constitucional en cuanto al punto crucial de informar, como condición mínima, sobre las razones de necesidad de una nueva decisión, sin importar, en principio, que dicha acción corresponda a una reafirmación de la anterior o a un relego negativo de aquella primera decisión. De esta forma se empiezan a observar las deficiencias pragmático-informativas sobre el razonamiento jurídico en torno a la premisa -dada por descontada, pero necesaria de validación- de un acceso a un grado aceptable de capacidad institucional de la Sala Constitucional, en cuanto a su función de reparar los daños ocasionados a los derechos fundamentales, debido a que, al existir una ausencia de dicha justificación, como condición mínima para aperturar un nuevo razonamiento sobre el caso -del cual se observó que la variación de las premisas no representa una alteración ni formal ni sustancial de su esencia de razones de validación- el proceso de decisión (juicio) para lograr convertirse en un proceso que se sustente en la facultad del ordenamiento positivo, ha de estructurar una nueva validación posterior, la cual debe estar fundamentada como condición jurídica mínima en la exposición de qué daños se han de reparar, cuáles son los daños que se han ocasionado, en qué grado, y hacia qué derechos se han dirigido dichos daños. Esta es la segunda incompletitud del razonamiento de la Sala Constitucional en su sentencia N°1022, puesto que, en dicho proceso de justificación, no existe una premisa o un conjunto de premisas que den cuenta de, en tanto que exista un hecho sobre el cual ejercer el recurso de prescripción positiva y facultativa, una afección

negativa a los derechos fundamentales y a la función de la Constitución de mantener niveles más que aceptables de cohesión y estabilidad institucional y social.

De este modo se queda contradicho en esencia la premisa de justificación interna de los ordenamientos jurídicos positivamente normados la cual demanda una existencia previa de un hecho, o de un conjunto de premisas inferenciales que, como condición mínima, llame al estrado a los detractores de alguna norma o de algún principio, para convertirse en sujetos de adjudicación de un proceso jurisdiccional. Descrito de un modo más práctico acudir al principio aceptado constitucional y por ello institucionalmente de "la inaplicación de un instrumento legal se [lo cual se] justifica cuando exista un interés de orden público que lo amerite, es decir, cuando esté en entredicho la protección de derechos constitucionales, cuyo amparo hace posible la convivencia de la sociedad", de manera que este principio se observe como predispuestamente recurrente en los procesos de designación de los Contralores y Contraloras de los Estados, corresponde a una perversión del principio mismo, en tanto que su justificación, para ser utilizado como elemento de autoridad y capacidad de las instituciones jurisdiccionales, debe acotar como ya se expresó las derivaciones cualificables (a qué derechos nos referimos) y cuantificables (en que grado de afección fue puesto en entredicho la protección, garantía y respeto de cuáles y cuantos derechos); cuestión contraria, como de hecho acaeció, representa como se dijo una corrupción de la utilización de este principio para validar el inicio de un nuevo proceso de decisión bajo la simple fórmula (que expresa una garantía procesal) capacidad institucional-necesidad de revisión de una decisión anteriormente tomada (y considerada en sí como válida y hasta necesaria).

Una tercera incompletitud se muestra en la ausencia de una justificación en cuanto a que, como condición mínima, existe una transformación de un contexto institucional y social que permita adjudicar verdadera capacidad institucional a la Sala Constitucional para revisar aquella sentencia sobre el artículo 3 de la LDDCCE N°634. Está inscrito en la filosofía institucional (casi dogmática) dominante en los

ordenamientos jurídicos normados, que existe una capacidad institucional para ejecutar la admisión de un argumento en contra de una sentencia ya tomada (apelación, revisión constitucional, ausencia de razonamiento jurídico válido, etc), y la transformación del contexto institucional y social es uno de los razonamientos que se permiten para validar dicha revisión; sin embargo, resulta imprescindible acotar que la figura del cambio de contexto está expresamente sometida a la premisa fundamental del respeto y la garantía de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, para evitar así de esta manera, la adjudicación de capacidad institucional a una jurisdicción presta a la construcción de un esquema de procesos legales al servicio de las ideologías democrático-representativas de turno en los órganos Parlamentarios y Ejecutivos del Estado.

De manera tal que, la utilización de esta premisa de razonamiento, sea realizada bajo la más expedita autonomía de los órganos de jurisdicción y de los requerimientos funcionales en cuanto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico, los cuales permiten capacidad de vinculación de las normas administrativas del régimen democrático. Sin embargo, sería incluso ilusorio, ante las deficiencias de razonamiento previstas en la sentencia N°1022, acreditar un razonamiento de este tipo a los magistrados de la Sala Constitucional encargados de la construcción de razones de validación de dicha sentencia, de tal manera que, quedaría sin efecto el presupuesto jurídico que otorga a la Sala Constitucional y que ésta supone como preconcebido, aquel principio sobre el reparo de los derechos fundamentales ante cualquier daño realizado por un sujeto intra o extra institucional, y aquel principio de inaplicación de un instrumento legal (...) cuando esté en entredicho la protección de los derechos Constitucionales... bajo aquella suposición, sería adjudicada la capacidad institucional suficiente a la Sala Constitucional para ejecutar la revisión de la sentencia N°634 en cuanto a la decisión de Negación de la medida cautelar solicitada en cuanto a la suspensión del artículo 3 de la LDDCE.

5.2. La separación expresa entre categorías espacio temporales y contextos institucionales (jurídicos y políticos) de la sentencia. Cuestión trascendental viene a colación en nuestro análisis al observar la ineficacia de los magistrados de justicia de la Sala Constitucional para, antes de ejecutar una revisión, más cuando tal revisión desemboca procedimental y conclusivamente en una contradicción antónima, colocar de manera expresa y sobre una argumentación clara los elementos jurídicos y políticos que expresan una separación precisa de los contextos institucionales y de los contextos político-jurídicos en que se han de tomar ambas decisiones, lo que determina principalmente la legitimidad de cualquiera de los argumentos que se esgrimen, no sólo ni únicamente para determinar en sí la legitimación de la capacidad institucional, como se describió anteriormente, sino también para construir los factores argumentales necesarios para incardinar las fuerzas de las instituciones jurisdiccionales a una revisión más que exhaustiva de los elementos ausentes de validación que, cuya función faltante permitió que aquellos razonamientos se mostraran más que incompletos, inicuos e inválidos al tiempo que se necesitó de una incardinación de dichas fuerzas hacia la constitución de una decisión totalmente contradictoria a la expuesta en la sentencia N°634, con respecto al artículo N°3 de la Ley para la Designación de Contralores y Contraloras del Estado.

Pero más allá de los detalles estructurales de la justificación, encontramos un esquema de inconsistencias en la metodología interna (basada en los presupuestos dados como válidos en sí y por sí mismos) de justificación de la sentencia 1022 de la Sala Constitucional; ese nuevo esquema de inconsistencias se encuentra sustentado en el uso ilegítimo del razonamiento lógico-jurídico clásico (silogismo práctico), como mecanismo de estructuración de los argumentos fundamentales de decisión. La ausencia de parámetros de justificación ante una posible y/o plausible transformación del contexto institucional y del contexto social en el que se inscriben tanto la sentencia N°634, como la sentencia aquí analizada N°1022, deriva consecuencias no sólo en, y no sólo del, proceso de legitimación de la capacidad institucional, sino que

se sumerge en el núcleo de toda la argumentación de validación de la sentencia, en el preciso momento en que pareciese que, atendiendo a que es una necesidad suprema la que ha llevado primordialmente a la Sala Constitucional a ejecutar una revisión y a tomar una decisión contradictoria a la anteriormente tomada, es el mejor y principal argumento que se puede esgrimir para justificar, sin hacer daño a una visión de eficacia y coherencia en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, una acción jurisdiccional de tal tipología contradictoria.

Es en este momento, donde se demanda que los argumentos del razonamiento presten vital atención a la división expresa de los contextos de decisión, puesto que en tanto esto sucede, se dejará por sentado que aquella primera decisión (634 con respecto al artículo 3 de la LCDDE) no es parte de la ineficacia institucional de la Sala Constitucional, lo que permitió la dinamicidad de algún esquema de violación de los derechos fundamentales, sino que ha sido este mencionado cambio (o mejor transformación) de los elementos que constituyen el contexto jurídico-institucional, y político-jurisdiccional, el que ha llevado a tal revisión de aquella primigenia sentencia. Además, la argumentación en favor de la aclaración de una diferenciación de los contextos de decisión permite descalificar los elementos "racionales" en contra de la sentencia N°1022 que estén sustentados a su vez en la presencia de un arbitrio extrajurídico-positivo, de parte del o los magistrados de la Sala Constitucional. En este sentido, cabe destacar la pertinencia del silogismo práctico, en la medida en que, si bien la premisa mayor está sustentada en aquella norma que expresa "la inaplicación de un instrumento legal se justifica cuando exista un interés de orden público que lo amerite, es decir, cuando esté en entredicho la protección de derechos constitucionales, cuyo amparo hace posible la convivencia en sociedad", la premisa menor, como condición mínima, debe hacer referencia a la transformación de elementos fundantes de un contexto en el que se ha inscrito una decisión (aquella decisión primigenia 634), o de lo contrario, habrá de argumentar una errática definición de esa misma decisión que ha llevado a una decisión posterior, contentiva de una revisión de esta primera sentencia y de una decisión no ratificadora

de la primera, con lo cual quedaría demostrada la ilegitimidad funcional y utilitarista de la referida institución jurisdiccional; aunque necesariamente esto no afecte directamente la integridad de la legitimidad misma del conjunto de instituciones que integran el órgano jurisdiccional.

De esta forma queda demostrado que ante la ausencia de elementos que integren el razonamiento jurídico, cuyo contenido esencial sea la justificación de la necesidad de revisión de la sentencia N°634, el razonamiento general de la sentencia destinado a fundamentar racional y jurídicamente los elementos de justificación de la sentencia quedaría a su vez sin una base sólida de racionalidad, con lo cual, se colocaría a merced de un cúmulo de críticas insalvables y con una mayor carga de racionalidad lógico-epistemológica y lógico-jurídica; lo cual en definitiva y de hecho, entraría a conformar un esquema de violaciones de los derechos fundamentales en tanto que, permitiría la violación de las garantías procesales del razonamiento, y también la violación de las garantías sustanciales a los derechos fundamentales protegidos por nuestra Constitución.

5.3. La obediencia a los mandatos constitucionales expuestos como mandatos de obligatoriedad en cuanto a defensa y garantía de los Derechos Fundamentales. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, aún sin evaluar el impacto de su inconsistencia y demostrada incapacidad de resolver las decisiones en favor del resguardo de los derechos constitucionalizados, ha considerado de nuevo que existe (como premisa menor de su argumento de validación) una posibilidad extensa que hace presumir que, existe "una violación de los derechos y principios denunciados en el recurso de nulidad propuesto (12 de Mayo de 2005, por el abogado Franz Castillo Salazar) y que fue admitido por esta Sala, en virtud de lo cual se estima pertinente señalar(...) que si se aplicase dicha norma [artículo 3 de la LDDCCE] y en efecto se celebrasen los referidos concursos durante el transcurso del presente procedimiento y luego la Sala declarase su invalidez, serían irreparables los daños que se ocasionarían o los designados en

dichos concursos (...) con lo cual la premisa menor, correspondiente a este argumento quedaría inscrita en la clasificación jurídico-positiva que realiza la norma de "inaplicación de un instrumento legal se justifica cuando exista un interés general de orden público que lo amerite (...)" y por ende, quedaría descartada cualquier incompletitud del razonamiento jurídico que dé por sentada la posibilidad de invalidación de la sentencia que expresa "una providencia cautelar, que trata sobre la no aplicación de una norma de efectos generales así como la suspensión de los concursos para la designación de todos los contralores estatales (...)".

En virtud del entendimiento positivista de las citas anteriores, existe una validez inherente al razonamiento lógico silogístico, en tanto que, la evaluación, ejecución, nombramiento de jurados, y designación de las reglas del concurso y adjudicación de los cargos de contralor, al no estar fundamentados en un proceso determinado en su totalidad, sino en un proceso de legislación que ha de tener necesariamente una revisión un tanto exhaustiva de los artículos 2, 3, 7 y 10 de la Ley para la Designación y Destitución de los Contralores y Contraloras del Estado, está justificada su inaplicación y justificada por ende una sentencia que aplique tal disposición de suspender los concursos públicos para la designación de los contralores estatales.

Visto desde la filosofía positiva del Derecho, el razonamiento silogístico tendría todos los elementos de validación que permiten conceder legitimidad a la decisión tomada; sin embargo, esta validez provendría de una situación jurídica primigenia, única y novedosa y no de una situación jurisdiccional cuyos antecedentes sean la adjudicación de una inadmisibilidad de la demanda objeto de los autos en cuanto a la inconstitucionalidad de los artículos 2, 7 y 10 de la LDDCCE, y de una negación de la medida cautelar en cuanto a la suspensión del artículo 3 de dicho texto normativo. De reconocer aquella misma filosofía positiva, un entendimiento y por ende una diferenciación de las dos sentencias 634 y 1022 aquí analizadas, dicho entendimiento convendría y desmitificar la validez del silogismo presentado a través

de la metodología con el que fue expuesto, y retomándose la discusión por otros senderos jurídicos que admitirían la imprescindibilidad de reconocimiento de dichos antecedentes, como condición sine qua non del análisis y la aceptación de la premisa menor, e incluso de la premisa mayor, utilizada en dicho silogismo argumentativo.

Según algunos autores del positivismo jurídico, y especialmente de algunos miembros de la Doctrina Italiana del Derecho, es clara la prescripción del ordenamiento jurídico en torno al silogismo racional jurídico: un silogismo simple es utilizado en cuanto pertenezca a un proceso de decisión que no ha tenido ingerencia jurisdiccional anterior; sin embargo, en lo que respecta a un hecho jurídico que ha sido anteriormente citado en las instituciones de jurisdicción, más cuando la acción de estas hace referencia a una decisión prescriptiva (positiva o negativa) sobre el hecho jurídico citado, el silogismo práctico se convierte en un silogismo que alcanza altos grados de complejidad, en tanto que, debe recoger como premisa superior, no sólo las normas prescriptivas sobre el tema que disponga el juicio con arreglo a valores del magistrado de justicia, sino las normas o un razonamiento sobre las normas que fueron utilizadas como premisa mayor en la primigenia intervención jurisdiccional que prescribió una norma inferior sobre el caso jurídico en cuestión, de lo cual se deriva, aplicando este parámetro analítico a la sentencia N°1022, una incompletitud del razonamiento de validación debido a la inexistencia de la inclusión y del reparo a aquellas premisas (o premisa) superior anteriormente utilizada.

Consecuencia de esa incompletitud de reparo jurisdiccional en los antecedentes jurídico-políticos de la sentencia 1022 (claramente especificados en la sentencia de la Sala Constitucional N°634), se genera, a partir de la inconsistencia producto de esta misma incompletitud, un proceso de Juicio de tipo decisionista, donde el principio de validación y/o legitimación queda constituido de forma inmediata por juicios de valor, en un doble aspecto: por un lado, en el sentido del valor o de la fiabilidad del órgano juzgador y por tanto de la fuente de legitimación político-jurisdiccional; por otro lado, en el sentido de los valores y de las valoraciones

adoptadas por ellos como fundamento de su decisión, entre los que destaca principalmente el argumento valorativo del bien común y el interés público.

En este sentido se puede afirmar que, el carácter valorativo del juicio depende sobre todo del defecto de estricta legalidad del Derecho sustancial, a causa de la cual la actividad instructora de la jurisdicción y del propio ordenamiento positivo hacia las acciones de las instituciones jurisdiccionales, y que por tanto, no puede ser en sí cognoscitiva (entendimiento a partir de las obligaciones que se desprenden del ordenamiento) sino sólo valorativa, al no ser cognoscitivista sino valorativa en Derecho. Como conclusión de este correlato analítico podemos afirmar que, existe una violación a la obediencia a los mandatos constitucionales expuestos como mandatos de obligatoriedad en cuanto a defensa y garantía de los Derechos Fundamentales.

5.4. La existencia de una garantía en la sentencia, observada en el justo momento en que la sentencia (con contenido negativo y luego con contenido positivo) subordine sus presupuestos sustanciales a la inclusión, en su esencia de razonamiento, de los principios fundamentales. En el Estado social y democrático de Derecho es necesario que las acciones jurisdiccionales no sólo estén adscritas (especialmente en su razonamiento justificativo) al seguimiento y el reparo de los derechos fundamentales, sino que deben incluir en su razonamiento jurídico a los mecanismos necesarios para la conquista y la programabilidad del cumplimiento y la extensión de los espacios de acción de los derechos fundamentales, es decir, deben inscribir a estos en su interior, en su esencia misma, de suerte que no puedan violentarlos sin violentar los elementos de su propio razonamiento, y esta acción se puede observar como una completación del principio de estricta legalidad que protege las garantías de los excesos de las valoraciones y de las avaloraciones del magistrado de justicia.

De esta forma se puede mostrar el desapego de la sentencia N°1022 a estos requerimientos propios del Estado social y democrático de Derecho, requerimientos inscritos como norma constitucional. Tal desapego se expresa, en primer lugar, en la inexistencia de una versión razonable de cuantos derechos han sido, o como afirma la sentencia, se presume que han sido violados o pueden ser violados los derechos y los principios constitucionales; en la medida en que no existe ninguna cuantificación de los derechos y principios constitucionales que han sido, pueden o hasta serán violentados, tampoco existe un razonamiento válido que justifique la aplicación de tal disposición como elemento de validación de la sentencia N°1022. En segundo lugar, y cuestión mucho más compleja desde la perspectiva jurídica, en la inexistencia de una cualificación de los derechos y principios constitucionales que se han violentado, que pueden serlo o que van a serlo, en este sentido, cabe destacar la incompetencia racional de los magistrados de la Sala Constitucional para determinar cuáles han sido, son, o serán los derechos y principios bajo el adjetivo de violencia, puesto que esto determinaría a su vez una confrontación jurídica sana para el bienestar de la justicia procesal y de la justicia normativa, entre la importancia y la jerarquía de los derechos y principios constitucionales a colación, con lo cual quedan mayormente aclarados los niveles de apego o desapego a los principios y derechos fundamentales, con lo cual, y a partir de los cual, se puede estructurar un razonamiento en base a la inaplicación de una normativa positiva que contemple en su ejecución la violación de los derechos y principios fundamentales.

En este contexto, es necesario incluir el principio de prescriptividad de los ordenamientos jurídicos normados, donde es el hecho jurídico, determinado como tal, y supuesto ocurrido en cuanto tal, aunque no necesariamente ocurrido como tal o de tal forma, el que puede y debe ser incluido en la observación de las instituciones jurisdiccionales, de lo contrario entraríamos en una involución de las instituciones del Poder Judicial en cuanto a que, estaríamos regresando a aquellos procesos cuyos fundamentos son la posibilidad de existencia de tales o cuales posibilidades de hecho, y no de fundamentos basados en la existencia de probabilidades de post-factum que

permitan la adjudicación de tal o cual hecho jurídico a un sujeto a y de derecho. Queda expresa así, la violación de los condicionantes del paradigma del Estado social de Derecho, que versan sobre la existencia de una o un conjunto de garantías como norte y como esencia de las sentencias de los órganos pertenecientes al poder judicial.

Colocar como fundamento del razonamiento de justificación el respeto y la protección de los derechos fundamentales, requiere de una inherencia de los derechos y las garantías al verbo del razonamiento, lo cual asegura que, entendido en su plena extensión, este requerimiento convierte al razonamiento jurídico en un mecanismo propio de garantía de los derechos y principios constitucionales, más que en un mecanismo imperado desde estos principios y garantías.

5.5. La inculcación técnica de elementos jurídicos en la sentencia, limitando al menos a estos en elementos instrumentales mínimos como la imparcialidad, la veracidad y el control jurisdiccional. La inclusión de los cuatro elementos anteriores permitiría a los magistrados de justicia de la Sala Constitucional, la sustentación de su decisión (y primeramente de su revisión de decisión), en factores jurídicos de trascendencia institucional, representados a su vez por la imparcialidad, la veracidad (más verificación) y el control jurisdiccional. En cuanto a la imparcialidad, los cuatro elementos anteriores promueven un conjunto de fundamentos que permiten desmitificar las acusaciones no jurídica ni razonadamente válidas sobre el uso expreso del arbitrio de o los magistrados de justicia miembros de aquella Sala. En este sentido cabe destacar que nuestro ordenamiento positivo amerita, más que cualquier otro ordenamiento, un apego irrestricto, por su permisibilidad recelosa, a las disposiciones que él contenta en lo que hace referencia a las acciones de interpretación y a la utilización de fuentes de razones del Derecho distintas y distinguibles entre sí. Tal apego, cuyos elementos principales se encuentran contenidos en buena medida en los cuatro factores de razonamiento jurídico antes descritos, garantiza una imparcialidad del magistrado en cuanto que, permitiría que las premisas mayores utilizadas en el razonamiento silogístico, aún

cuando sean contradictorias entre sí (puesto que lo recomendable desde los principios del Derecho es que sean complementarias entre sí) sean justificadas en buena medida, con lo cual, se demuestra medianamente (lo que es aceptable ante la crítica jurídica) que no existe un esquema de arbitrariedad del magistrado en cuanto a la inclusión en la sentencia de una carga de arbitrariedad que corresponda a los intereses particulares de éste. Con ello, queda sentado que el razonamiento jurídico ha de servir incluso para el control de la arbitrariedad, en cuanto que, nos sólo permite como se ha afirmado desde su inclusión en la Constitución, una justificación jurídica de la sentencia en tanto ha respetado los límites del ordenamiento y en tanto ha utilizado todos los mecanismos a su disposición para hacer valer la verdad y la justicia (aunque en versiones limitadas de estos conceptos), sino también que cumple esta función en el momento en que permite una disminución de la carga de arbitrariedad del magistrado cuando, presentándose una situación contradictoria, acude a la observancia de un mecanismo inscrito en la médula del ordenamiento jurídico positivo (silogismo práctico) para debilitar las posibilidades de absolución de la inclusión de elementos arbitrarios (razones particulares) del magistrado, en tanto estos no cumplan los elementos requeridos para ser incluidos y no tengan como finalidad expresa y suprema la garantía de los derechos y principios constitucionales.

En cuanto a la veracidad, acudimos a una quiebra del principio inductivo propio del proceso de verificación y contrastación de las razones de justificación de las sentencias. Quiebra expresada en la insubordinación del razonamiento jurídico de validación de la sentencia N°1022, en tanto que, desde el inicio del proceso de justificación se empieza a violar la ley del inductivismo que expresa "nada puede ser dado por descontado" al tiempo y en paralelo que no admite la Ley del estadio positivo referida a "la subordinación constante de la imaginación a la experiencia del hecho sucedido". En lo que se refiere a la primera ley, el razonamiento da por presupuesto que el contexto sociopolítico e institucional jurisdiccional ha variado en suficiente grado como para, dar por descontado que quedará la Sala eximida de toda culpabilidad de error en la medida en que su decisión contraria a la tomada por los

mismos magistrados pero en "otro contexto", y no posee razones ni elementos institucionales y jurídicos suficientes para ser mantenida como una decisión aceptable, aceptada y ratificable; claro está, de admitir dicha erraticidad la Sala Constitucional tendría que reparar un conjunto de violaciones a los principios y derechos fundamentales y en tanto esto ocurra, tendría como responsabilidad atender a cada violación por separado indemnizando cuando sea necesario, reconociendo cuando el mandato constitucional demande y asumiéndolo cuando el ordenamiento institucional (no sólo jurídico sino también democrático político) lo exija.

En lo que se refiere a la segunda ley, se da por descontado que existiría una posibilidad (y no una probabilidad de tanto o cuanto por ciento) sin atender a sus grados expresos, aunque siempre inexactos pero sí aproximativos, de que la aplicación del artículo 3 de la LDDCCE, disponga una marco de violaciones a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales que, genere una situación político-jurídica tan adversa que deje sin efecto las acciones y los recursos de las instituciones jurisdiccionales en cuanto al respeto, la materialización y la garantía de los derechos y principios fundamentales y constitucionales, de lo cual se deriva que, sólo la posibilidad imaginativa (entendida como una fórmula mágica del derecho) de una violación a estos derechos y principios, es razón suficiente para que una norma general no sea aplicada y sea aceptada una medida cautelar en favor de la suspensión de los concursos públicos para la designación de los Contralores y Contraloras de los Estados (regionales). Con ello no sólo quedaría demostrada en buena medida la incompletitud y las deficiencias epistemológicas del razonamiento utilizado para la justificación y/o motivación de la sentencia N°1022 de la Sala Constitucional, sino también las incompletitudes y las deficiencias racionales y jurídicas del razonamiento de la sentencia N°634, en lo que respecta al tratamiento jurídico-constitucional del artículo 3 de la referida Ley, con lo cual, no sólo los recursos y las acciones jurisdiccionales se mostrarían como insuficientes por cuanto en el lapso transcurrido entre las dos sentencias se habrían violentado los derechos y principios constitucionales, sino también y además, porque debido a la misma contradicción y

las mismas deficiencias ambas decisiones en sí, aún cuando contradictorias, no satisfacen los requerimientos de la constitución y del ordenamiento jurídico y no satisfacen las garantías y los reparos a los derechos fundamentales desde sí mismas, es decir, que ambas sentencias no resuelven siquiera en diminuto grado, las demandas solicitadas, tanto por los autos presentados contra la inconstitucionalidad de la LDDCCE, analizados en la sentencia N°634, ni del auto solicitado en la demanda de nulidad y suspensión de los concursos públicos para la designación de los contralores y contraloras de los Estados.

De ambos irrespetos se deduce una violación a los parámetros de control del poder jurisdiccional en tanto que, las acciones de la Sala Constitucional se acercan más a aquellos modelos de decisión basados en las presunciones a futuro, propias de un sistema legal interpretativo de las posibilidades institucionales del magistrado de justicia, y no de las posibilidades probalísticas que los hechos concurran en demostrar que a futuro de mantenerse una situación que aunque no ha producido un conflicto institucional y social, lleva en su seno una carga de conflictividad tal que es más probable que sea parte de los mecanismos de activación de dicho conflicto.

En este sentido, tal actuación representa un retorno a los modelos de judicialidad cuyos fundamentos de razonabilidad eran la posibilidad de que, por ser familia de un conservador, tal ciudadano tenía posibilidad de convertirse en un contrarrevolucionario y por lo tanto, preventivamente atendiendo a aquella posibilidad inocua, era necesaria atendiendo a los fines supremos de la constitución, privarlo de su libertad. De allí la demostración de un punto máximo de desatención a los fines supremos de la constitución de un Estado social y democrático de derecho y de un ordenamiento positivo inscrito en la filosofía garantista y democrática de una sociedad civilizada y occidental.

5.6. La inclusión de garantías sustanciales que recojan las antes descritas, al tiempo que muestren un entendimiento del juez de la imprescindibilidad de que

el razonamiento y las sentencia estén impregnados y inscritos respectivamente en ellas. Una de las necesidades de un razonamiento jurídico, en cuanto a razonamiento que abrirá las posibilidades de contrarrestar los efectos cuasi perversos de una decisión anterior, sin que tal revisión menoscabe la capacidad institucional y su visión de ser una institución eficiente, coherente y eficaz, es la necesidad de prever un punto intermedio entre las deficiencias presentes (lo que da fundamento racional a la posibilidad de revisión) en la decisión anterior, y las deficiencias que deben ser atendidas (no necesariamente aquellas deficiencias primeras) en la nueva decisión.

Esto con la finalidad de proveer a sus propias razones jurídicas de un andamiaje que permita la inclusión de las garantías sustanciales que recojan las garantías a los derechos, inscritas en la decisión antes tomada (en nuestro caso de la N°634) que necesariamente aunque no siempre en buena medida deben existir, para complementarlos con la inclusión y profundización de nuevas y novedosas razones jurídicas que garanticen en mejor y mayor medida los derechos fundamentales, de esta manera si bien, estaríamos en presencia de una contradicción de sentencias, no necesariamente estaríamos en presencia de una contradicción de la razones de justificación, lo que crearía una especie de subsistema tradicional del razonamiento, que implicaría a su vez un doble control jurisdiccional en tanto que quedarían expresamente denotados los elementos que pueden y deben ser utilizados para el razonamiento de validación de las decisiones de la Sala Constitucional, y en tanto que, esa expresividad se convierta en prescriptibilidad, no sólo de la Sala Constitucional, sino de todas las instituciones jurisdiccionales, atendiendo a la funcionalidad plural que permite la originalidad de la división de su trabajo jurídico.

Aunque se coloca como un deber ser de las instituciones jurisdiccionales, en un régimen democrático su práctica o su intento de alcance se coloca en primera fila de los fines supremos que deben encauzar todos los recursos institucionales, no sólo jurisdiccionales, hacia el cumplimiento de los mandatos del paradigma del Estado social y democrático de derecho.

Sobre la Sentencia N.634 de Abril de 2005 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Venezolano y sus contradicciones internas de validación.

Problemas de contenido de las razones de justificación de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

El problema general de la incompletitud de controles y fuentes de razones de justificación.

I. En la Sentencia de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, STSJSC.Nº634/2005, de fecha 26 de Abril de 2005, que decide ante la causa interpuesta por los abogados Jorge Kiriahidis y Juan Pablo Livinalli, actuando como apoderados judiciales de Sonia Margot Pierluissi Hurtado, Andrés Julián Cruz Méndez, Juan Pablo Soteldo y Frank Roberto Castillo Salazar, existen justificaciones aparentes, que sirven de fundamento de la decisión, que se traduce en una línea jurídica general dirigida a demarcar las fuentes y controles de las razones de justificación de la Decisión tomada por los magistrados de dichas Salas: esa línea que se considera axiomática e inherente, está representada por el apego irrestricto e irrestringible al núcleo prescriptivo del ordenamiento jurídico positivo.

El apego a la línea positiva del ordenamiento normado impone aquí que la fuente de las razones de justificación se fundamenten en las premisas del mismo ordenamiento jurídico, en las premisas de sus conflictos de jerarquía y, en fin, de sus conflictos de capacidad interpretativa interior. Estos tres elementos constituyen la fortaleza expresa de un sistema prescriptivo positivo creado, utilizado, ejecutado y soportado por un conjunto de instituciones democráticas de amplia evolución histórica en cuanto a lo que corresponde a los elementos fundantes de la estabilidad y capacidad vinculativa del Estado y de los órganos que lo constituyen, es decir, unas

instituciones político jurisdiccionales donde la capacidad de respuesta a las demandas provocadas por los conflictos intraorganizacionales de cualquier órgano del Poder Público es inéditamente eficaz, realmente coherente y utilitaristamente eficiente. Sin embargo, es cuestión muy contraria a los pretendidos propósitos de los magistrados, denotada en la línea de razonamiento positivista que siguen y que acaba de indicarse, la situación jurídico política de transición que actualmente se vive en el nacimiento de la V República Venezolana, donde a menos de una década de iniciado el proceso de reconstrucción institucional, los vacíos del ordenamiento permiten una amplia gama de incompletitudes en el sistema jurídico, que deben ser llenados por un magistrado que entienda la inconsistencia de la legislación en sus propios grados y cualidades, al tiempo que, luego de entenderla, disponga de un conjunto de herramientas que le permitan abordar las distintas controversias procurando siempre, aparte de la justicia de la decisión, los elementos de legitimidad y eficacia que se demandan en el nuevo estado constitucional, social y democrático de derecho.

www.bdigital.ula.ve

Sin embargo, a pesar de la recurrencia (mostrada infra) de las contingencias y riesgos de las inflexibilidades positivistas con respecto a la visión del ordenamiento jurídico, resulta increíble para la perspectiva de la investigación aquí planteada, la imprescindibilidad de argumentar siempre a favor de este mecanismo de dinamicidad del sistema jurídico como fuente preferente de las razones de justificación y como modelo de control de dichas razones.

Estrategia metodológica. Una: enfrentar el fallo consigo mismo en dos direcciones: la primera, desde todo el marco de posibilidades que, in extenso, permiten las mejores herramientas de razón positivista, tanto cuantitativa y cualitativamente (es decir, todas las razones que sean de tenor positivista y, al efecto, aplicables a la situación controvertida concreta, las halla explicado –ensayado– o no el magistrado ponente; y las mejores razones positivistas que puedan debatirse a tenor de la cuestión debatida, las halla ensayado o no el magistrado ponente). La segunda, desde el marco de posibilidades que permiten la propias razones utilizadas

por el magistrado, y aquí la cuestión consiste en reparar sobre la consistencia positivista de las razones que usa el magistrado, las posibilidades legítimas e ilegítimas de combinación de razones (las halla combinado o no el magistrado), y desde el marco de consecuencias que, en términos de razones, se permite extraer de las explanadas por el magistrado en su fallo; adicionalmente y como apartado de esta última cuestión, la determinación de los traslados que haga el magistrado de un corpus de razones a otras sin determinar, ex ante, los fundamentos que le asisten para 'cambiar de tercio': esto se debe ensayar tanto desde la perspectiva del mismo razonamiento positivista (razones que, proviniendo de la misma fuente positivista se excluyan entre sí al momento de combinarlas para argumentar la conclusión que se pretende en la situación fáctica concreta) como desde la perspectiva que resulte inadmisibles en torno a la combinación, indebida, de razones positivistas con razones del Estado Constitucional, social y democrático de derecho en un mismo debate controvertido en cuya solución no sea aplicable razones combinadas de escuelas tan dispares (positivismo y estado social y democrático de derecho)

Acudamos, pues, a colocar el caso de las contradicciones internas de la justificación de la referida sentencia respecto de su fuente de razonamiento jurídico: la primera de las razones de justificación de la sentencia es la necesidad de observar al legislador como una figura de autoridad absoluta dentro del ordenamiento jurídico positivo, de tal suerte que el espíritu de las leyes está contenido en las prescripciones del legislador, y siendo así, aquello que sea descrito como legislado se auto-promueve a sí mismo y por (y desde) el ordenamiento jurídico en sí mismo, que, por estos derroteros, se configura como vigente y válido a nivel institucional del Estado. De ser esto cierto, tal legislador convendría en atenerse a los requerimientos descritos por el positivismo jurídico sobre la definición de la Boca de la Ley, extraída desde la figura del Juez de Montesquieu y traslada hacia la figura del legislador propio de la teoría pura del derecho: dentro del sistema jurídico, la dinamicidad, eficacia y pertinencia del procedimiento de legislación proviene de la capacidad de vinculación de las normas que regulan prescriptivamente el proceso mismo de legislación, de suerte que,

cada norma que regula el procedimiento lo convierte, si este se apega a ellas, en cuantitativa y cualitativamente válido al tiempo que le insufla estas mismas características a las normas que, a su vez, emanan de dicho procedimiento; surge así una norma vigente, condición necesaria y suficiente para su practicabilidad dentro de las funciones que está llamada a cumplir en la legislación y, en tal sentido, al ser así los perfiles y consecuencias de la norma con vigencia ello supone la subordinación de esta al apego expreso a aquellas normas de legislación.

De tal manera que, la figura del juez boca de la ley se transfiere íntegramente a la figura del legislador bajo la ley, que hace la ley y que ordena su posterior ejecución y adjudicación al ordenamiento jurídico base de las instituciones del poder público. Pero este no es el iter procedimental y justificatorio que sigue la sentencia antes descrita, lo cual, hay que decirlo, debió hacer si se propusiera ser coherente con las herramientas que utiliza para justificar el fallo: si bien la reserva de ley es un principio constitucional expresado en nuestra carta magna, tiene sus límites de aplicación en tanto que debe atenerse a las fronteras impuestas por el ordenamiento del ordenamiento (o, lo que es lo mismo, impuestas por el ordenamiento al ordenamiento mismo), es decir, el ordenamiento que reglamenta el proceso de legislación y, a su vez, determina en buena medida el contenido material de esa legislación, al menos, en lo que respecta a lo que no se puede hacer con amparo a la reserva de ley, por resultar contrario a la Constitución y al propósito mismo de la reserva de ley. De suerte que, el principio de reserva de ley se encuentra sometido a los preceptos constitucionales en su justa integralidad, de donde deviene que: la reserva de ley, objeto de validación del artículo 2 de la Ley de Designación y Destitución de los Contralores y Contraloras del Estado, aunque haya argumentado que la legislación contenga en lo normado el mecanismo de concurso público, ha excedido en mucho, el contenido de las normas del ordenamiento –ordenamiento que regula los procesos de legislación para determinar el ordenamiento positivo mismo–, en tanto que, la forma de designación de los contralores estatales, aunque se encuentre bajo la égida del mismo mecanismo de captación de recursos humanos para

la administración del órgano de control y fiscalización público (contraloría), y aunque posea identidad con la legislación anterior, ha variado en su contenido, debido a los cambios de fondo (en términos de designación de los jurados de evaluación y de las competencias de la hechura de las reglas de evaluación para el concurso público) que se han registrado en la nueva legislación.

En los términos antes mencionados conviene (el magistrado y la Sala Constitucional) en atribuir una nueva figura a la construcción de fuentes de las razones de justificación y a la incapacidad de las instituciones democráticas no ilustradas de colocar a una única fuente en posición de univocidad irrestricta. El ponente de la sentencia confirma la incapacidad de la Contraloría General de la República para vigilar, reglamentar, controlar, participar en y asistir los procesos previos, de ejecución y de función de los concursos públicos para la designación de los contralores estatales. Sin embargo, esta es una razón totalmente contraria a la esgrimida (en el mismo fallo) por la misma Sala constitucional en menos de dos párrafos anteriores a su argumentación, es decir, es una razón que no ha llevado la lógica ni la coherencia necesaria para mantener la misma autoridad de la fuente de razones de justificación de manera tal que, sea la coherencia de los argumentos jurídicos de validez y justificación parte integral de la justificación de las sentencias.

Por su parte, el dato fáctico de tal afirmación inductiva se registra en la siguiente argumentación: "la labor del legislador debe tener como norte no sólo los principios generales expresamente consagrados, sino además, los supremos fines por ella perseguidos [Constitución], por lo que está obligado a realizar una interpretación integral y coordinada de las normas que conforman el cuerpo constitucional". Esta argumentación genera dos contradicciones in se en cuanto a las fuentes de las razones de justificación: por un lado, contradice la estructura de la importación de la figura del juez boca de la ley a la figura del legislador hecho y hacedor de ley (que es utilizada implícitamente en el iter argumental del fallo). En efecto, al contener (ese legislador así configurado por lo aquí dicho por el magistrado ponente) una capacidad

inherente y un deber también constitucional de sujetarse a los fines supremos por la constitución esgrimidos -de tal suerte que, en virtud de este mandato, tales fines han de incardinar los esfuerzos institucionales a construir novedosos mecanismos de resolución de conflictos y de garantía de los derechos fundamentales puesto que aún no se han perfeccionado en ningún nivel institucional del Estado-, los legisladores se convierten, gracias a la autoridad absoluta que le ha sido investida como potestad del espacio temporal de la legislación, en figuras de autoridad suprema, incluso superior a la autoridad de (todos y de cada uno de) los órganos institucionales que constituyen el contrato social que instituye el poder constituyente y la posterior constitución y su ordenamiento jurídico.

14

Ese legislador, así desdibujado por el fallo in comento, no sólo contradice la importación antes referida, toda vez que no sería ya un legislador positivista y completamente atado a las premisas extensivas e intensivas de la legislación misma, sino que, además, incurre, en la determinación del alcance de las consecuencias de sus consecuencias configurativas, en limitación indebida del alcance (en otras instituciones y órganos del poder público) de tal aspiración en la figura del legislador, sobre todo si nos atenemos a las razones que apoyan tal desdibujamiento del legislador y de las funciones que, visto desde allí, le corresponden. En efecto, si por mandato constitucional el legislador debe ser y hacer lo que el magistrado indica en el párrafo anteriormente citado en cursivas, consecuencia de ello es que existe un mandato constitucional que, por las mismas razones que es aplicado, predicable y exigible del legislador, también se impone, y es de aplicación en virtud de los mismos objetivos pretendidos al imponerlo al legislador, a todos los demás órganos del Estado que constituyen el poder público que, por tanto, dependen también de una subordinación al principio de reserva de ley que, en este contexto y para estos fines, es coextensivo y cointensivo a los demás órganos poder público, de lo que se desprende, como consecuencia y según apuntaremos más adelante para la cuestión controvertida en el fallo, que así como el legislador debe tener como norte de su actividad no sólo los principios generales de la

Constitución sino también los fines supremos por ella perseguidos, así también la Contraloría General de la República, en la interpretación y aplicación del ordenamiento que rige, ya no sólo el cumplimiento de sus funciones sino también el alcance de los altos fines constitucionales, ha de hacer, en lo que al marco de su actividad corresponde, lo mismo que es predicable de y exigible al legislador. Sobre esta idea volveremos más adelante cuando apliquemos las consecuencias que de lo aquí dicho se derivan para el caso concreto planteado en la controversia que da origen al fallo aquí analizado.

En tal sentido, y previendo la dictadura de la figura autoritaria del legislador, el positivismo jurídico ha convenido en desmitificar en buena medida la capacidad absoluta del legislador en tanto que, el proceso de legislación es el proceso de ley, bajo la ley, que construye ley y que está determinado en su justa proporción por la ley, de suerte que la legislación sea una expresión del espíritu de las leyes, y no de una autoridad que no provenga de la potestad entregada por la constitución y por las normas de la legislación al legislador propiamente dicho, esto es, al legislador ordinario (en el caso del legislador infra-constitucional) y al legislador negativo (en el caso de la labor que realiza el Tribunal Supremo de Justicia en su labor de intérprete de la Constitución y contralor del sentido asegurado a su articulado).

Por otro lado, no existe la posibilidad de mantener la coherencia de las fuentes de razones de justificación y de las razones de justificación mismas, sin que exista una coherencia de los argumentos de validación con la fuente de la que provenga; en otras palabras, no puede existir una justificación materialmente válida si en el momento en que dicha expresión se coloca como razón de justificación no sea validada a su vez por la fuente de la razón de justificación, mucho menos que sea una razón que no se apegue a una fuente sobre cuyos principios se ha fundamentado, más cuando representa una fuente de razones de justificación que se ha dado (en la argumentación de razonabilidad de los magistrados) por descontado, con una apariencia de univocidad y universalidad. El material fáctico de tal afirmación crítica

corresponde al tratamiento jurídico dado por la Sala Constitucional a la corresponsabilidad de las instituciones del Estado (todas inclusive) con aquellos fines supremos de la Constitución, lo cual supone, sino una matización a, una ampliación del alcance de, la concepción tradicional con la que normalmente se trataba al principio de reserva de ley; tal corresponsabilidad, al parecer, no es una categoría jurídico-política compartida ni diluida en la filosofía de actuación de las instituciones jurisdiccionales y administrativas ni de los otros órganos que conforman el poder político, puesto que, si bien es deber del legislador la sujeción a aquellos principios que aún no estando consagrados en su totalidad en la letra de la Constitución pueden inferirse de tales fines supremos y las consecuencias políticas que de ellos devienen, de manera distinguible y diferenciable el deber de la Contraloría General de la República queda eximido (en el razonamiento del magistrado) de tal sujeción, en el preciso momento en que la Sala Constitucional admite que en el artículo 2 de la LDDCE no se configura una violación a la autonomía del Órgano Contralor, ya que (cito textualmente): la reglamentación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República con respecto a las funciones relacionadas con las contralorías estatales (regionales) supone un conjunto de funciones de las cuales no se infiere ninguna que tenga la observancia expresa con respecto a la participación de al menos uno de sus funcionarios en la lista de los cinco integrantes del jurado evaluador de los concursos públicos para la elección de los contralores y contraloras de la república a nivel administrativo estatal. Nota revisar si esto es textual, porque no aparece en la sentencia según la búsqueda informática.

Con esto se trae a colación, por el magistrado ponente, la incompletitud de las razones del recurso de nulidad interpuesto con respecto al artículo número 7 de la Ley para la Designación y Destitución de los Contralores y Contraloras del Estado.

II. Así observado, del problema principal, antes planteado, se derivan a su vez en tres sub-unidades problemáticas, necesarias de analizar desde el modelo jurídico-político de las razones de justificación de las sentencias, en este caso de las

dictadas por la Sala Constitucional: una primera unidad hace referencia a la normativa filosófico-analítica en torno a la utilización expresa de las fuentes de justificación de las decisiones institucionales jurisdiccionales, a lo que hemos denominado Fuentes de las Razones para decidir en el Derecho; una segunda unidad se refiere a la contradicción en la utilización indistinta, y sin la presencia de una validación con premisas expresas, de elementos contradictorios provenientes de fuentes de razones de derecho distinguibles entre sí, sino contradictorias entre sí; y una tercera unidad se presenta como un problema cíclico de las instituciones jurisdiccionales, originado a partir de las consecuencias de la perversa utilización de razones de justificación contradictorias, propuestas como parte integral de un sistema de validación único y dado como unívoco dentro de las razones del derecho de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, y en este caso, de su Sala Constitucional.

Interesa hacer una referencia, somera que sea, de las tres unidades antes referidas. Esas tres derivaciones denotan la incapacidad que poseen las instituciones jurisdiccionales del país para ubicar aquel punto intermedio (en cuanto a la construcción de los mecanismos de validación y de las razones de justificación inscritas en dichos mecanismos) entre las razones universalizables de las fuentes de justificación y de las normas del ordenamiento jurídico, y el entendimiento jurisdiccional y político que debería proveer la conciencia de una filosofía ilustrada del magistrado de justicia, en este caso de un entendimiento de la coherencia de las fuentes y de la coherencia de las mismas razones del Derecho que validan y justificación en un ámbito democrático una sentencia que deja sin lugar un recurso de nulidad interpuesto contra la Ley para la designación y Destitución de los Contralores y Contraloras del Estado.

La primera subunidad se divide a su vez en dos derivaciones de análisis adicionales: en primer lugar, los problemas de invalidez surgidos a partir de la utilización, sin previa atención a la información de tal utilización menos de su justificación, de una fuente específica de razones del Derecho con respecto a cada

decisión de sentencia particular; en segundo lugar, la bifurcación sin justificación de las fuentes de razones de Derecho que genera, a su vez, una dual incompletitud: incompletitud en el accionar de las razones de justificación con respecto a la decisión relacionada a la no inculcación de nulidad del artículo 2 de la Ley de Designación y Destitución de los Contralores y Contraloras del Estado, e incompletitud, y contrariedad, de no utilización de la misma fuente de Razones de Derecho, por lo referido a aquellos aspectos en que las fuentes de razones son imbricables en ambos reparos, en torno a la decisión sobre la nulidad del artículo 7 de la referida Ley, donde se procedió a denotar que dicho recurso de nulidad no posee los requerimientos necesarios para que se proceda positivamente con acuerdo a sus elementos constitutivos.

Una cuarta, y más general, unidad problemática se presentaría de acuerdo a las consecuencias provenientes del núcleo de las contradicciones aquí analizadas; tal unidad se define a sí misma como una macro-contradicción jurídico-política posterior, cuyo dato fáctico se revela en la Decisión n. 1022 del 26 de Mayo de 2005 emitida por la misma Sala, cuyas consecuencias para el desgaste de los recursos institucionales de legitimación y de mantenimiento de las garantías a los derechos fundamentales se revelan como insalvables, en términos de afección al régimen democrático y a la construcción de un régimen constitucional y jurisdiccional garantista de los derechos fundamentales.

III. Sobre la utilización, y su razonabilidad, de una pluralidad de fuentes de razones del Derecho. El ordenamiento jurídico positivo permite la utilización, en los límites establecidos por los procesos de validación hermenéutica de las sentencias jurisdiccionales (como mandato constitucional), de una pluralidad de fuentes de las razones de justificación de Derecho, es decir, permite que las fuentes de las razones del Derecho no se limiten a una única fuente formal en tanto que proveniente de un mismo tronco común (que en nuestro ordenamiento es propia de una sistema positivo de normas), sino que además admite la inclusión de elementos propios de fuentes de

razonamiento como el cognoscitivismo ético intermedio y como el realismo jurídico norteamericano.

Sin embargo, esta permisibilidad del ordenamiento está sujeta al control normativo estricto, puesto que esta reglamentación es parte inherente y característica principal del ordenamiento jurídico normado de raíz romana y germánica. En este sentido, sólo y únicamente existe la posibilidad de admitir tal uso de una pluralidad de fuentes de razones de Derecho, cuando el magistrado de justicia construya en su razonamiento justificativo, previo a tal utilización, un mecanismo de justificación que contenga en su interior una forma gramático-jurídica y dogmática que permita cohesionar los medios de validación con los fines propuestos por la sentencia (en tanto estos fines sean nucleados en torno al respeto, materialización y garantía de los derechos fundamentales y de los mandatos constitucionales), de tal forma que, una vez realizada dicha validación ésta construcción sea propuesta como el sistema de ordenación, cohesión, conmutatividad y asociatividad (partículas de cohesión de los factores de razonamiento) de los elementos político-jurídicos y de los principios jurídico-políticos provenientes de distintos y distinguibles fundamentos de legitimación de las razones de justificación de las sentencias de las instituciones jurisdiccionales.

Una realización contraria a estas disposiciones, o que en su defecto, no construya de suyo y para sí, un mecanismo propio y adecuado que tenga como objetivo la institucionalización bajo Derecho de los factores de cohesión antes mencionados (ordenación, cohesión, conmutatividad y asociatividad), implicaría la ausencia parcial o total de la construcción del instrumento jurídico que sirva de fundamento a las razones de justificación de las sentencias, lo que deviene en una perversión interna del ordenamiento que regula, sea de manera inherente sea de manera expresa, pero siempre de manera prescriptiva, los procesos de elaboración del razonamiento y la motivación de las decisiones jurisdiccionales.

Tal perversión hace referencia a la incapacidad del magistrado de justicia - por demás antiilustrado en los términos de Ferrajoli- para construir mecanismos catalizadores y cohesionadores que permitan a su vez que distintos y distinguibles elementos de razonamiento sean utilizados de hecho en la incardinación de las decisiones de las instituciones jurisdiccionales, dirigidas hacia la materialización de los mandatos constitucionales y de las garantías a los derechos fundamentales.

Esto marca el inicio de un esquema de ruptura de los imperativos del ordenamiento que regulan los procesos de justificación de las sentencias jurisdiccionales, en tanto que, no asumen como característica, autoreglativa eficaz, la construcción de razones que validen la utilización de una u otra fuente de razones de justificación, es decir, razones sobre la escogencia de una de las fuentes determinadas o indeterminadas de las razones del derecho, las cuales se convertirán posteriormente en fundamento de la fuente misma, cuya función principal es la prestación de la racionalidad jurídica y política necesaria y suficiente para la validación de aquellas otras razones expresadas por el magistrado de justicia.

En este sentido, las posteriores razones de justificación de las sentencias estarían viciadas de incompletitud de validación pragmática, en tanto que, no se ha acordado en la relación Derecho-Magistrado una justificación de la utilización de un conjunto plural de fuentes de razón de los elementos de justificación, y en tanto esto suceda, se tendría que recurrir a una sobreentendida audiencia jurídica para determinar en que grado se ha utilizado una y otra fuente, de manera tal que, se estaría en flagrante violación de las disposiciones del ordenamiento, y a los principios y valores fundamentales que las ordenan y, al efecto, adjudican obligatoriedad a la motivación y a la justificación de las sentencias dictadas por los tribunales, más cuando es una decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin embargo, aún hallando como de hecho parecen haber hallado los magistrados de la Sala Constitucional, una fórmula mágica jurídica para coordinar la

aceptación de la utilización de una pluralidad de fuentes de razonamiento, siguen estando a merced de la culpabilidad de vicio en tanto que, los elementos escogidos arbitrariamente para construir una decisión 'racionalmente jurídica' no se coordinan entre sí, de manera que, un elemento de una fuente específica es utilizado en el examen de Derecho de una de las peticiones de nulidad (hablemos aquí de la nulidad solicitada del artículo 2 de la LDDCE) y otro elemento de otra fuente distinta y distinguible con claridad es utilizada para la evaluación jurídica de otra petición de nulidad (nulidad del artículo 7 de la LDDCE) con lo cual se revierte en un mayor grado de imperatividad reglamentaria la justificación de la utilización de una y otra fuente de razonamiento jurídico.

IV. Sobre la utilización, sin validación ni razonamiento de justificación previo, de premisas contradictorias provenientes de fuentes de razones de Derecho distintas y distinguibles entre sí, cuando no contradictorias entre sí. El resultado de la no justificación para la utilización de fuentes del razonamiento jurídico plurales, denota la doble variación del problema de la inducción, ya expresado por K. R. Popper y Marina Gascón Abellán: la primera de ellas, hace referencia a las pretensiones y al hecho mismo -no permitidos en el razonamiento jurídico- de cohesionar, dando por descontado que existe capacidad institucional para hacerlo, elementos de justificación provenientes de (y fundamentados en) fuentes distinguibles (y hasta contradictorias) de razones de derecho, cuestión que puede presentarse en dos niveles importantes para el razonamiento jurídico justificativo:

En el primer nivel, de modo indebido (violando incluso la propia lógica de la inducción) se aspira a combinar, en contextos diferentes (pese a que se encuentren incardinados -y agrupados- en la resolución de una misma controversia) la utilización de una misma premisa de justificación dando por descontado que su aplicación procede en ambos contextos sin necesidad de justificar por qué, en violación a la lógica más elemental ya señalada, se está aplicando a contextos diferentes la misma herramienta de justificación y validación (que, a fin de cuentas y

en el fondo del asunto, deviene en la utilización de un mismo conjunto de premisas para resolver y decidir problemas contextualmente diferentes).

En el segundo nivel, también de modo indebido se trata de combinar premisas provenientes de diferentes fuentes de justificación a contexto problemáticos análogos que imponen, si se respeta la lógica propia de la inducción, la utilización premisas provenientes (no de diferentes sino) de una fuente común de razones de derecho, cuestión que se agrava en el momento en que tal combinación se realiza de modo paralelo a la combinación del primer nivel ya referido. El problema que aquí se presenta con la incoherencia de los elementos de justificación, se legitima por el arbitrario de las instituciones jurisdiccionales para dar por sentado que el fin que justifica la decisión se encuentra por encima de las formalidades de los procesos y de las regulaciones de los procesos de validación de una sentencia.

Desde el punto de vista de la conquista de las garantías constitucionales y de los fines supremos de la constitución, la cuestión referida en los dos niveles que anteceden quedaría más o menos exenta de corruptibilidad, en tanto lo fines que se persiguen sean la materialización de los factores que permiten el mantenimiento de altos grados de correspondencia con los deberes y derechos instituidos a partir del pacto social constitucional. Sin embargo, a la vista de nuestro análisis, este no es el fin perseguido por la decisión de dejar sin efecto la petición de nulidad de la LDDCE, puesto que, como se verá en la decisión 1022, es un atentado de violación contra aquellos derechos fundamentales instituidos en el contrato social, de suerte que, la universalidad de los fines perseguidos por los magistrados de justicia (de la Sala Constitucional) se vería ampliamente disminuida a un fin parroquial de la institución jurisdiccional.

La segunda de las variaciones, hace referencia a la imposibilidad de la inducción de encontrar elementos eclécticos (tanto en sus premisas de fundamentación como en sus derivaciones de justificación) con carácter de

universalidad que sean dados al mismo tiempo como válidos para la verificación de algún posterior enunciado; como afirma Kant, sólo los juicios sintéticos a priori son los únicos elementos de la ciencia que permiten abstraer la investigación de tal forma que se pueda resolver el problema de la inducción en tanto que problema que define a la observación como un sistema propio que dinamiza sus instrumentos hacia otro sistema autorreferente, es decir, que permite que la observación rompa con las fronteras de un sólo subsistema del mundo de la realidad total y absoluta, tratando de observar varios o todos los sistemas que integran este mundo. Pero este grado de abstracción es tal que, dentro del esquema de razonamiento jurídico para la justificación de las sentencias representaría un nivel de arbitrariedad inmenso, en tanto que, destruiría por completo aquel postulado de las ciencias en general que afirma "nada puede darse por sentado (gracias al proceso de abstracción) que no sea inmediata, constante y exactamente verificado por los hechos, por la realidad, o por el consentimiento del auditorium de las ciencias".

Sin embargo, en la sentencia N. 634 del 26 de Abril de 2005, dictada por la Sala Constitucional, se presentan ambas variaciones, es decir, aquella primera variación que permitiría al magistrado de justicia la inclusión de diversos elementos extraídos de fuentes también diversas, sin justificación previa, y con un fin no supremo, sino con la atención a un fin particular y arbitrario; y la inclusión de un esquema justificativo basado en la abstracción cuasi absoluta para predeterminar que aquella capacidad ha sido ejercida con la suficiente base epistemológica como para echar a andar todas las consecuencias que de aquella primera derivación se desprenden. En este sentido cabe describir dichas variaciones como una manera de hacer honor a las premisas planteadas sobre la corroboración de los enunciados de una manera inductiva: en la oportunidad de proveer un sistema de justificación que sirva de esquema de validación de la decisión sobre el artículo 2 de la LDDCE, los magistrados de la Sala Constitucional convinieron en afirmar que: El legislador debe tener como norte no sólo los principios generales de la Constitución, sino también los supremos fines por ella perseguidos (...) y en tanto, no es un simple ejecutor de los

principios constitucionales, sino que, goza de la flexibilidad institucional para determinar y aplicar de manera concreta las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales. Por tal motivo, tal disposición del artículo dos (2) en materia de autonomía institucional, deja en evidencia la materia de reserva legal del legislador, asumiéndose que se trata de un esquema de capacidad expresa que el ordenamiento sobre la formación del ordenamiento acredita al legislador, y en tanto, ha sido el cumplimiento de sus funciones el que ha determinado las directrices que se han seguido, por ello, un simple apego a la semántica de la norma constitucional no es suficiente, de suerte que esta Sala asume que al estar contenida la figura del concurso de oposición en la legislación de la Ley en cuestión, no se puede pretender en consecuencia que se esté atentando contra el principio de autonomía de las contralorías, asumiéndose de igual forma el principio de federalización que se extiende por toda la organización constitucional del Estado y la Administración de Justicia que expresa la necesidad de vincular iguales niveles administrativos regionales a asuntos administrativos también regionales.

A la sombra de este conjunto de justificaciones, se deja sentado pragmáticamente dos inherentes definiciones: en primer lugar, que la fuente primigenia de las razones de justificación van más allá de las prescripciones regulativas del ordenamiento jurídico positivo, de suerte que es necesaria y aplicable una fuente que se encuentre por encima incluso del positivismo jurídico la cual no permite una incardinación de las fuerzas institucionales hacia el apego irrestricto a la gramática de la norma en la expresión que afirma que "por fuerza el juez debe estar sometido a lo que dice la ley, a lo que ella expresa, no a lo que se quiere expresar con ella, puesto que cuestión contraria, es decir, ponerla en situación de interpretación por parte del Juez se convertiría en un ultraje a la institución de justicia".

A partir de allí y debido al impacto que la inclusión de una fuente de razones del derecho de tipo cognoscitivista intermedio, tiene sobre un ordenamiento jurídico normado positivo como el Venezolano, el cual permite dicha inclusión no sin

mayor recelo y bajo vigilancia estricta del reglamento de justificación de las sentencias, la justificación de la utilización de esta fuente y de las razones que de ella provienen deben convertirse en parte integral e imprescindible de la validación de las sentencias. Una debilidad prometedora de conflictos posteriores. Sin embargo, la mayor debilidad se expresa en la correlación de existencia de este tipo de fuente del razonamiento con la alternatividad de otra fuente, representada por los elementos de verificación y validación propios del esquema positivo del Ordenamiento jurídico.

En este sentido, tal inclusión posterior de esta fuente no ha sido reseñada como una necesidad imperativa para el cumplimiento de los fines supremos de la constitución, sino que por el contrario, se ha presentado como una fuente cuya justificación única y razonable debe ser entendida como un juicio a priori-sintético, donde la inserción de otro elemento inductivo distinto y distinguible de aquella primigenia fuente, con fundamentos también distintos y distinguibles de aquella y, sin embargo, aplicados a un mismo núcleo problemático, obtendría como producto final un mismo resultado de falsación de los argumentos esgrimidos desde la petición de nulidad de la LDDCE, en cuanto a la inconstitucionalidad de su artículo 7. En referida decisión, la fundamentación de los elementos de justificación de los juicios jurisdiccionales de la Sala Constitucional en una fuente de razones de Derecho, permite la validación de una decisión en contra de las razones esgrimidas por la petición de inconstitucionalidad por violación de autonomía de las funciones de la Contraloría General de la República.

Esta decisión de la Sala Constitucional se fundamenta a su vez en la utilización de elementos de validación y justificación de la sentencia provenientes de una fuente positivista del derecho, de manera expresa y definitiva de la afirmación axiomática de que "lo no prohibido está permitido"; en este sentido, siendo las prescripciones regulativas de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en cuanto a sus funciones expresas lo siguiente: 1. Ejercer el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como las operaciones relativas a los mismos, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a

otros órganos en el caso de los Estados y los Municipios, de conformidad con la Ley. 2. Controlar la deuda pública, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos en el caso de los Estados y los Municipios, de conformidad con la Ley. 3. Inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control.... 4. Instar al Fiscal de la República a que ejerzan las acciones judiciales a que hubiere lugar con motivo de las infracciones....5. ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas del sector público....6 demás que establezcan la Constitución y la Ley; no existe ningún motivo, causa o elemento de intervención para que se declare a lugar la petición de violación de la autonomía de la Contraloría General de la República en el momento en que se destina a la funcionalidad de los Consejos Legislativos regionales la función ejecutora al llevar a cabo y supervisar los concursos públicos mediante los cuales se nombrarán los contralores estatales, sin que ello implique que con tal proceder tendrán una ingerencia directa en dicho trámite que pudiese afectar el principio de autonomía -no de la Contraloría General de la República- de las contralorías estatales. La justificación y las razones de validación de la sentencia están sustentadas en aquella axiomática prescriptiva de la filosofía positiva que funda el ordenamiento nacional normativo y que expresa, como ya se dijo, 'lo no prohibido está permitido'.

Atendiendo a esta proposición de demarcación y corroboración de la sentencia de la Sala Constitucional, se prevé lo siguiente: existe una contradicción epistémica interior al proceso de justificación de las fuentes de razones de derecho utilizadas, que lleva a una contradicción aún más peligrosa y de mayor grado de falsación con respecto a la utilización, y elaboración para el fallo, de razones de Derecho provenientes de otras fuentes de fundamentación de los argumentos de validación, y que se convierte en una contradicción insalvable en el momento en que los primeros elementos sustentados en la fuente de cognoscitivismo intermedio son aplicados para la justificación de la sentencia con respecto a la invalidación del recurso de impugnación del artículo 2, al tiempo que en paralelo se hace uso de una

fuentes que raya en el positivismo más rancio y duro (casi siguiendo la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen) para determinar los elementos de justificación de una decisión de semejante contraste, peso y dirección, que niega la impugnación del artículo 7 de la LDDCE. A este respecto resulta necesario concluir parcialmente que:

1. Existe una contradicción inherente a la normatividad positiva de nuestro ordenamiento en relación a los límites de la capacidad del legislador para advertir la necesidad de construir nuevos elementos que permitan la conquista y materialización de los fines supremos de la constitución que, por lo general, no necesariamente están inscritos en la gramática de la letra de la Carta Magna. Cuestión sobre la cual no se reparó en el momento de asignar primacía a la necesidad obligatoria del legislador para realizar una interpretación integral y coordinada de las normas que conforman el cuerpo constitucional. En este sentido, es necesario precisar una debilidad de contenido y de forma de la justificación de la validez de una fuente de razones de Derecho que excede los límites prefijados prescriptivamente por el ordenamiento jurídico.

2. Existe una contradicción entre la utilización de esta primera fuente del Derecho y las consideraciones causales y consecuenciales que de ella devienen, en el momento en que las razones de justificación se dan por descontadas y se presentan a sí mismas como axiomas válidos de una fuente de racionalidad que no ha sido precisada del todo con anterioridad.

3. Existe una contradicción al incluirse (para ser utilizada como elemento de peso argumentativo semejante al uso de la fuente antes citada –primacía del legislador para realizar una interpretación integral–) una fuente meramente positivista y su directriz según la cual 'lo que no está prohibido está permitido' a caballo de una concepción, que tiene consecuencias para la labor de interpretación del juzgador, según la cual el legislador está por encima de la Constitución y de sus normas

legisladas, toda vez que este ha de considerar muy especialmente los valores superiores del ordenamiento al tiempo de administrar en las interpretaciones a la Constitución los principios generales implícitos en y los fines supremos perseguidos por la referida Constitución, al no ser un simple ejecutor de los principios constitucionales sino, antes bien, de gozar de la flexibilidad institucional para determinar y aplicar de manera concreta las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales. Seguidamente explicaremos en qué consiste esa contradicción proveniente de combinar dos elementos de justificación que se eliminan recíprocamente.

Al utilizarse como argumento de peso aquella fuente positivista e imbricarla en tal concepción del legislador y de su función de interpretación de las normas constitucionales, sin hacer ninguna distinción, aclaratoria y/o justificación del por qué de tal imbricación y, si existiere, la pertinencia de esa combinación, que suena a todas luces indebida y atropellada, se violan los estatutos del razonamiento justificativo de la decisión judicial, toda vez que no se ofrece ninguna justificación que autorice y legitime el uso de tal combinación, al tiempo que, por descontado, tal combinación lleva al absurdo de que lo que se ha colocado como quintaesencia del razonamiento en la principal etapa del proceso argumental justificativo sea luego relegado y, hasta, sustituido por una razón positivista totalmente contraria a la concepción del legislador ensayada en el fallo y, al efecto, considerada como axiomática y demostrada en sí y por sí misma, para luego, a partir de allí, sacar las derivaciones que interesan a la conclusión que le sirve de fundamento.

4. Existe una contradicción entre la utilización de las razones de la fuente positivista y la aspiración de materialización de los fines supremos de la Constitución, debido a que, con aquella utilización, se excluye la posibilidad, generalizada constitucionalmente y convertida en capacidad de todas las instituciones del Estado, de utilizar todos los recursos (razones) a la disposición -que no violenten el espíritu del ordenamiento jurídico- para la construcción de la materialidad de los

finos supremos de la Constitución; por tanto, en este contexto de utilización (con carácter preferente y fundante) de las razones positivistas, la eficacia de dicha aspiración constitucional provendría de la contextualidad de su aplicación y no del contrato social que lo ha instituido como parte de los elementos sobre los cuales se ha refrendado la firma de las fuerzas democráticas de la sociedad civilizada: sirviendo en y a casos específicos y no en y a la generalidad –totalidad– de los casos, como lo dicta la carta magna y la idea del legislador facultado para una interpretación integral de la Constitución guiado por los principios y valores en ella anidados explícita e implícitamente. Pero, al contrario de los argumentos de la Sala Constitucional, si es un mandato constitucional es para todos, por igual a todos y en relación a todos los miembros individuales, colectivos e institucionales de la sociedad, y de ahí su capacidad, en tanto mandato constitucional, de vincular a todas las instituciones del Estado.

V. Sobre el problema cíclico de las instituciones jurisdiccionales originado a partir de las consecuencias de la perversa utilización de razones de justificación contradictorias propuestas como parte integral de un sistema de validación único y dado como unívoco dentro de las razones del derecho de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, y en este caso, de su Sala Constitucional. Las consecuencias de las contradicciones antes presentadas se extienden desde el contenido y la forma de las fuentes y de las razones de justificación jurídico-políticas de las sentencias hacia el interior de las instituciones jurisdiccionales, de manera que trascienden el ámbito espacio temporal de la impugnación que se ha presentado para ser evaluada jurídicamente como (in)constitucional, y se refugia en una filosofía de los Magistrados de justicia, cuya perversión máxima es la contradicción externa de una sentencia que, expresada en base a lo anteriormente sentenciado, puede denotar, como en efecto ocurrió (Sentencia de la Sala Constitucional núm., 1022, de 26 de mayo de 2005) y entre otras razones por las que aquí hemos indicado, una decisión totalmente distinta y negativamente contraria a la anterior, lo que disminuye los recursos de las instituciones jurisdiccionales que deben dar, cada vez con mayor

legitimación, respuestas a problemas más serios y negativos para la estabilidad y la cohesión de la sociedad democrática venezolana.

El primer problema cíclico es el tratamiento del concepto de legitimidad misma definido en la sentencia de la Sala Constitucional sobre el recurso de nulidad del artículo 2 de la Ley para la Designación y Destitución de los Contralores y las Contraloras del Estado por ser un artículo inconstitucional. Además de las contradicciones ya expuestas, se presentan nuevas contradicciones político-democráticas en torno a la decisión y a su justificación: en primer lugar, las instituciones jurisdiccionales y de control administrativo y fiscalización de las instituciones públicas, entre las que se encuentra la Contraloría General de la República no pueden ser definidas como legítimas o ilegítimas desde las categorías de las instituciones de representación democrática, como por ejemplo, el Parlamento o el Poder Ejecutivo; como afirma Luigi Ferrajoli los procesos de legitimación de las instituciones jurisdiccionales no pueden ser permeados por una acción comunicativa democrática instaurada a partir de fundamentos de opinión pública y de fundamentos de preferencia ciudadana; muy al contrario de estas pretensiones, la eficacia de estas instituciones está en el control de los desmanes del poder, incluso del poder cuando es ejercido por un pueblo maleable ante la voluntad de la clase gobernante, de suerte que la constitucionalidad debe ser defendida desde el ámbito de las instituciones jurisdiccionales a través de una función de prescripción, control y vigilancia de las acciones de los órganos verdaderamente representativos del pueblo, y en tanto, si los representados, quienes por lo general no poseen el grado de instrucción política para determinar una falta a un principio constitucional o administrativo determinado como falta al mismo principio de representación o al mismo imperio de la Ley, estuviesen en acuerdo o desacuerdo con alguna decisión o acción de los órganos contralores y fiscalizadores del Estado, esto no representa nada en absoluto para la constricción o dinamización de alguna de las disposiciones de tales órganos del poder público, con lo cual, no se puede excluir del todo, aunque no necesariamente de la forma como se ha realizado por la Sala Constitucional, la presencia y participación de la Contraloría

General de la República en la elección de candidatos, ejecución del concurso público, evaluación de los candidatos en el concurso público y en la decisión sobre la designación o destitución del nuevo contralor estatal, argumentando única y exclusivamente que estas funciones corresponden a niveles administrativos geopolíticamente de igual capacidad y regulación normativa, y a las instituciones colectivas de mayor representatividad de toda la sociedad.

Este doble argumento representa una violación de la triple identificación racional y necesaria del significado y el sentido de los argumentos sobre los cuales se ha tomado la decisión: significado/sentido en tanto que, define a la legitimidad de las instituciones jurisdiccionales como parte del principio de representación política directa, determinando que el significado de la premisa constitucional sobre la democracia participativa y protagónica debe someter a las instituciones jurisdiccionales hacia un sentido de sus acciones abocado a la construcción de las formas y los mecanismos del este fin supremo de la carta magna, lo que representa una falacia en términos conceptuales-normativos, puesto que la deliberación y el consenso producto de las decisiones de los Tribunales, las Contralorías y las Fiscalías no son parte de los órganos de representación popular directa, sino que se legitiman en torno a la legalidad y al mantenimiento de un grado de cohesión y virtud institucional que combata los desmanes y abusos del poder político y la tendencia a la corrupción financiera y política de los funcionarios públicos; significado/referencia en tanto que, define a una capacidad institucional de la Contraloría General de la República en cuanto a sistema autorreferente institucional, como parte de un federalismo que si bien ha sido constitucionalizado no tiene derivaciones ni extensiones similares en los órganos del poder público ejecutivo y del poder público parlamentario, con respecto al subsistema institucional encargado de cumplir las funciones de control administrativo de estos dos poderes; sentido/referencia en tanto que, al eliminar la definición propia de legitimidad del subsistema institucional autorreferente del poder jurisdiccional y al colocar las funciones respecto a los concursos públicos en manos casi exclusivas de los órganos parlamentarios

regionales, elimina los grados de autorreferencia del subsistema institucional de jurisdicción, en este caso de la contraloría general de la república y, en cuanto esto ocurra, elimina la autonomía ganada históricamente en la evolución institucional del Estado de Derecho, lo que es un atentado no sólo contra la autorreferencia de la Contraloría, sino un atentado contra la autorreferencia del Estado de Derecho y del Ordenamiento jurídico que lo determina como Estado de Control jurídico del poder político y de su arbitrariedad.

VI. Todas estas contradicciones y consecuencias llevan a la construcción de un sistema autónomo de instrumentos de justificación que, debido a esta autonomía, se aleja progresivamente de las premisas constitucionales y del ordenamiento que regula a su vez la justificación y la validez de las razones de Derecho que justifican a sí mismo las sentencias de los tribunales y las actuaciones de sus magistrados de Justicia. El peligro al que se enfrentan las instituciones ha sido dado por la evolución histórica misma de estas contradicciones ya citadas, en el preciso momento en que no se detiene, dado que se decide sin justificación racional suficiente, el instrumento de concursos públicos para la designación de los contralores y contraloras de estados regionales, y se siguen realizando las funciones de asignación de cargos y sustitución de funcionarios bajo el esquema impugnado, lo que se había mostrado como un argumento sintético de parte de los demandantes impugnadores de inconstitucionalidad de los artículos 2,3, 7 y 10 de la Ley para la Designación y Destitución de los Contralores y Contraloras del Estado, es decir, como un argumento a futuro que prevía la multiplicación de conflictos y daños irreparables hacia los ya designados por estos mecanismos nuevos contralores, se presentó como un hecho material, tangible y cuantificable, que desestructuró los elementos y recursos institucionales con que se contaban hasta la fecha para solucionar y reparar los derechos de los afectados y solucionar la crisis de las contralorías estatales y de los mismos tribunales superiores en torno a la insuficiencia de recursos materiales, normativos y temporales para dar respuesta satisfactoria a los recursos de impugnación de concursos públicos, integrando en cada decisión, como lo prescribe el Estado Social y democrático de derecho, la defensa, el respeto, la materialización y

la garantía de los derechos fundamentales. Cuestión que llevó a la misma Sala Constitucional a tomar una nueva y posterior decisión al respecto del artículo 3 de la LDDCE, que desestimaba todas las consideraciones político-jurídicas iniciales y de racionalidad jurídico-política de la justificación de la sentencia N.634 del 26 de Abril de 2005 -la cual ordenaba que siguiese la ejecución de los concursos públicos con las herramientas regulativas expuestas en dicha Ley-; la nueva decisión ordenó la suspensión del artículo 3 de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, así como la suspensión de los concursos fijados para la designación de los contralores estatales, hasta tanto la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia se pronuncie de forma definitiva acerca de la acción inconstitucional propuesta, por tanto, la presente decisión acuerda una providencia cautelar, que trata sobre la no aplicación de una norma de efectos generales, así como la suspensión de los concursos para la designación de todos los contralores estatales, acordándose como necesaria la publicación de dicho fallo en Gaceta Oficial.

Y sin embargo, a pesar de que esta contradicción general que subyace en la debilidad de las razones de justificación planteadas en la decisión 634 de la Sala Constitucional y en la contradicción de dichas razones de justificación y de las fuentes que sirven de fundamento racional a estas, tal contradicción no representa la principal debilidad del sistema institucional del poder público jurisdiccional, sino el lapso temporal que se entretegió en la historia institucional del Estado Venezolano entre la pronunciación del fallo 634 y la adopción del segundo fallo N.1022 del 26 de Mayo de 2005, donde se mostró como una causa fundamental de la revisión de aquellas contradicciones la crisis de inexistencia de recursos suficientes para proveer al sistema institucional de soluciones efectivas, coherentes y eficaces en cuanto a la problemática planteada con respecto a los daños a los derechos fundamentales que se ocasionarían a los designados en referidos concursos, si en caso también contradictorio, se decidiera por que aquellos elementos de justificación (los de la Sentencia 634 ya referida), como el análisis anterior demuestra, se mostraría insuficientes ante su contrastación y corroboración en cuanto analogía con otros

elementos de justificación y con razones de Derecho de igual, menor o superior validez jurídico-política. En ese espacio temporal se inscribe una dinámica insoportable para nuestro sistema institucional del Estado, en tanto que, ya no existe la posibilidad (por insuficiencia de recursos institucionales —el TSJ es la última instancia jurisdiccional en el país—), aunque el paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho afirma y demanda lo contrario, de reparar daños ocasionados por las decisiones jurisdiccionales en tanto estos daños sean producto de un irrespeto a la garantía de los derechos fundamentales, y en tanto, estos derechos no estén inscritos en la gramática de la sentencia jurisdiccional.

Por tal razón, sería difícil para la filosofía institucional de un Estado legítimo y con fortaleza vinculativa, agotar los recursos institucionales, en espera de que una decisión incoherente en sus razones de justificación sea aceptada como legítima por costumbre o como legítima a través del principio democrático de la representación y la participación política; esta es una filosofía antiilustrada que debemos desestructurar y este análisis, limitado por demás, ha tratado de mostrar que gran parte de esa antiilustración proviene de la debilidad de los mecanismos de justificación de las sentencias y de la gran pérdida de recursos institucionales y normativos que provoca tal debilidad, lo que hace sumir a las instituciones constitucionales en una crisis continuada, desentendiéndose de esta manera dichas instituciones del mandato constitucional sobre el mantenimiento de la cohesión social y de la estabilidad y virtuosidad democrática del Estado y los órganos que lo constituyen.

5.7.- Contradicciones jurídicas

En lo que sigue trataremos algunas de las contradicciones estrictamente entre las sentencias número 634 de 26/04/2005 que admite el recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado y *NIEGA* la medida cautelar solicitada en cuanto a la suspensión del artículo 3 de dicho texto normativo, y la

sentencia número 1022 de 26/05/2005 que resuelve y **ACUERDA** la solicitud de medida cautelar de suspensión de la aplicación del mencionado artículo 3.

5.7.1.- En ambas se solicita que se suspendan los efectos del artículo 3 de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, como seguidamente se observará.

5.7.1.a.- Fundamento del recurso de nulidad por inconstitucionalidad introducido, ante la Sala Constitucional, por los Contralores Generales de los Estados Cojedes, Lara, Zulia y Mérida, contra la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.304 del 16 de octubre de 2001, y de la medida cautelar consistente en solicitar la suspensión del artículo 3 de dicha Ley.

Dicho recurso se sustenta en que *“al paralizarse los concursos se evitarían designaciones que luego pudieran ser objeto de impugnaciones individuales, toda vez que al eventualmente anularse la disposición recurrida, no se dejarían sin efecto tales designaciones y se crearía una situación jurídicamente insostenible”*. Esto es lo que se alega en el recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.304 del 16 de octubre de 2001, introducido El 1° de diciembre de 2004 por SONIA MARGOT PIERLUISSI HURTADO, ANDRÉS JULIÁN CRUZ MÉNDEZ, JUAN PABLO SOTELDO AZPARREN y FRANK ROBERTO CASTILLO SALAZAR, titulares de las cédulas de identidad números 3.751.628, 5.890.254, 9.602.010 y 10.100.902, en el mismo orden, y actuando en su condición de Contralores Generales de los Estados Cojedes, Zulia, Lara y Mérida, respectivamente.

5.7.1.b.- Fundamento de la medida cautelar solicitada por Frank Castillo, Contralor del Estado Mérida.

La medida cautelar requerida lo que pretende “*es simplemente paralizar los concursos para la Designación de Contralores hasta tanto sea decidido el recurso*”, de modo que, según esgrime el Contralor Frank Castillo, “*Lo sano a fines de evitar que dichos concursos colidan con la posible decisión que se emita sobre esos recursos de nulidad que podrían también acarrear en un futuro la nulidad de dicho concurso es otorgar la medida cautelar solicitada. La cual solicito respetuosamente a esta Sala se sirva decretar*”.

De modo, pues, que del tenor literal de ambas solicitudes se desprende palmariamente que con la medida cautelar solicitada ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lo que se pretende lograr en ambos casos (esto es, tanto en la solicitud de los cinco Contralores estatales como en la solicitud del Contralor Frank Castillo) es exactamente lo mismo, esto es, i) por una parte, la suspensión del artículo 3 de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.304 del 16 de octubre de 2001, y con ello, por otra parte, ii) *la suspensión y/o paralización de los concursos para la designación de los Contralores o Contraloras de los Estados.*

5.7.2.- DOS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS: UNA MISMA PRETENSIÓN, UN MISMO FUNDAMENTO Y, PESE A ELLO, UN FALLO QUE NIEGA LA MEDIDA SOLICITADA Y OTRO QUE LO ACUERDA.

No obstante lo anterior, lo que resulta inexplicable y, de paso, de consecuencias graves para el sistema de administración de justicia (y para la uniformidad de la interpretación del Derecho, función atribuida al máximo órgano de Administración de justicia en Venezuela, esto es, al Tribunal Supremo de Justicia), es que *estamos en presencia de decisiones contradictorias* sin ninguna explicación racional que justifique la contradicción.

Resulta casi una perogrullada señalar, como bien se ha destacado, entre otras, en la Sentencia de la Sala Constitucional número 2513, de fecha 1/11/2004, que “dentro de las potestades atribuidas por la nueva Carta Magna en forma exclusiva a la Sala Constitucional, en concordancia con el artículo 5 numeral 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se encuentra la de velar y garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, **a fin de garantizar la uniformidad en la interpretación de los preceptos fundamentales y en resguardo de la seguridad jurídica**”.

Así, el ponente de ambas Sentencias (la número 634 de 26/04/2005, y de la número 1022, de 26/05/2005) parece haber olvidado los postulados de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, lo que es peor, de la propia Carta Magna que, en su artículo 335, resalta que el Tribunal Supremo de Justicia será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación, al tiempo que pone énfasis en indicar que “las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Conforme a lo anterior, habrá que preguntarle al ponente y magistrado de la Sala Constitucional cuáles son los fundamentos legales y constitucionales que le permiten, ante dos solicitudes que guardan **absoluta identidad de pretensiones** (esto es, la solicitud de una medida cautelar) y **absoluta identidad de fundamentación** (esto es, suspender la aplicación del artículo 3 de la Ley de designación y destitución del Contralor o Contralora del Estado y, de paso, la paralización de los concursos para la designación de contralores), **decir que no** en una de ellas, referida a la medida cautelar solicitada por los Contralores de Cojedes, Zulia, Lara y Mérida, al tiempo que, luego de transcurrido un mes, **dice que sí** en otra, referida a la medida cautelar que, en base a los mismos argumentos y solicitando exactamente lo mismo, solicita el abogado Frank Castillo, Contralor del Estado Mérida.

¿De dónde saca el juez ese conjunto de leyes que le permiten emitir, en la solicitud del Contralor Frank Castillo, un fallo que contradice, de manera burda y soez, otro fallo que el mismo juez ha pronunciado con un mes de antelación?

En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia el 26 de abril del 2005, al admitir el recurso de nulidad por inconstitucionalidad, introducido por los cinco contralores estatales antes indicados, dice que la solicitud de suspensión del artículo 3 de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.304 del 16 de octubre de 2001, está sustentada en una denuncia

“que forma parte de los vicios de inconstitucionalidad alegados, por lo que, un pronunciamiento sobre presunción de buen derecho al respecto conllevaría a la resolución de las denuncias materia de fondo del recurso de nulidad ejercido”, siendo además que no observa *“elementos suficientes para considerar que el fallo definitivo pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de las recurrentes”*. Con lo cual, *niega la medida cautelar solicitada*.

Ahora bien, luego de negar la medida cautelar solicitada, tal como se evidencia del párrafo que antecede, incurre en evidente contradicción con su propio fallo (y de paso, bajo ponencia del mismo magistrado en ambos casos), toda vez que, al responder a la solicitud de medida cautelar formulada por el Contralor Frank Castillo, indica que:

“el contenido de la norma impugnada, contiene disposiciones, que hacen presumir una violación de los derechos y principios denunciados en el recurso de nulidad propuesto y que fue admitido por esta Sala, en virtud de lo cual se estima pertinente señalar -sin que ello implique un

pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado- que si llegase a aplicarse dicha norma y en efecto se celebrasen los referidos concursos durante el transcurso del presente procedimiento y luego la Sala declarase su invalidez, serían irreparables los daños que se ocasionarían a los designados en tales concursos, por lo que se declara procedente la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, suspende la aplicación del artículo 3 de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, y los concursos fijados para la designación de los contralores estatales, hasta tanto esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronuncie de forma definitiva acerca de la acción de inconstitucionalidad propuesta”. Es decir, acuerda la medida, en tanto que en la decisión anterior, sobre la base de una petición idéntica y con fundamento en las mismas razones, la niega.

www.bdigital.ula.ve

5.7.3.- OTRAS INCOHERENCIAS OBSERVADAS EN LAS DECISIONES.

En la decisión que acuerda la medida cautelar solicitada por el Contralor Frank Castillo se vierten afirmaciones que carecen absolutamente de fundamento, como la siguiente:

“en atención a la suspensión de los efectos de la norma impugnada (ART., 3 de la Ley de Designación y Destitución del Contralor), resulta necesario señalar que la inaplicación de un instrumento legal se justifica cuando exista un interés de orden público que lo amerite, es decir, cuando esté en entredicho la protección de derechos constitucionales, cuyo amparo hace posible la convivencia en sociedad”.

Como puede observarse, se presume que existe un interés público en la inaplicación del artículo 3 de la referida Ley; sin embargo, no aparece por ningún lado, en el contenido de la decisión, una fundamentación, mala que fuere, que permita decir que existe un interés público que pudiera aparecer vulnerado con la aplicación de dicho artículo.

Por otra parte, parece de recibo señalar que, si en efecto existiere interés de orden público en la inaplicación de dicho instrumento legal, resulta curioso y extraño que el Magistrado ponente no se haya dado cuenta de ello en el primer fallo número 634 de fecha 26 de abril del 2005. En palabras más claras: ante una misma pretensión, bajo un mismo fundamento y bajo la misma petición, resulta que en una decisión (la primera) no existe interés de orden público y, por tanto, se niega la solicitud de inaplicación del mencionado artículo 3, al tiempo que en la otra decisión (la segunda) se declara que existe ese interés de orden público y, por tanto, se acuerda la inaplicación del referido artículo 3. *¡cosas veredes Sancho!*

En el mismo sentido, en la primera decisión no se observa que halla elementos suficientes que permitan considerar que el fallo definitivo pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de los recurrentes, al tiempo que en la segunda decisión se sostiene que si se llegare a aplicar el artículo 3 de la Ley para la designación y destitución del Contralor o Contralora del Estado serían irreparables los daños que se ocasionarían. *¡cosas veredes Sancho!*

Bibliografía.

- Aarnio, A (1991): **Lo Racional como Razonable, un tratado sobre la justificación jurídica**, trad., de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Aarnio, A. (1990): **One right Answer and the Regulative Principle of Legal Reasoning**, International Seminar on Legal Theory, Universidad de Alicante.
- Acton, L. (1907): *Historia de la Libertad en la Antigüedad*. Estudios Públicos 11. Discurso ante los miembros de la Bridgnorth Institution en el Agricultural Hall, 26 de febrero de 1877.
- Adorno T. (1973): **Conferencia Introductoria a la Disputa del Positivismo en la Sociología Alemana**, Grijalbo, Barcelona.
- Adorno, T. y Horkheimer, M (2001): **Dialéctica de la Ilustración**, Trotta, Madrid.
- Aguiló Regla, J.(2000): **Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)**, 1ª edición, Ariel, Barcelona.
- Albert, H. (1973): *El Mito de la Razón Total*. En Adorno, T; Popper, K; et al: **La Disputa del Positivismo en la Sociología Alemana**. Grijalbo. Barcelona.
- Albert, H. (2002): **Razón Crítica y Práctica Social**. Paidós. Barcelona.
- Albert, H.(1973): *El Mito de la Razón Total*, en Teodor Adorno, Karl Popper, et al. **La Disputa del Positivismo en la Sociología Alemana**. Taurus. Madrid. 1973.
- Alchourrón, C. E., y Bulygin, E (1993): **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**, 2ª reimpresión, ed., Astrea, Buenos Aires.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991): **Definiciones y normas, en Análisis lógico y Derecho**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Alexy, R. (2004): **Epílogo A La Teoría De Los Derechos Fundamentales**, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
- Alexy, R.(1997): **Teoría de la argumentación jurídica**, trad., de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Alonso Mas, Mª J. (1998): **La solución justa de las resoluciones administrativas**, Universitat de Valencia, Tirant lo blanch, Valencia, España.

- Andrés Ibáñez, P.(1999): *prólogo a la obra de Ferrajoli, L.- Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- Andrés Ibáñez, P.(2003): *Sobre prueba y proceso penal*, en *Revista Discusiones*, núm., 3, año III, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca. Argentina
- Apel, K (1992): *El problema de la evidencia fenomenológica a la luz de una semiótica trascendental*. En Gianni Vattimo (Comp): **La Secularización de la Filosofía. Hermeneútica y Posmodernidad**. Gedisa. Barcelona.
- Aragón Reyes, M. (1990): **Constitución y democracia**, Tecnos, Madrid.
- Aragón Reyes, M.(1998): **La aplicación judicial de la Constitución**, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales.
- Arendt, H. (1997): **¿Qué es la Política?**. Paidós. Barcelona.
- Arendt, H. (1998): **La Condición Humana**. Paidós. Barcelona.
- Aristóteles (1990): **Retórica**. Austral Madrid.
- Aristóteles (1998). **Metafísica**. Austral. Madrid.
- Aristóteles. (1961): **Sobre la Clasificación de los Animales**. Editorial de Ciencias Sociales de América Latina. Chile.
- Aristóteles. (1990): **La Política**. Austral. Madrid.
- Atienza, M. (1997): *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm., 1, BOE, Madrid.
- Atienza, M., y Ruiz Manero, J. (1992): *objeciones de principio. Respuesta a Alexander Peczenik y Luis Prieto Sanchís*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm., 12, Alicante.
- Atienza, M., y Ruiz Manero, J.(1996)- **Las piezas del Derecho**. Teoría de los enunciados jurídicos, Ariel, Barcelona.
- Barnes, J (1996): **Los Presocráticos**. Alianza. Madrid.
- Barragán, J.(1990): **la respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica**, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm., 8, Alicante.
- Bentham, J. (1959): **Tratado de las Pruebas Judiciales**, 2 vols., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

- Berlín, I.(2004): **Conceptos y Categorías. Ensayos Filosóficos**, trad., de F. González Aramburu, Fondo de Cultura Económica, 2ª reimpresión, México.
- Bernal Pulido, C.(2005): **El derecho de los derechos**, Universidad Externado de Colombia, primera reimpresión, Bogotá.
- Bobbio, N. (1982): **Voz Principi generali di Diritto**, en **Novissimo Digesto Italiano XII**, UTET, Turín.
- Bobbio, N. (1985): **El Futuro de la Democracia**. Fondo de Cultura Económica. México.
- Böckenforde, W. W. (2005): **Escritos sobre derechos fundamentales**, Baden-Baden, Nomos, Barcelona.
- Bulygin, E. (1991) *Sentencia judicial y creación de Derecho*, en Alchourrón, C. E., y Bulygin, E.- **Análisis lógico y Derecho**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Bulygin, E.(1991)- *Dogmática jurídica y sistematización del Derecho*, en Alchourron, C. E., y Bulygin, E.- **Análisis lógico y Derecho**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Burke, E. (1943): **A Philosophical Inquiry Into the Origin Of Our Ideas on the Sublime and Beautiful**. Cambridge. Londres.
- Burke, E. (1998): **El Descontento Político**. Breviarios del Fondo de Cultura Económica. México.
- C.B. Mcperson. (1990): **Teoría Política del Individualismo Posesivo**. Alianza. Madrid.
- Canaris, C-W. (1995): **Función, Estructura y Falsación de las Teorías Jurídicas**. Civitas. Madrid.
- Carnap, R (1987): **Fundamentos de la Lógica Formal**, Orbis. Madrid.
- Caro Figueroa, J. A. (2002): *¿Politización de la justicia y judicialización de la política?*, Jornadas organizadas por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Buenos Aires.
- Castillo Blanco, F. (1998): **La protección de la confianza en el Derecho Administrativo**, Marcial Pons, Madrid.
- Comanducci, P. (2004): **El Razonamiento Jurídico. Elementos para un Modelo**. Fontamara. México.

- Comte, A (1984): **Ensayos de Filosofía Positiva/ Discurso sobre el Espíritu Positivo**. Orbis. Madrid.
- Comte, A. (1984): **Discurso sobre el Espíritu Positivo**. Orbis. Madrid.
- Condorcet; Castillon; Becker. (1991): **¿Es conveniente engañar al pueblo?**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Constant, B. (1989): **De la Libertad de los Antiguos Comparada con la de los Modernos. En Escritos Políticos**. Estudio, Notas y traducción de M. L. Sánchez. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Cueto Rúa, J. C. (1998): *La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm., 21-II, Alicante,
- Dahrendorf, R. (1993): **La Democracia en Europa**. Trad. Segarra, D. Alianza. Madrid.
- De Castro, F. (1967): **El negocio jurídico**, Madrid.
- De Maquiavelo, N. (1971): **Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio**. Editorial de Ciencias Sociales. La Habana.
- De Tocqueville, A. (1954): **Viajes a Inglaterra e Irlanda**. Peter Meyer (ed). Cambridge.
- De Tocqueville, A. (1973): **La Democracia en América**. Fondo de Cultura Económica. México.
- De Tocqueville, A. (2000): **Reflexiones sobre la Revolución de 1848**. Trotta. Madrid.
- Dicioti, E. (1997): *Sobre la inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm., 20, Alicante.
- Duhn, J.(1981): **La Teoría Política de Occidente ante el Futuro**. Breviarios del Fondo de Cultura Económica. México.
- Durkheim, E. (1951): **Sociología y Filosofía**. Guillermo Kraft. Buenos Aires.
- Durkheim, E. (1977): **Las Reglas del Método Sociológico**. Centro Editor de América Latina. Argentina.
- Dworkin, R, (1980): **Filosofía del Derecho**. Breviarios del Fondo de Cultura Económica. México.

- Dworkin, R. (1992): **El Imperio de la Justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica.** Gedisa. Barcelona.
- Dworkin, R. (2000): **La Decisión Judicial**, Siglo del hombre Editores-Universidad de los Andes, 3ª reimpresión, Santafé de Bogotá. Colombia.
- Dworkin, R.(2000): **La Decisión Judicial**, Siglo del hombre Editores-Universidad de los Andes, 3ª reimpresión, Santafé de Bogotá, Colombia.
- Ernst Cassirer (1997): **Filosofía de la Ilustración.** Fondo de cultura Económica. México.
- Espín, E.(2004): *Prólogo a la obra de Giménez Glük, D.- Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J (2003).- **Los jueces ¿crean derecho?, en La función judicial. Ética y democracia**, Gedisa-ITAM-Tribunal Electoral de la Federación Mexicana, Barcelona.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. (1984): *Los juicios de valor en la decisión judicial, en Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo I, Nueva época, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2000): **<<Iura novit curia>> y aplicación judicial del Derecho**, Lex Nova, Valladolid.
- Fairen Guillén, V.(1990): **El razonamiento de los Tribunales de Apelación**, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- Fernández Rodríguez, T. R. (1994): **De la arbitrariedad de la Administración**, 2ª edición, Civitas, Madrid.
- Fernández, T. R.(1998): **Reivindicación de la técnica jurídica, en El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces**, Ariel, Barcelona-España.
- Ferrajoli, L. (2001): **Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal.** Trotta. Madrid.
- Ferrajoli, L.(1997)- **El estado constitucional de derecho hoy, en Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción** (P. Andrés Ibáñez, edit.), Trotta, Madrid
- Ferreres Comella, V (1997): **Justicia Constitucional y democracia**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- Freud, S. (1973). **El Malestar en la Cultura**. Alianza. Madrid.
- Friedrich Nietzsche. **Así Hablaba Zaratustra**. Alianza. Madrid.
- Frosini, V.(1995): **La letra y el espíritu de la ley**, trad., de C. Alarcón Cabrera y F. Llano Alonso, Ariel, Barcelona.
- Garberí Llobregat, J., y Buitrón Ramírez, G. U. (2004): **La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**, Tirant lo blanch, Valencia.
- García Amado, J. A. (2001). *Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho*, En Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm., 24, Alicante.
- García de Enterría, E. (1994): **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional** reimpresión de la 3ª edición, Civitas. Madrid.
- García de Enterría, E. (1994): **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**, reimpresión de la 3ª edición, Civitas, Madrid.
- García de Enterría, E.(1994): **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, reimpresión de 1994, Civitas, Madrid.
- García Figueroa, A.(1998): *El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky*, en Anuario de Filosofía del Derecho, tomos XIII-XIV, 1996-1997, Ministerio de Justicia-BOE, Madrid.
- Giddens, A (1984): **La Constitución de la Sociedad**. Cambridge.
- Giddens, A. (1993): **El Yo en la Sociedad Contemporánea**. Amorrortu. Buenos Aires.
- Giménez Glück, D. (2004): **Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional**, Bosch, Barcelona.
- González Méndez, A.(2001): **Buena fe y Derecho Tributario**, Marcial Pons, Madrid..
- González Pérez, J. (1999): **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**, tercera edición ampliada, monografías civitas, Madrid.
- González, J. (2001): **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**. tercera edición, Civitas,
- Grossi, P. (2003): **Mitología jurídica de la modernidad**, trad., de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid.

Guastini, R.(1997): **Problemas de interpretación**, Isonomía, núm., 7, UNAM, México.

Günter, K (1995): *Un concepto normativo de coherencia para una teoría normativa de la argumentación jurídica*, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm., 17-18, Alicante

Habermas, J (1984): **Ciencia y Técnica como Ideología**. Tecnos. Madrid.

Habermas, J (2002): **Verdad y Justificación**. Trotta. Madrid.

Habermas, J. (1995): **Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío**. Amorrortu. Argentina.

Habermas, J. (1997): **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**, 3ª edición, Cátedra, Madrid.

Habermas, J. (1997): **Teoría y Praxis. Estudios de Filosofía Social**. Tecnos. Madrid.

Habermas, J. (1999): *Facticidad y Validez. Conversaciones sobre Cuestiones de Teoría Política*. En **Más allá del Estado Nacional**. Fondo de Cultura Económica. México.

Habermas, J. (1999): **Más Allá del Estado Nacional**. Fondo de Cultura Económica. México,

Habermas, J. (2000): **Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso**. trad., de M. Jiménez Redondo, 2ª edición. Trotta. Madrid.

Habermas, Jürgen (1999): **La Inclusión del Otro**, Estudios de Teoría Política, Paidós, Barcelona.

Hart, H. (2000): **Postscriptum a El Concepto de Derecho**. Siglo del Hombre. Bogotá.

Hart, H. L. A (1963): **El concepto de derecho**, traducción castellana de G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Hart, H. L. A. (1997): *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, trad., de F. Laporta, L. Hiero y J. R. Páramo, en Sistema, 36-mayo.

Hart, H. L. A.(2000): *Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño*, en Casanovas, P., y Moreso, J. J. (eds).- **El ámbito de lo jurídico**, Crítica, Barcelona.

- Hegel, G. (1991): **Escritos de Juventud**. Fondo de Cultura Económica. México.
- Hegel, G. (1999): **Fundamentos Generales para una Filosofía del Derecho**. Traducción, Notas y Recopilación de Eduardo Vásquez. Fondo de Cultura Económica. México.
- Hegel, G.W.F. (1983): **Lecciones de Lógica**. Orbis. Madrid. 1983. Discurso pronunciado ante la apertura del Curso de Filosofía de la Universidad de Berlín en 1818.
- Hernández Gil, A. (1987): **Conceptos jurídicos fundamentales**, tomo I, obras completas, Espasa Calpe, Madrid.
- Hesse, K.(1992): **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Hobbes, Th. (1992): **Behemoth o del Parlamento Largo**. Tecnos. Madrid.
- Horkheimer, M. (1974): **La Función de las Ideologías**. Anagrama. Breviarios. Barcelona.
- Horkheimer, M. (1999): **Teoría Tradicional y Teoría Crítica**. Paidós. Barcelona.
- Hume, D. (1984): **Tratado Sobre el Entendimiento Humano**. Orbis. Madrid.
- Hume, D. (1997): **Sobre el Contrato Original**. En **Escritos Políticos**. Tecnos. Madrid.
- Ibáñez, P. A. (1998): *Una sentencia en Derecho*, en *Diario El País*, Madrid, 05 agosto.
- Igartua Salaverria, J.(2003): **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Serie Cuadernos y Debates, núm., 149, Madrid,
- Igartua Salaverria, J.- **Teoría analítica del Derecho. La interpretación de la Ley**, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate.
- Innerarity, D. (1998): *Pluralismo constitucional*, en *Diario El País*, Madrid, 01/08.
- Iturralde, V. (2003): **Aplicación del Derecho y Justificación de la Decisión Judicial**. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Jiménez Redondo, M. (2000): *Introducción a Habermas, J. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad., de M. Jiménez Redondo, 2ª edición, Trotta, Madrid.

- John Locke (1984): **Ensayo sobre el Entendimiento Humano**. Orbis. Madrid.
- Kant, E.(1999)- **En defensa de la ilustración**, Alba Editorial, Barcelona.
- Kant, I. (199): **La Paz Perpetua**. Porrúa. México.
- Kant, I. (1991): **Observaciones sobre el Sentimiento de lo Sublime y lo Bello**. Porrúa. México.
- Kant, I. (1991): **Prolegómenos a Toda Metafísica del Provenir**. Porrúa. México.
- Kant, I. (1996): **Crítica a la Razón Práctica**. Porrúa. México D.F.
- Kant, I. (1996): **Sobre la Paz Perpetua**. Porrúa. México D.F.
- Kant, J. (1991): **Crítica del Juicio**. Porrúa. México.
- Karl Otto Apel.- *Wittgenstein y Heidegger: La pregunta por el sentido del ser y la sospecha de falta de sentido contra toda metafísica*. Traducción de Bernabé Navarro. En Dianoia. Anuario de filosofía, 1967, F.C.E., México.
- Kelsen, H. (1989): **Acerca de las Fronteras entre el Método Jurídico y el Sociológico**. En Oscar Correas (comp.). **El Otro Kelsen**. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Kelsen, H. (1995).- **Teoría General del Derecho y del Estado**, trad., de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, quinta reimpresión de la primera edición, México
- Kirchheimer, O. (2001): **Justicia Política, el Empleo del Procedimiento Legal para fines Políticos**. Comares. Granada.
- Kosch, K. (1978): **Marxismo y Filosofía**. Alianza Editorial. Madrid.
- Kuhn, T. (1997): **La Estructura de las Revoluciones Científicas**. Breviarios del Fondo de Cultura Económica. México.
- Lakatos, L. (1981): **Matemáticas, Ciencia y Epistemología**. Alianza. Madrid.
- Larenz, K. (1993): **El principio de la confianza. La buena fe, en Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica**. Trad, L. Díez-Picazo. Civitas. Madrid.
- Larenz, K.(1994): **Metodología de la ciencia del Derecho**, trad. de M. Rodríguez Molinero, 2ª edición, Ariel, Barcelona,

- Locke, J. (1999): **Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil. Segundo Ensayo.** Austral. Madrid.
- López Aguilar, J. F. (1995)- *La independencia de los jueces. ¿Puede sobrevivir la justicia a los jueces independientes?*, en Claves de la Razón Práctica, núm., 50, Madrid.
- López Bofill, H. (2003): **Formas Interpretativas de Decisión en el Juicio de Constitucionalidad de las Leyes**, tesis doctoral, inédita, Universitat Pompeu Fabra, Departamento de Derecho, Área de Derecho Constitucional. Barcelona.
- Luhmann, N. (1994): **Auto-Observación. En Teoría Política en el Estado de Bienestar.** Alianza. Madrid.
- Luhmann, N. (1997): **Observaciones de la Modernidad. Racionalidad y Contingencia en la Sociedad Moderna.** Paidós. Barcelona.
- Marcuse, H. (1976): **Razón y Revolución.** Alianza. Madrid.
- Martín Queralt, J. M., Lozano Serrano, C., Casado Ollero, G., Tejerizo López, J. M.- *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, duodécima edición revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid.
- Michael Foucault (1998): **La Verdad y las Formas Jurídicas.** Gedisa, quinta reimpresión, Barcelona.
- Moore, G. (1983): **Defensa del Sentido Común.** Prólogo de Javier Mugenz. Orbis. Madrid.
- Moreso, J. J.(1997): **La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Morillo, Joaquín.(1994): **La cláusula general de igualdad**, en López Guerra, Luis (Coord.), **Derecho Constitucional**, Vol., I, Tirant lo blanch, Valencia.
- Muñoz Sabaté, L. (1993): **Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso**, Editorial Temis, Bogotá, Colombia
- Newman, F. (1992): **Behemot, Estructura y Práctica del Nacional Socialismo.** Fondo de Cultura Económica. México.
- Nieto, A. (2000): **El arbitrio judicial**, Ariel, Barcelona.
- Nietzsche, F (2005): **El Origen de la Tragedia.** Terramar. Madrid.

- Niklas Luhmann. **Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general.** Anthropos. Barcelona.
- Nino, C. (1999): **Introducción al Análisis del Derecho.** Ariel. Barcelona.
- Norberto Bobbio. Prologo Luigi Ferrajoli. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.** Trotta. Madrid.
- Nozick, R. (1988): **Anarquía, Estado y Utopía.** Fondo de Cultura Económica. México.
- Oswald Spengler (1998): **La Decadencia de Occidente: Bosquejo de una morfología de la historia universal.** Tomo I. Espasa, Madrid.
- Parejo Alfonso, L.(1993): **Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias,** Tecnos, Madrid,
- Peces Morate, J. E (2000): *La sentencia, en Influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social,* Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Peña Freire, A. (1997): **La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho,** Trotta, Madrid.
- Perelman, Ch. (1979): **La lógica y la nueva retórica,** Civitas, Madrid.
- Platón (1992): **Diálogos.** Austral. Madrid.
- Platón. (1992). **Gorgias o de la Retórica.** Austral. Madrid.
- Platón. (1994): **Del Político.** Porrúa. México D.F.
- Popper, K (2001): **La Lógica de las Ciencias Sociales.** Tecnos, Madrid.
- Popper, K. (1984): **La Sociedad Abierta y sus Enemigos.** Orbis. Madrid.
- Popper, K. (1994): **Conjeturas y Refutaciones, El Desarrollo del Conocimiento Científico.** Paidós. Barcelona.
- Preuss, U. (1990): **Revolution, Fortschritt und Verfassung.** Berlín.
- Prieto Sanchís, L.(1991): *Notas sobre la interpretación constitucional,* en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm., 9, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- Prieto Sanchos, L.(1982): *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho*, En Revista Española de Derecho Constitucional, núm., 4, Civitas, Madrid.
- Rawls, J. (1995): **Teoría de la Justicia**. Fondo de Cultura Económica. México.
- Raz, J.(1996): *¿Porqué interpretar?*, en Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho, núm., 5, México.
- Recasens Siches, L.(1980): **Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho**, 3ª edición, Porrúa, México.
- Rodríguez, A. (1984): Introducción a J.J. Rosseau. **El Contrato Social**. Orbis. Madrid.
- Rorty, R (1992): La Primacía de la Democracia sobre la Filosofía. En Gianni Vattimo (Comp): **La Secularización de la Filosofía. Hermenéutica y Posmodernidad**. Gedisa. Barcelona.
- Rorty, R. (1996): **Contingencia, Ironía y Solidaridad**. Paidós. Barcelona.
- Rorty, R. (2000): **Lecciones de Pragmatismo. Antiautoritarismo en epistemología y ética**. Ariel. Barcelona.
- Rosenberg, L.(1956): **La carga de la prueba**, trad., española de E. Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- Ross, A.(1997): **Sobre el Derecho y la Justicia**, 2ª edición, Eudeba, Buenos Aires.
- Rousseau J.J (1999): **Discurso sobre las Ciencias y las Artes**. Tecnos. Madrid.
- Rubio Llorente, F.(1997): *Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, en **La forma del poder. Estudios sobre la Constitución**, Centro de Estudios Constitucionales, 2º edición, Madrid.
- Ruggiero, L.(1977): **Tras consenso e ideología** (Studio di ermeneutica giuridica), Nápoles.
- Ruiz Miguel, A.(1996): *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm., 19, Alicante.
- Sainz de Bujanda, F. (1975): **Notas de Derecho Financiero**, tomo I, vol. 3º, Seminario de Derecho financiero, Universidad de Madrid.

- Sainz Moreno, F. (1979): *La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados*, en Revista de Administración Pública, núm., 89, Madrid.
- Salas, M. E. (2001): *¿Qué pasa actualmente en la teoría del derecho alemana?* Un breve bosquejo general, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm., 24, Alicante.
- Sartori, G. (1996): **La Política. Lógica y Métodos de las Ciencias Sociales**. Fondo de Cultura Económica. México.
- Sartori, G. (1998): **En Defensa de la Representación Política**. Discurso pronunciado ante el Congreso de los Diputados con motivo del vigésimo aniversario de la Constitución española de 1978. 9 de Diciembre de 1998.
- Schmitt, C. (1991): **El Concepto de lo Político**. Alianza. Madrid.
- Serra Domínguez, M.(1963): **Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos**, Editorial Nauta, Barcelona.
- Serra Domínguez, M.(s/a): AA. VV., **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XVI, Vol. 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid.
- Skinner, Q. (1998): **Los Fundamentos del Pensamiento Político Moderno**. Tomo I. Fondo de Cultura Económica. México.
- Summers, R. (1997)- *Sobre la interpretación legislativa ideal*, Isonomía, núm., 6, UNAM, México.
- Tarufo, M.(2002): **La prueba de los hechos.**, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta.
- Theodor, A. (1975): **Dialéctica Negativa**. Taurus. Madrid.
- Touraine, A. (1994): **Crítica a la Modernidad**. Fondo de Cultura Económica. México.
- Tribunal Supremo Español. (1981): Sentencia del Tribunal núm., 9/1981, F. J. 3º.
- Tussman, J., y Tenbroek, J. (1949): *The Equal Protection of the Laws*, en *California Law Review*, núm. 37, California.
- Uxia Rivas, M. (1998): *Frege y Pierce. En torno al Significado y al Fundamento*. Papeles de Trabajo. Universidad Santiago de Compostela. Madrid.
- Voltaire, J. (2000): **Diccionario Filosófico**. Tomo II. Prólogo de Fernando Savater. Ediciones Temas de Hoy. Madrid.

- W.K.F. Hegel. (1999): **Fenomenología del Espíritu**. Fondo de Cultura Económica. México.
- Weber, M. (1973): El Sentido de la Neutralidad Valorativa en las Ciencias Sociológicas y Económicas. En **Ensayos sobre Metodología Sociológica**. Amorrortu. Buenos Aires.
- Weber, M. (1973): La Objetividad Cognoscitiva de la Ciencia Social y la Política Social. En **Ensayos sobre Metodología Sociológica**. Amorrortu. Buenos Aires.
- Weber, M. (1985): **El Problema de la Irracionalidad en las Ciencias Sociales**. Tecnos. Madrid.
- Weber, M. (1999): **Economía y Sociedad**. Fondo de Cultura Económica. México.
- Willian J. (1984): **Pragmatismo. Un nuevo nombre para algunos antiguos modos de pensar**. Orbis. Madrid.
- Williams, B. (2004): *Introducción a la obra de Berlín, I. Conceptos y Categorías. Ensayos filosóficos*, trad., de F. González Aramburu, Fondo de Cultura Económica, 2ª reimpresión, México.
- Wróblewski, J.(1977): **Silogismo legal y racionalidad de la decisión judicial**, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Cuaderno de trabajo núm., 19, Maracaibo.
- Wróblewski, J.(1978): **Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica**, trad., de A. Azurza, Civitas, primera edición reimpresión, Madrid.
- Zagrebelsky, G. (1999): **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia**, trad., de M. Gascón Abellán, 3ª edición. Trotta. Madrid.