

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* a 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, aquella 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

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 concurren, 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.

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 podían 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 Moreso, 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.**

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 Vanderlella 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 reclusos 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 Ándrade 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 ORGANICO PROCESAL PENAL.

2.1.1.- DISPOSICIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.

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.

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.

¹² Alexy, R.- *Epílogo 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.- *Epílogo 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.- *Epílogo 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”.

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 ente 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 curules 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, hablese 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.