

El control de la constitucionalidad en Venezuela.

La interpretación y las lagunas jurídicas

Máximo N. Febres Siso

Escuela de Derecho, UCV
Escuela de Derecho, UCAB
mnfs@hotmail.com

Resumen:

La Constitución venezolana recoge los principios rectores del ordenamiento jurídico. El control constitucional garantiza la supremacía de la constitución. Interesa saber, entonces, si existen las llamadas lagunas axiológicas constitucionales y si es lícito que la Sala Constitucional actúe, por vía de la interpretación y según su propia autodefinición, como órgano paraconstituyente o intérprete cuasiauténtica, capaz de aniquilar y crear reglas constitucionales. La Sala Constitucional no está facultada para fulminar una norma constitucional y luego afirmar que la interpreta. Eso es lógicamente imposible. Apoyar esta postura en la existencia de lagunas axiológicas rompe con el ideal de plenitud constitucional y es antidemocrático.

Palabras claves: Constitución, control, lagunas jurídicas, interpretación.

Constitutional Control in Venezuela. Interpretation and Juridical Loopholes

Abstract:

Venezuelan Constitution contains the guiding principles of legal framework. Constitutional control guarantees the Constitution supremacy. Therefore, it is of interest to know whether the so-called axiological constitutional loopholes exist and whether the Constitutional Court acting via interpretation and according to its own selfdefinition as a para-constituent organ or a quasi-authentic interpreter, able to annihilate and create constitutional rules. The Constitutional Court is not enabled to fulminate and then state that is interpreting it. That is logically impossible. Supporting such a posture upon the existence of axiological loopholes collides with the ideal of constitutional fullness and is antidemocratic.

Key words: Constitution, control, juridical loopholes, interpretation.

Introducción

La supremacía de la Constitución —a la vez que se asume como una norma implícita, que rige sin necesidad de que lo establezca ninguna regla positiva en particular, aunque las constituciones modernas suelen incorporar en sus textos disposiciones expresas que así lo consagran¹— da cuenta, por lo demás, de la existencia, en la constitución, de los valores superiores² y de los principios o razones subyacentes que justifican al conjunto de reglas constitucionales y sub-constitucionales de todo el ordenamiento jurídico.

Se parte de la idea conforme a la cual el ordenamiento jurídico obedece a un esquema jerárquico en cuyo vértice se encuentra la Constitución como norma fundamental, expresión de la voluntad soberana del pueblo, que organiza y delimita el ejercicio del poder público, consagra y garantiza los derechos individuales y colectivos, establece los deberes ciudadanos y los del cuerpo social, y propugna los valores supremos del estado.

Dice García de Enterría³ que el concepto de Constitución y su contenido, pese a los embates que va a experimentar en Europa continental, tanto por la izquierda como por la derecha, lo indica con toda precisión el artículo 16 de de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789, según el cual “*toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene constitución*”.

Por lo tanto, a diferencia de las leyes y demás normas jurídicas, la Constitución está destinada a ordenar e infundir los principios rectores de todo el ordenamiento jurídico⁴ como la primera y la más fun-

1 *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*: “Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico (...)”. *Constitución Española*: “Artículo 9.1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. (...) 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. *Constitución Política de Colombia*: “Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

2 Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 63.

3 García de Enterría, Eduardo, *Op. cit.*, p. 41.

4 Alberto B. Bianchi: *Control de Constitucionalidad*, 2ª ed., tomo 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 29-36.

damental de las normas, ya que ella define el sistema de las fuentes formales de derecho de todo el ordenamiento y configura un sistema entero; esto es, completo y acabado de los principios y valores con vocación de permanencia, por ser, como afirma García de Enterría⁵, expresión de una intención fundacional de un poder constituyente, de quien emana. Para garantizar esta supremacía y su efectiva vigencia, las constituciones modernas, propias de los estados democráticos constitucionales, además de consagrar rígidos procedimientos para las enmiendas, reformas o cambios, contemplan diversos mecanismos de defensa que la doctrina engloba en el llamado control de constitucionalidad.

Sin embargo, cuando los mecanismos de control se salen de sus cauces —no para asegurar la efectiva vigencia de las reglas constitucionales, ni la preservación de los valores que la Constitución propugna, ni el desarrollo y aplicación de sus principios—, sino para justificar o imponer una ideología o parcialidad —sea que ello se haga en forma explícita, como ocurre en regímenes no democráticos, o en forma encubierta, como suele suceder en los estados con democracias debilitadas—, el control de la constitucionalidad se desnaturaliza, y más bien obra como pretexto y sirve como parapeto político. La defensa de la Constitución, en el sentido más amplio y generoso de la expresión, la tienen todos los integrantes del cuerpo social y todas las estructuras del estado, pero, más allá de este quehacer, propio de los ciudadanos en general⁶ y de los órganos del poder público en particular⁷, la defensa de la constitucionalidad como mecanismo de control ofrece, en primer lugar, la posibilidad de que lo que hagan o dejen de hacer los órganos del poder público esté sujeto a revisión para determinar su adecuación a la Constitución, y en segundo lugar, la posibilidad de que las conductas de los particulares contrarias a la constitución, y que no tengan un cauce procesal adecuado, también sean susceptibles de control. Dependiendo de los mecanismos de control que se adopten, cualquier actuación u omisión que esté reñida con la Constitución es susceptible de ser combatida, examinada, revisada o escrutada, en la sede del control de la

5 García de Enterría, Eduardo, *Op. cit.*, pp. 49-50.

6 *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. “Artículo 333. Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”.

7 *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*: “Artículo 7. “(...) Todas las personas y órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

constitucionalidad; actividad ésta que siempre va a exigir interpretar la Constitución y aplicarla, y que, al menos en las democracias constitucionales, descansa en la sede del poder judicial o de los órganos con fisonomía judicial.

Venezuela ha tenido veintiséis Constituciones, incluyendo la vigente de 1.999, las cuales reflejan la agitada vida política del país desde su independencia. En las sucesivas dictaduras y gobiernos militaristas, autocráticos y totalitarios, que han existido y que desafortunadamente siguen anidando en la realidad política venezolana—salvo unas pocas excepciones⁸ que se remontan a los orígenes de la república—, el control de la constitucionalidad ha estado a cargo del poder judicial.⁹

8 La Constitución de 1.821 en el artículo 189, establece: “El Congreso podrá resolver cualquier duda que ocurra sobre la inteligencia de algunos artículos de esta Constitución”. La Constitución de 1.830 en el artículo 224 establece que “cualesquiera dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos artículos de esta Constitución podrán ser explicadas por el Congreso. Precediendo las formalidades establecidas para la formación de la leyes”. La Constitución de 1.857 en lo que concierne a las leyes y decretos dictados por el Congreso, establece que éste conserva la facultad de interpretarlos a tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 38. La Constitución de 1.864 en cuanto a la protección de la Constitución respecto de los actos legislativos, contempla un mecanismo bastante peculiar, cuyo dominio no lo tiene la Corte sino el Ejecutivo. Los artículos 55, 56 y 57 regulan dicho mecanismo. Se consagra que si los ministros objetan en las Cámaras un proyecto de Ley por inconstitucional y no obstante el mismo se sanciona como Ley, el Ejecutivo puede someterlo a las legislaturas de los Estados y si éstas por mayoría opinan igual que el Ejecutivo, la Corte debe proceder a suspender dicha ley dando cuenta de ello al Congreso.

9 Sobre los antecedentes remotos y la justificación universal del control judicial de la constitucionalidad, la doctrina (Blanchi, Alberto B., *Op. cit.*, pp. 63 y 73ss.) destaca como el caso más importante, el conflicto entre Thomas Bonham vs Real Colegio Médico en Inglaterra, el cual data de 1.610. La solución de este caso se debe al juez Sir. Edwar Coke, quien sostuvo la tesis según la cual “(...) en muchos casos, el common law controlará las leyes del Parlamento y en algunos casos juzgará que son totalmente nulas cuando estén en contra de la razón o del Derecho o sean de imposible cumplimiento”. En esta decisión se echó por tierra un estatuto sancionado bajo el Rey Enrique VIII, que le permitía al Real Colegio Médico ejercer el poder de policía sobre la profesión médica, autorizándole a imponer multas, cuyo monto se dividía entre el Colegio y el Rey. Tomas Boham, médico egresado de la Universidad de Cambridge demandó al Real Colegio por el arresto y multa que éste le impuso so pretexto de que ejercía la profesión sin la autorización de dicho Colegio. El argumento fundamental de los jueces del *common pleas* fue que al recibir el Colegio la mitad de la multa se convertía en juez y parte, lo que era contrario al *commom law*, ya que de acuerdo a éste nadie puede ser juez de su propio caso. Después del caso “Thomas Bonham” la doctrina considera que el evento que marcó la pauta para el control constitucional en sede judicial, como se conoce modernamente, es la famosa controversia *Marbury vs Madison* que se resolvió en U.S.A. en el año 1.803. En esa ocasión la Suprema Corte de Estados Unidos, por primera vez declaró nula una ley del Congreso. La Corte bajo la ponencia del juez Marshall, dijo, entre otras cosas, “(...) decididamente es competencia y deber del ministerio judicial decir lo que la Ley es. Cuando dos leyes se contradicen los Tribunales deber decidir la acción de cada una de ellas. Lo mismo acontece cuando una Ley se opone a la Constitución. Si los Tribunales han de observar la Constitución, y si la Constitución es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislación, aquélla, y no ésta, deberá regir el caso a que ambas se refieran”. Es importante destacar que la facultad de la Corte de anular leyes del Congreso no estaba ni está reconocida expresamente en la Constitución de USA.

I. El control de la constitucionalidad

El control de la constitucionalidad puede expresarse de muchas formas, pero cualquiera sea la modalidad que se adopte, siempre es el mecanismo, en las democracias constitucionales, de protección y preservación de la constitución como norma suprema. Esto supone además, al menos en los tiempos actuales, que el control constitucional es eminentemente judicial, sea que tenga lugar exclusivamente en sede del poder judicial, sea que se desarrolle en sede de un órgano con características judiciales. Es decir, que el control se ejerce directamente por los órganos naturales del Poder Judicial o por órganos con fisonomía judicial, mediante la activación de procedimientos típicamente judiciales. Sin embargo, a pesar de esta característica, no puede afirmarse que el control constitucional responda siempre, como función, a la misma naturaleza de la jurisdicción. En ésta, la existencia de un conflicto, o mejor dicho, la alegación de un conflicto, entre dos partes, por lo menos, es necesaria.

El control constitucional podría mostrar como elemento subyacente un conflicto intersubjetivo, como sucede en materia de amparo, pero esto no es esencial al mismo. También puede expresarse sin que existan, formalmente, partes contrapuestas, esto es sin que haya controversia o estado de insatisfacción por incertidumbre que suponga un eventual conflicto entre dos o más sujetos, como sucede con el control por omisión legislativa, así como en los casos de nulidad por inconstitucionalidad de leyes, y fundamentalmente, como ocurre en Venezuela, cuando se da acción directa de interpretación de la Constitución.

Además, si el proceso supone, necesariamente, la existencia de partes contrapuestas donde una pretende y otra resiste¹⁰, éste tampoco es esencial al control ya que en muchas de las situaciones que suponen la presencia del control constitucional no hay pretensión, como subordinación de un interés ajeno a un interés propio.¹¹ Incluso en el amparo, donde la mayoría de las veces se revela la existencia de una contención entre partes, si bien se provee al justiciable de tutela, lo cierto es que esa tutela está orientada más que a satisfacer

10 Juan Montero A.: *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 28-29.

11 Francesco Carnelutti: *Instituciones del proceso Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 28.

un interés particular el interés supremo del estado de preservar la integridad y supremacía del texto constitucional.

Por lo tanto, si bien la función de control constitucional es fundamentalmente judicial no por ello es de naturaleza jurisdiccional. Se trata de una función con sus propias especificidades, que en ocasiones es susceptible de confundirse con la jurisdicción. Es una función que goza de entidad propia, que evidentemente comparte parcelas con la jurisdicción. En el ejercicio de esta función los órganos de control interpretan y consecuentemente aplican la constitución.

II. La Sala Constitucional de Venezuela como órgano paraconstitucional e intérprete cuasiauténtico

Es esa labor de interpretación y aplicación de la Constitución la que llama nuestra atención, en relación con el desempeño que al respecto ha tenido y tiene la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en orden a establecer si es posible que por vía de interpretación se pueda desbordar el texto constitucional o ello pueda conducir a cambios, modificaciones o alteraciones al texto mismo de la Constitución, ya que existe cierta tendencia según la cual se cree que es lícito que en sede de control constitucional se puedan producir cambios al texto fundamental, cuando tal cosa parece ser ajena a los jueces.

Precisamente, es en este punto donde radica nuestro interés. Es decir, en determinar si es lícito que Sala Constitucional, en ejercicio del Control de Constitucionalidad, afirme poder producir y termine produciendo, con ocasión de la interpretación del texto Constitucional, normas generales capaces de modificar, ampliar o corregir el texto fundamental¹², obrando, como ella misma lo sostiene, como una intérprete *cuasiauténtica* o como un órgano *paraconstituyente*¹³, y, en especial, si es posible que existan lagunas, en particular, las llamadas lagunas axiológicas, en las reglas constitucionales, que puedan justificar que la Sala deseche la solución expresa dada por el

12 Sentencia No. 93, de fecha 06 de febrero de 2001. En esta decisión, la Sala, al desechar la exposición de motivos como fundamento, aunque no como soporte, para "(...) interpretar una modificación, ampliación o corrección de lo expresado en el texto fundamental", asume implícitamente la facultad de producir tales modificaciones, ampliaciones o correcciones.

13 Sentencia No. 1309, de fecha 19 de Julio de 2001. En esta decisión la Sala Constitucional afirmó realizar "(...) una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental.

constituyente y la sustituya por otra, esto es, que le permita enmendar la constitución y producir una nueva norma, en ejercicio de una función típicamente constituyente, tal como lo hizo en la sentencia No. 1684, de fecha 04 de noviembre de 2008¹⁴, en la que, por vía de interpretación constitucional e integración de una laguna axiológica, como ella misma afirma, fulminó el artículo 266, cardinal 3, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al cambiar, expresamente, su redacción por otra. Este artículo, tal como fue redactado por el constituyente, le asigna al Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, la competencia para conocer y decidir las causas que por *delitos comunes* se sigan contra los altos funcionarios especificados en dicha norma, previa declaratoria con lugar por parte de la misma Sala Plena del respectivo antejuicio de mérito. En cambio, con ocasión de lo decidido por la Sala Constitucional, la Sala Plena ya no es la competente para conocer y decidir las causas que por delitos comunes se sigan contra los referidos altos funcionarios, sino que su competencia se contrae a las causas que se les sigan por delitos políticos, ya que aquélla competencia le fue arrebatada y asignada a los tribunales ordinarios, o, mejor dicho, le fue ratificada a los tribunales ordinarios, porque una ley, el Código Orgánico Procesal Penal, ya la contemplaba.¹⁵

En este caso la Sala Constitucional, luego de revisar la evolución histórica del antejuicio de mérito, en particular lo regulado en las constituciones venezolanas desde 1830 hasta 1961, afirmó que la regulación original contenida en la Constitución de 1999, es decir, que el texto aprobado mediante referéndum popular, no es consistente con los antecedentes históricos de su creación, y que la redacción del referido cardinal 3 del artículo 266, que cambia el criterio para determinar la competencia del Tribunal Supremo en Sala Plena, para conocer, una vez declarada con lugar el antejuicio de mérito, no ya

14 Este caso llegó a la Sala Constitucional ya que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia —pese a que podía actuar mediante el ejercicio del control difuso de constitucionalidad— se declaró incompetente para resolver una supuesta colisión de normas existente entre los artículos 5 y 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal. Luego, la Sala Constitucional convirtió la declinatoria de competencia en una pretensión de interpretación del contenido del artículo 266, cardinal 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en lo concerniente a la determinación del tribunal competente para seguir conociendo de la causa, una vez declarada con lugar la solicitud de antejuicio de mérito presentada en contra de cualquiera de los altos funcionarios públicos que integran el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Ejecutivo Estatal, el Poder Legislativo Nacional, el Poder Judicial, el Poder Moral, la Fuerza Armada Nacional o los Jefes de Misiones Diplomáticas de la República.

15 En un verdadero contrasentido, desaprensivamente, la Sala Constitucional le dio preferencia a una norma legal frente a la norma Constitucional.

por delitos políticos sino por delitos comunes, constituye una “sustancial alteración del espíritu, propósito y razón de dicha norma, en lo que respecta a sus antecedentes históricos”. Dice además la Sala Constitucional que “este cambio de competencia constituye una inconsistencia con el criterio que históricamente se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico sobre la naturaleza del delito común y del delito político y con ello del tribunal competente para conocer de los mismos”.

Luego, afirma que lo anterior “revela un error material del constituyente de 1999”, que conduce a una “inconsistencia de la norma”, a una “solución jurídica ilógica e inaceptable”, a una conclusión “absurda”, a una “solución inconsistente”¹⁶, en fin, a una “laguna axiológica”, que ella se permitió corregir. Pero además, en esta decisión la Sala Constitucional no sólo anuló la norma Constitucional, sino que por considerar que ésta era inconsistente, ilógica, inaceptable y absurda, le dio preeminencia a una norma legal, contenida en el Código Orgánico procesal Penal.

De lo sostenido por la Sala Constitucional de Venezuela, hay que puntualizar, a los efectos de estas consideraciones, dos aspectos fundamentales, a saber: a) Que la Sala Constitucional se considera facultada, esto es, competente, para producir normas generales, con efectos *erga omnes*, de rango constitucional, obrando como una intérprete *cuasiauténtica* y órgano *paraconstituyente*; y b) Que para la Sala Constitucional la Constitución presenta lagunas, especialmente *lagunas axiológicas*, que le facultan para corregir el texto constitucional y crear nuevas reglas.

16 Sin embargo, esta conclusión es absolutamente inatinerante, ya que no se explica cómo es que por no haber conservado el constituyente del año 99 las regulaciones anteriores, se siga de ello que la regulación es ilógica, absurda, inaceptable e inconsistente. De una cosa no se sigue la otra. Por el contrario, si el constituyente introdujo una modificación expresa, fue porque quiso apartarse de la regulación tradicional, y, en todo caso, si lo que se quería era que el tribunal supremo tuviera la competencia para juzgar por delitos políticos a los altos funcionarios, bastaba interpretar adecuadamente el texto constitucional y añadirle a la competencia ya dada en forma expresa por el constituyente, la competencia que en relación con los delitos políticos no se indicaba de manera explícita. Con ello no se anulaba el dispositivo Constitucional, sino que por el contrario, se permitía su ampliación a otras hipótesis cuya inclusión bien se podía justificar.

III. Interpretación y lagunas

Argumentos:

Aristóteles

Desde Aristóteles hasta nuestros días la interpretación y el tema de las lagunas en el derecho, las lagunas jurídicas, las lagunas de la ley, ha estado presente y ha sido y es objeto de intensos debates. Aristóteles¹⁷ planteó que la determinación, esto es, la interpretación, de lo que es justo e injusto y todo lo que el legislador deja sin explicitar, conviene que lo determine el juez, pero que se debe dejar lo menos posible a su arbitrio, ya que son pocos los que tiene la capacidad de legislar y juzgar, y además, porque en virtud de la deliberación de la cual salen las leyes éstas se encuentran en mejor condición que los jueces de determinar lo que es justo y conveniente y fundamentalmente porque el juicio del legislador versa sobre lo futuro y universal, a diferencia del juicio del juez, que por tratar sobre asuntos particulares e inmediatos se ve muchas veces afectado por circunstancias e intereses ajenos al mérito mismo de la causa.

17 Aristóteles: *Retórica*, Introducción, traducción y notas de Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1990, pp. 164-165, 284-285 y 291. Dice Aristóteles lo siguiente: "(...) es sumamente importante que las leyes que están bien establecidas determinen, hasta donde sea posible, por sí mismas todo, y que dejen cuanto menos al arbitrio de los que juzgan. Ante todo, porque es más fácil encontrar uno o unos pocos, más bien que muchos, que tengan buen sentido y sean capaces de legislar y juzgar. Después, porque la promulgación de leyes tienen lugar luego de haber deliberado mucho tiempo, mientras que los juicios surgen de un modo imprevisto, de manera que es difícil que quienes han de juzgar estipulen bien lo que es justo y conveniente. Y, lo que es más importante de todo, porque el juicio del legislador no versa sobre lo particular, sino que trata sobre lo futuro y universal, mientras que el miembro de una asamblea y el juez tienen que juzgar inmediatamente sobre (casos) presentes y determinados, a lo que muchas veces viene unida la simpatía, el odio y la conveniencia propia, de suerte que ya no resulta posible establecer suficientemente la verdad y más bien oscurecen el juicio (razones de) placer o pesar. Por consiguiente, respecto de lo demás, conviene, como decimos, dar autoridad al que juzga sobre las menos cosas posibles; (...)" "Más, puesto que hay dos especies de actos justos e injustos (ya que unos están fijados por escrito y otros no están escritos), los que acaban de tratarse son aquellos de que hablan las leyes, mientras que hay dos especies de los no escritos. Y éstos son, por una parte, los que (se califican) según su exceso, sea de virtud, sea de vicio, y para los que se reservan los reproches y los elogios, la deshonra y los honores y las mercedes (...); y, por otra parte, los que (cubren) lagunas de la ley particular y escrita. Porque, en efecto, lo equitativo parece ser justo, pero lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley escrita. (...) "Hablemos en primer lugar de las leyes: de cómo debe usar de ellas el que aconseja y el que disuade, el que acusa y el que defiende. Pues bien: es evidente que, si la ley escrita es contraria al caso, se debe recurrir a la ley común y a (argumentos) de mayor equidad y justicia. (...) y que la equidad siempre permanece y nunca cambia, como tampoco la ley común (pues es conforme con la naturaleza), mientras que las leyes escritas (cambian) muchas veces, (...)"

Aristóteles distingue además dos tipos de leyes, la particular y la común.¹⁸ La ley particular es la ley escrita por medio de la cual se gobierna a cada ciudad, en tanto que la ley común es la ley no escrita, en cuyo contenido y alcance parece existir un acuerdo unánime en todos los pueblos. La ley particular y escrita es susceptible de tener lagunas, y puesto que hay dos especies de actos justos e injustos, de una y otra clase, esto es, escritos y no escritos, ya que unos están fijados por escrito y otros no están escritos, los actos justos no escritos cubren las lagunas de la ley, porque lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley escrita. Pero además, si la ley escrita es “contraria al caso”, de debe acudir a la ley común, ya que ella ofrece los argumentos de mayor equidad y justicia.

Kelsen

Según Hans Kelsen¹⁹, la interpretación consiste en la determinación del sentido de la norma por aplicar, es decir, la determinación del “marco” constituido por la norma y consecuentemente “la comprobación de las diversa maneras posibles de llenarlo”. Ello supone que toda norma, para su aplicación, debe ser interpretada para poder proceder a su aplicación, es decir, la interpretación es absolutamente necesaria “en la medida en que el proceso de creación y aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico”, pero para que la norma pueda ser interpretada debe tener un sentido, puesto que de ninguna manera la interpretación puede darle sentido alguno, ya que sólo es posible encontrar lo que la norma misma contiene. Pese a que para Kelsen la interpretación ofrece un marco abierto a varias posibilidades, lo que permite que se pueda llegar a soluciones diferentes, sin embargo, no autoriza al intérprete a salirse del marco constituido por la norma, ya que la decisión fundada en derecho supone que lo decidido se mantiene en el interior de dicho marco.

Sin embargo, para Kelsen, la interpretación no garantiza que se llegue necesariamente a la única solución correcta, aun cuando advierte que la doctrina tradicional ve en la interpretación no sólo la posibilidad de determinar el marco a ser llenado, sino también, sobre todo, a llenarlo correctamente, de modo que mediante la razón y no la voluntad, se escoja de entre las varias posibilidades y mediante

¹⁸ *Ibid.*, p. 255.

¹⁹ Hans Kelsen: *Teoría Pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1981, pp. 163-168.

el uso del método adecuado, la única respuesta correcta, la única respuesta justa según el derecho positivo. De cualquier forma, la interpretación no autoriza, no legitima, una respuesta fuera del marco de la norma.

En relación con las llamadas lagunas del derecho, Kelsen, quien con arreglo a la doctrina distingue entre las llamadas lagunas lógicas, lagunas técnicas y lagunas admitidas por el legislador, niega rotundamente su existencia, ya que postula una unidad lógica del derecho. La inexistencia de lagunas supone que el derecho vigente es siempre aplicable, de modo que siempre permite resolver cualquier conflicto.

Las lagunas lógicas, de admitirse, comportan la imposibilidad de aplicar el derecho vigente a un caso concreto, ante la inexistencia de norma jurídica alguna que lo regule.

Las lagunas técnicas existirían cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación de la ley, la cual, en realidad admitiría dos posibilidades, a saber, en primer lugar, la existencia de una laguna lógica derivada de la divergencia entre la norma vigente, llamada a ser aplicada, y la norma deseada por el órgano aplicador del derecho, y, en segundo término, la existencia de una indeterminación con ocasión de que la norma a ser aplicada es sólo un marco de referencia, que precisa de normas de rango inferior para su desarrollo.

En cuanto a las llamadas lagunas admitidas por el legislador, éstas no tienen, a juicio de Kelsen, el sentido que aquél les atribuye, al facultar al juez para actuar como legislador suplente ante una supuesta imposibilidad lógica de aplicar la ley, ya que, en realidad lo que tal cosa implica es una autorización al juez de no aplicar la ley en un caso concreto, cuando éste tenga una fuerte divergencia entre el derecho vigente y el derecho deseado según su propia concepción de justicia, por cuanto, de no existir esta divergencia, el juez no admitiría la existencia de una laguna y no tendría porque hacer uso de tal facultad.

Para Kelsen a la interpretación erróneamente se le atribuye un papel fundamental en la tarea de llenar las llamadas lagunas lógicas, las cuales implican tanto la inexistencia de normas generales que regulen el caso particular a ser resuelto, como la incompatibili-

dad entre la norma vigente y la norma deseada. En todo caso, por el principio de no contradicción, si la norma a ser interpretada carece de sentido, el intérprete no puede dárselo, y mucho menos si admite la ausencia de sentido, ya que de la norma no se puede decir sino lo que ella contiene. La interpretación no tendría entonces el cometido de facilitar o posibilitar la aplicación de una norma vigente sino su sustitución, su derogación, por otra considerada más justa para el aplicador. Se trataría entonces de una mascarada para no acatar la norma vigente.

Kelsen resuelve la inexistencia lógica de lagunas apelando a la regla general de cierre según la cual, *todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido* (principio de no prohibición o principio de permisión), ya que “cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no esté determinada por el derecho”. De modo que cuando se presenta un conflicto que debe ser resuelto, el órgano encargado de hacerlo debe determinar si el derecho vigente reconoce a favor del demandante el derecho invocado por éste, y desde luego, si le impone al demandado la obligación que correlativamente comporta el derecho invocado por el actor. En el primer caso, esto es, cuando el derecho reconoce a favor del actor el derecho por él invocado, debe declarar con lugar la demanda; en el segundo, es decir cuando el derecho vigente no reconoce en el actor el derecho invocado, o mejor dicho, la obligación a cargo del demandado, debe rechazar la demanda, ya que “ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello”.

Finalmente, para Kelsen, la apelación a las lagunas es una fórmula típicamente ideológica, ya que se usa como excusa para no aplicar la ley, cada vez que el aplicador la encuentra inconveniente desde el punto de vista jurídico-político.

Larenz

Para Karl Larenz²⁰ la interpretación consiste en “un hacer mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático”. Además, puntualiza este autor que si bien toda interpretación abriga la pretensión de ser recta y en tal sentido definitiva y válida para todos los tiempos, lo cierto es

20 Karl Larenz: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pp. 308-436.

que no existe una interpretación que pueda reputarse como absolutamente recta, tanto porque la variedad y los cambios continuos de las relaciones humanas siempre ponen ante el intérprete situaciones nuevas, como porque toda interpretación legal siempre está condicionada por el tiempo, sin que ello signifique que el intérprete deba cambiar de inmediato de parecer, según la moda y el ritmo de cada época, ya que los ciudadanos tienen la expectativa y la confianza en que los órganos aplicadores de la ley al resolver un asunto que les concierna, lo hagan de la misma forma como han resuelto en el pasado casos parecidos, es decir, con arreglo a las pautas vigentes.

Sin embargo, en relación con las lagunas, Larenz, a diferencia de Kelsen, acepta su existencia, pero de un modo muy particular, ya que su planteamiento se contrae a las lagunas de la ley, esto es, al “conjunto de normas jurídicas conformadas en leyes, en el derecho consuetudinario, así como en la jurisprudencia constante de los tribunales, que sean apropiadas “para la aplicación inmediata”, es decir, al conjunto de normas que emanan de una fuente formal. Para Larenz inevitablemente toda ley contiene lagunas, ya que “incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley”, y los jueces estarían facultados para colmar tales lagunas. Además, los jueces, más allá de integrar lagunas pueden intervenir en el desarrollo del derecho adoptando y desarrollando ideas nuevas.

Por lo tanto, por un lado, está la interpretación, en sentido estricto, como la tarea inmediata de la jurisprudencia en la praxis jurídica, cuyo límite viene dado por el posible sentido literal, y por el otro, el desarrollo judicial del derecho que se vale de “métodos interpretativos” y que tiene lugar de dos maneras, primero, cuando se colman las lagunas legales, que implica el desarrollo del derecho inmanente a la ley, dentro de su teleología y plan original, y, segundo, cuando, además, se adoptan y conforman nuevas ideas jurídicas, las cuales, en todo caso, han sido insinuadas en la propia ley, “cuya realización por parte de la jurisprudencia de los tribunales rebasa, por ello, el plan original de la ley y lo modifica de manera más o menos”. Sin embargo, Larenz aclara que

... también esta clase de desarrollo del derecho, si ha de estar justificada, sólo debe tener lugar en consonancia con los principios directivos de todo el orden jurídico; es más, muchas veces será motivada

precisamente por la aspiración a hacer valer estos principios en mayor medida de lo que en la ley ha ocurrido.

Por lo tanto, la interpretación de la ley y el desarrollo del derecho son procesos complementarios que corresponden a “distintos grados del mismo proceso de pensamiento”. Larenz no comparte la idea según la cual el ordenamiento jurídico constituye una unidad lógica.

Para Larenz la laguna legal existe cuando la ley presenta una “incompletez”, esto es, “cuando ésta aspira a una regulación completa, en cierta medida, para un determinado sector”. Es decir, cuando el caso no regulado no sólo es susceptible de regulación sino que está necesitado de ella. Descarta que laguna y silencio de la ley sean la misma cosa. Dice que “existen casos para los que la ley contiene, por cierto, una regla aplicable, según cada posible sentido literal y a los que, sin embargo, esta regla no se ajusta según su sentido y fin”, de modo que precisa una limitación que no se halla contenida en la ley, que además no es compatible con el posible sentido literal, cuya ausencia podría considerarse como una laguna. Así mismo, existen “silencios elocuentes” que no constituyen lagunas, ya que se trata de cuestiones que el legislador intencionalmente no regula porque deliberadamente los excluye de toda protección jurídica, así como los llamados “espacios libres de derecho”, en los cuales el legislador no tiene ningún interés, y en donde, no existe ninguna utilidad en que se entrometa, tales como los sentimientos, los pensamientos, etc. Por lo tanto, el caso no regulado será una laguna si no pertenece a un silencio elocuente o a un espacio libre de derecho.

En relación con las lagunas legales, Larenz distingue entre las “lagunas normativas” y las “lagunas de regulación”. Las primeras existen cuando una norma legal no puede ser aplicada en absoluto sin requerir de una nueva disposición que la complete. Las segundas, no se refieren a la existencia de una norma incompleta sino a la incompletez de una determinada regulación en conjunto, por la inexistencia de una regla que regule un caso concreto, el cual, según el plan regulativo subyacente requiere de regulación.

Para Larenz hay que distinguir las lagunas de regulación de lo que para otros constituyen las llamadas “lagunas del derecho”, cuya existencia objeta, entendidas éstas no como la incompletez de una ley en particular, comparada con su plan regulativo subyacente, sino la insuficiencia del orden jurídico en conjunto, el cual “deja de

regular legalmente todo un sector que precisa una regulación o no contiene un instituto jurídico que debía contener atendiendo a una necesidad imprescindible del tráfico o un principio jurídico afirmado por la conciencia jurídica general”, ya que no serían lagunas, ni la falta intencional de un instituto, ni la falta de regulación de cualquier otro asunto que el legislador adscribe al “espacio libre de derecho”.

Las lagunas legales, esto es, lagunas de la ley, pueden ser *manifiestas y ocultas, iniciales y posteriores*. La laguna es manifiesta cuando la ley no contiene regla expresa alguna que regule un determinado grupo de casos. En cambio, es oculta, cuando la ley contiene una regla expresa aplicable a un grupo de casos, pero cuya aplicación, según su sentido y fin, no se ajusta a este determinado grupo de casos, “porque no presta atención a su especialidad, relevante en orden a su valoración”; es decir, la laguna es oculta porque la regla existe y podría ser aplicada, pero que no conviene por su sentido y fin.

Larenz justifica la existencia de lagunas legales rechazando, como de aplicación general, lo que se ha denominado y él califica de “un tal principio negativo”, que no es otra cosa que la norma o principio de cierre utilizado por Kelsen (principio de no prohibición o de permisión), según el cual *todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido*. Para Larenz tal principio negativo general puede aceptarse para el derecho penal, ya que “una pena sólo debe ser infligida si la punibilidad estaba legalmente dispuesta antes de que fuera cometido el hecho”, pero no para el derecho civil y otras ramas del derecho, de modo que en tales áreas quedarían sin consecuencia jurídica todos los actos para los cuales la ley no haya dispuesto alguna. En tal sentido, las lagunas de regulación son manifiestas y ocultas. Las primeras se pueden integrar mediante la analogía y las segundas mediante una corrección teleológica.

Finalmente, en relación con el tiempo, Larenz distingue entre las *lagunas iniciales* y las *lagunas posteriores*, y entre las primeras habla de las *lagunas conocidas* y las *lagunas no conocidas* por el legislador. Existe una *laguna conocida* cuando el legislador ha dejado una cuestión sin resolver, para que en su lugar lo haga la jurisprudencia y la ciencia, lo cual, en realidad no es propiamente un asunto de lagunas sino un problema de imprecisión terminológica, esto es, de lenguaje, y por lo tanto de interpretación propiamente dicha y no de integración de lagunas. *Las lagunas desconocidas por el legisla-*

dor, en cambio, surgen cuando éste ha pasado por alto una cuestión que precisaba de regulación, o ha estimado, erróneamente, que ya la había regulado. Entre tanto, las *lagunas posteriores* pueden surgir como consecuencia de la evolución técnica, económica, etc, ya que estos factores pueden dar lugar a nuevas situaciones que requieren de regulación en el marco del “fin” y del “plan” de regulación comprendidos en la “intención fundamental de la ley”. Estas lagunas, a su vez, pueden ser tanto *manifiestas* como *ocultas*.

Alchourrón y Bulygin

Alchourrón y Bulygin rechazan la tesis de Kensen que niega la existencia de lagunas con base en el principio o regla de cierre de no prohibición o permisión, y distinguen entre *Lagunas Normativas*, *lagunas de conocimiento y reconocimiento*, y *lagunas axiológicas*. Las *lagunas normativas*²¹ existirían cuando un caso genérico no esté regulado por las normas generales, en cuyo evento el juez estaría facultado para decidir discrecionalmente, esto es, declarar con lugar o sin lugar la demanda, pero para ello debe crear previamente la norma general, la cual será la que sirva de fundamento a la norma individual que resuelva el conflicto.

Las llamadas *lagunas de conocimiento* al igual que las *lagunas de reconocimiento* se presentarían en los casos problemáticos que tienen lugar cuando se trata de subsumir un caso individual, que serían los supuestos fácticos de todo conflicto, en un caso genérico contemplado como supuesto de una norma. En el caso de las *lagunas de conocimiento* se carece de suficiente información acerca de los hechos del caso. En cambio en las *lagunas de reconocimiento* el problema se presenta con ocasión del lenguaje utilizado, debido a la vaguedad de los conceptos generales.²²

En cuanto a las *lagunas axiológicas*²³, se sostiene que éstas existen cuando el órgano encargado de la aplicación de la norma considera que en su regulación el legislador no tomó en cuenta una propiedad que debería ser relevante, lo que conduce a la aplicación de una norma distinta, creada por aquél, la cual será la norma que

21 Eugenio Bulygin: “Introducción”, en F. Atría, E. Bulygin, J.J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz Manero: *Lagunas en el Derecho. Una Controversia Sobre el Derecho y la Función Judicial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 12.

22 José Juan Morsco: “Entre Fuentes y Lagunas”, *Ibid.*, p. 193.

23 Eugenio Bulygin: “Defensa del Dorado. Respuesta a Fernando Atría”, *Ibid.*, p. 74.

sirva de fundamento para la creación de la norma individual con arreglo a la cual se resuelve el caso concreto. Es decir, al igual que en las llamadas lagunas de conocimiento y de reconocimiento, no existiría aquí una verdadera laguna, de admitirse la existencia de las lagunas normativas de la que hablan Alchourrón y Bulygin, en el sentido de la existencia de un caso no regulado. El caso estaría regulado y contaría con una solución normativa, pero “dicha solución es insatisfactoria porque la autoridad normativa no ha tenido en cuenta una propiedad que merecía ser tomada en cuenta.”²⁴

La crítica que Bulygin²⁵ dirige contra Kelsen apunta directamente al argumento central de éste para negar la existencia de las lagunas, y que supone una completitud o plenitud hermética del derecho, a saber, el principio según el cual *todo lo que no esté prohibido está jurídicamente permitido*, que Bulygin llama *principio de prohibición*, el cual, según Kelsen formaría parte de todo orden jurídico. Para Bulygin Kelsen confunde las normas y las proposiciones normativas. En tanto las normas son usadas prescriptivamente, ya que ordenan, permiten y prohíben, las proposiciones normativas son descriptivas, ya que son afirmaciones acerca de la existencia de las normas. Mientras las primeras carecen de valores de verdad, ya que no son ni verdaderas ni falsas, las segundas, en cambio, son necesariamente verdaderas o falsas. Esto supone, para el primer caso, que la norma es susceptible de ser obedecida o no, de ser calificada de válida o inválida, de justa o injusta, en tanto que las proposiciones normativas, al no prescribir nada, no son ni válidas ni inválidas, ni justas ni injustas, y por lo tanto tampoco son susceptibles de ser obedecidas o no, de ser violadas o no.

La cuestión radica entonces, según Bulygin, en preguntarse si el *principio de prohibición* es una norma o una proposición normativa. Si es una norma, entonces “es contingente y por lo tanto no puede pertenecer necesariamente a todo orden jurídico”, y si es una proposición normativa es, o bien falso, o bien necesario, pero vacío. Sería falso si “permitido” significa que existe una norma que permite la conducta en cuestión, ya que del hecho de la existencia de una norma prohibitiva no se sigue que exista una norma permisiva, y si “permitido” significa “no prohibido”, sería una tautología, ya que “*lo que no está prohibido, está permitido*”, se convierte en “*lo que no está*

24 José Juan Moresco: “Entre Fuentes y Lagunas”, *Ibid.*, p. 193.

25 Eugenio Bulygin: “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, *Ibid.*, pp. 9-26.

prohibido, no está prohibido”, lo cual no niega la existencia de lagunas, ya que éstas suponen la existencia de conducta que no están reguladas por el derecho, esto es, que no están prohibidas ni permitidas en sentido fuerte. Esta tesis sobre las lagunas de Alchourrón y Bulygin, su reproche a la tesis de Kelsen, y lo que ella implica, a saber, la facultad del juez para decidir discrecionalmente, ha sido objeto de agudas críticas por parte de autores de alto vuelo como Fernando Atría, Juan Ruiz Manero y Manuel Atienza.

Atría

Atría²⁶ considera que Alchourrón y Bulygin apoyan su tesis en el error de considerar que la función primaria de los tribunales es la de solucionar conflictos. Desde luego, si esto es así existiría un argumento poderoso para sostener que todo conflicto de interés no solucionado es una laguna.

Sin embargo, para Atría, siguiendo a Hart, lo distintivo de la actividad jurisdiccional no es la solución de conflictos de intereses, sino proveer “determinaciones autoritativas del hecho de la violación de reglas primarias”, en donde la solución de conflictos aparece como un sub producto de la aplicación de las reglas, de modo que cuando no se ha violado ninguna norma, la obligación del juez no es otra que desechar la demanda, para lo cual no requiere de ninguna norma general, ya que, al rechazar la demanda no dicta ninguna norma individual. A juicio de Atría cuando no hay regla que aplicar, se debe fallar a favor del demandado, que en su concepto es lo que precisamente quiso decir Kelsen. Por lo tanto, por el hecho de pueda existir un caso no regulado, que conforme a lo sostenido por Alchourrón y Bulygin sería una laguna normativa, no se sigue que el tribunal tenga discreción para solucionarlo. Luego, no es verdad, como lo sostienen Alchourrón y Bulygin, que la integración de lagunas, en particular de lagunas normativas, cuya existencia si bien Atría no reconoce de plano pero tampoco niega abiertamente²⁷, exija que se tome una decisión valorativa, discrecional.

En relación con las lagunas axiológicas Atría considera que tales lagunas, de admitirse la tesis de la existencia de lagunas normati-

26 Fernando Atría: “Entre Fuentes y Lagunas”, *Ibid.*, pp. 15-27.

27 Manuel Atienza y J. C. Bayón: “Sobre la creación judicial del derecho de Eugenio Bulygin”, en E. Bulygin, M. Atienza y J. C. Bayón: *Problemas Lógicos en la Teoría y Práctica del Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 116.

vas, no serían verdaderas lagunas jurídicas, ya que, de acuerdo con la tesis de las fuentes, la solución al caso existe, sólo que el órgano que debe aplicarla la considera axiológicamente inadecuada.

Ruiz Manero

Ruiz Manero²⁸ considera que la tesis de Alchourrón y Bulygin no sólo está muy alejada de las creencias compartidas que sobre las lagunas tienen los juristas sino que además son fuertemente contrastantes con estas creencias, y que el derecho funciona en dos niveles, el de las reglas y el de los principios, en el entendido de que estos últimos son las razones subyacentes a las reglas, que a su vez sirven para su justificación.

Tampoco niega de plano la existencia de lagunas, de hecho, como afirma Atienza²⁹, da a entender que las lagunas sólo existirían en relación con las reglas, pero considera que pese a ello los jueces pueden resolver todos los casos, incluso los que no están resueltos por el derecho vigente, sin tener que modificar el derecho existente. Para Ruiz Manero la no regulación de una conducta equivale, pragmáticamente, a la regulación permisiva, es decir, que una acción no regulada por ninguna norma equivale a una acción expresamente permitida por una norma.

Finalmente, puntualiza Ruiz Manero que las lagunas son “conflictos de intereses no resueltos por el sistema jurídico, pero no todos los conflictos de intereses no resueltos por el sistema jurídico constituyen lagunas”, y plantea una reelaboración, una propuesta alternativa como él mismo la llama, de las definiciones de lagunas normativas y axiológicas suministradas por Alchourrón y Bulygin. Dice Ruiz Manero que “Un cierto caso constituye una *Laguna normativa* de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y (2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida”. Así mismo, “un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que solucione el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exi-

28 Fernando Atría: “Algunas Concepciones del Derecho y sus Lagunas”, *Op. cit.*, pp. 103-126.

29 Atienza, Manuel: *Op. cit.*, p. 116.

gencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante”.

Sin embargo, para Atienza³⁰, esta propuesta de Ruiz Manero se queda corta, tomando en consideración las críticas que le formula a Bulygin. Además, Atienza³¹ considera que la reformulación propuesta por Ruiz Manero deja sin relevancia la distinción entre lagunas normativas y lagunas axiológicas, ya que en ambos casos lo que se realiza es un juicio axiológico, es decir, un juicio de valor.

Atienza

En lo que a la interpretación jurídica concierne, Atienza³² afirma que para Bulygin, por tener ésta una naturaleza puramente semántica, no tiene muchos elementos peculiares que considerar en los problemas que pueda presentar.

Sin embargo, para Atienza³³ la interpretación es mucho más que un problema semántico y juega en el derecho un papel central. Dice Atienza que la interpretación es “tan central, que algunos autores (como recientemente, Dworkin, y, en general, los filósofos herméticos) presentan el derecho “como una práctica social compleja” que consiste básicamente en interpretar”, ya que el derecho “no es algo dado *a priori*” en las fuentes sino además una práctica que consiste en atribuirle sentido al producto que emana de ellas, lo cual supone que la interpretación puede verse de dos maneras. La primera, como “entender, atribuir un sentido a alguna entidad que no sea un objeto natural”. La segunda, como “la atribución de un significado a un texto problemático, esto es, a un texto cuyo significado es dudoso”.

En cuanto al tema de las lagunas, Manuel Atienza, afirma tajantemente que Alchourrón y Bulygin yerran en las críticas que formulan al pensamiento jurídico tradicional que niega la existencia de lo que ellos califican como lagunas normativas, ya que, tales lagunas, no existen. Atienza teniendo presente tanto las críticas de Atría como las de Ruiz Manero, con las virtudes y defectos que en unas y en otras destaca, formula entonces su visión alternativa frente a Alchourrón y Bulygin. Son dos las premisas de partida de esta pro-

30 *Ibid.*, p. 113.

31 *Ibid.*, p. 109.

32 *Ibid.*, pp. 113-123.

33 Atienza, Manuel: “El Sentido del Derecho”, *Ariel Derecho*, 5ª edición, 2005, pp. 268-272.

puesta, que como es de suponer, constituyen las mismas premisas en las que descansan las diferencias neurálgicas que salen a flote en todo el debate sobre el tema. A saber: 1) No existen lagunas, y, “en todo caso, de existir, sería un fenómeno absolutamente excepcional”; 2) Los jueces no gozan de discreción en el sentido fuerte de la expresión.

Atienza parte entonces de la concepción del derecho según la cual: 1) el derecho es un conjunto de reglas y principios, y además, una práctica social, es decir que no se agota sólo en reglas, idea ésta en la que descansa la propuesta de Alchourrón y Bulygin, especialmente la de este último, ni se reduce a un sistema de normas, o no se agota en ser un conjunto articulado y ordenadamente dispuesto de normas, sino que también es una actividad; y 2) en las normas, esto es, en las reglas, pueden distinguirse dos aspectos: a) uno directivo, según el cual se permite, ordena o prohíbe algo; y b) y el otro justificativo, que son precisamente las razones subyacentes para ordenar, permitir o prohibir algo, que no son otra cosa que los principios.

Con esta propuesta se rompe con la distinción, en lo que a la clasificación más significativa concierne de los casos jurídicamente relevantes, entre “casos regulados”, esto es, casos resueltos por el sistema de reglas, y “casos no regulados”, los cuales no están resueltos por el sistema de reglas, y se da paso a los conceptos de “casos fáciles” y “casos difíciles”. “Los casos fáciles” son aquellos cuya solución proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, en tanto que “los casos difíciles” son aquellos cuya solución no deviene de la aplicación directa de una regla del sistema, sino que a ella se llega mediante un proceso deliberativo y justificativo, en el que los jueces no tienen discrecionalidad en sentido fuerte, para crear derecho en forma novedosa.

Este nuevo paradigma supone entonces la existencia de ciertas guías racionales del método jurídico, la existencia de un procedimiento racional que no consiste únicamente en subsumir, aunque la subsunción siempre estará presente en la solución del caso, a las que debe acudir el intérprete y el aplicador del derecho, cuyo referente está en los principios, ya que la analogía, rectamente entendida, no es cosa distinta a los principios. Lo que finalmente plantea Atienza en relación con el problema de las lagunas radica en determinar si existen o no criterios de corrección en la utilización de la analogía, ya que, de existir estos criterios, que en su opinión existen y descan-

san en la idea de coherencia, parece obvio que la discrecionalidad judicial en sentido fuerte planteada por Bulygin, carece de toda sustentación.

Los rasgos que según Atienza serían distintivos de la coherencia son los siguientes: a) La coherencia implica o “es la consistencia en sentido axiológico”, b) la coherencia, a diferencia de la consistencia, “es graduable, ya que una decisión o una norma puede ser más o menos coherente”, c) “el concepto de coherencia es relativo, en el sentido de que una decisión o una norma son coherentes (más o menos coherentes) en relación con un conjunto de principios y valores”, d) “la coherencia es una propiedad (relacional) esencialmente dinámica, en un doble sentido, ya que lo se haya de “entender por coherencia cambia a media que lo hagan los principios y valores a los que remite”, y, finalmente, e) la analogía, al igual que ocurre con la lengua, “es un mecanismo fundamental para innovar el sistema manteniendo sus señas de identidad”, esto es, sin que el órgano aplicador se ponga de lado o por encima del derecho vigente.

IV. La Sala Constitucional, la interpretación, las Lagunas y el nuevo paradigma constitucional

El autor Sir Kenneth C. Wheare, afirma que

(...) el punto fundamental que recordar es que la misión propia del juez se limita a interpretar, no a enmendar, las palabras de un estatuto o de una Constitución, y todos los cambios que los tribunales legítimamente operen en el significado de una constitución proceden de su función interpretativa y no de una función legislativa inherente o secreta.³⁴

Por lo visto, la opinión de Wheare contrasta con lo dicho por la Sala Constitucional del Tribuna Supremo de Justicia de Venezuela, quien se autoproclama como intérprete *cuasiauténtico* y órgano *paraconstituyente*, no sólo capaz de enmendar el texto de la constitución sino además de derogar, de anular, normas expresas, como se pudo ver en los casos que motivan este estudio. Sin embargo, esta pretensión no parece encontrar respaldo ni justificación democrática en el texto de la constitución, ni en la doctrina.

34 Kenneth C. Wheare: *Las Constituciones Modernas*, Traducción de Fernando Morera y Angel Alandí, Barcelona, Editorial Labor, 1971, p. 110.

Examinemos primero la calificación que de sí misma la Sala Constitucional proclama, que bien podría ser reveladora de su sometimiento o no a la Constitución, al decir que actúa como un órgano *paraconstituyente* e intérprete *cuasiauténtica*. El prefijo “para” significa “junta a” y el adverbio “casi” o “*cuasi*” significa “no totalmente, pero faltando poco para ello”, lo cual literalmente supone que la sala se considera estar al lado, esto es, junto al constituyente, con facultad de interpretar la constitución como si fuera el constituyente mismo, o como si le faltara poco para serlo. Pero, veamos qué dice al respecto la Constitución vigente.

En lo que al Control Constitucional concierne, el ordinal 1º del artículo 266 establece que entre las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia se encuentra la de ejercer la jurisdicción constitucional.

En el artículo 334 se consagra tanto el control difuso de la constitucionalidad de la leyes por parte de todos los jueces, como el control concentrado de la constitucionalidad asignado con carácter exclusivo a la Sala Constitucional, en virtud del cual sólo a ella corresponde declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de Ley.

El Art. 335 de la Constitución establece que la Sala Constitucional es el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Además, este artículo establece que las interpretaciones que ella establezca son vinculantes para las otras Salas y demás Tribunales de la República. El artículo 336 desarrolla las facultades que en materia de control de constitucionalidad el constituyente le asignó a la Sala Constitucional.

La Constitución de 1999 rompe con la tradición histórica de atribuir el control concentrado de constitucionalidad al máximo tribunal en pleno y se desdibuja la configuración de éste, ya que se incorpora en su propio seno la Sala Constitucional, quien tiene a su cargo, con exclusividad, el control concentrado de constitucionalidad en ámbitos y con alcances nunca antes planteados en Venezuela, pero ese enorme poder que le fue conferido y el que a lo largo de la jurisprudencia ella misma se ha arrogado, no la diferencia de lo que hace o está llamado a hacer, antes y ahora, cualquier otro órgano judicial o con fisonomía judicial en sede de control de constitucionalidad, a saber; interpretar y aplicar la constitución. La función asignada a al

Sala Constitucional la coloca siempre en relación de subordinación, por debajo, de la Constitución, ya que sus actos de control de constitucionalidad, sea que descansen en la solución de un conflicto de intereses u otro asunto de naturaleza similar o no, sea que supongan la interpretación, por vía de acción, del texto constitucional, no suponen que actúa al mismo nivel de la Constitución ni al lado del constituyente, o que de alguna manera se subrogue en éste. Todo cuanto emane de la Sala Constitucional como órgano de aplicación de la Constitución, como poder constituido, es lógicamente de rango subconstitucional, luego, no pueden estar tales actos ni al lado, esto es, en el mismo nivel, ni como si fuera, es decir, en la misma condición, del constituyente. Si la Sala Constitucional estuviera asumiendo lo contrario, todo el andamiaje democrático quedaría sin sustento y en lugar de actuar como defensora de la Constitución se estaría convirtiendo en su verdugo, que diciendo interpretarla, la aniquila, porque en lugar de ofrecer una interpretación pretendería la creación de un derecho constitucional, lo que, salvo que usurpe funciones del constituyente y fulmine el origen democrático de éste, le está vedado.

Fuera de la facultad de interpretación y aplicación de la constitución en defensa de ésta, como órgano dispuesto para tales fines por el constituyente, la Sala Constitucional no tiene asignadas la condición de órgano *paraconstituyente* ni la facultad de interpretación *cuasiconstitucional*. Para que así fuera la Sala Constitucional tendría que tener el mismo origen democrático y la misma legitimación popular de una asamblea o congreso constituyente.

Ninguna opinión de las analizadas, las cuales pretenden ser un abanico de posibilidades, incluyendo, como veremos, la de Bulygin, ofrecen soporte ni mucho menos hacen plausible que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela se autodefi-na como un órgano *paraconstituyente* con facultad de interpretación *cuasiauténtica*, que, como ya vimos, no se trata, para la sala, de expresiones retóricas que sólo tengan vocación de darle fuerza a un argumento, sino que son verdaderas manifestaciones de lo que en la realidad ésta hace diciendo interpretar la Constitución. Ya vimos cómo Aristóteles lo advirtió, al decir que se debe dejar lo menos posible al arbitrio de los jueces, ya que son pocos los que tiene la capacidad de legislar y juzgar, y fundamentalmente porque el juicio del legislador versa sobre lo futuro y universal, a diferencia del juicio del juez, que por tratar sobre asuntos particulares e inmediatos se

ve muchas veces afectado por circunstancias e intereses ajenos al mérito mismo de la causa.

Para Kelsen, como ya vimos, la interpretación consiste en la determinación del sentido de la norma a aplicar, es decir, la determinación del marco de la norma. En el caso de la ley, se trata de establecer, por parte del juez u órgano administrativo correspondiente, cómo aplicando la norma general al caso concreto se establece la norma particular para la solución del asunto. En el caso de la Constitución, la misma debe ser interpretada por el órgano legislativo cuando se trata de aplicarla con la finalidad de dictar leyes. También, desde luego, debe ser interpretada por los órgano que tienen a su cargo el control de la constitucionalidad, en las diversas manifestaciones que este mecanismo comporta, porque precisamente de lo que se trata es de preservar su integridad y supremacía, al comprobar que el acto o la omisión de que se trate, sujeta al control constitucional, está o no en correspondencia con el marco interno de la norma constitucional, el cual, si de su defensa se trata, no puede ser deliberadamente desconocido, ni calificado de incorrecto, por mucho que esa sea la apreciación del intérprete, ya que dicho marco es el que precisamente regula el acto de creación de la norma que en definitiva se crea por su aplicación, y es, al que, en todo caso, el intérprete debe asignarle un sentido.

Luego, si la norma creada no es el resultado de la aplicación de la norma superior que le sirve de fundamento, sino de otra norma creada por el aplicador, independientemente de que éste contradictoriamente afirme que es producto de su interpretación, como vimos que hizo la Sala Constitucional en el caso arriba citado, carece de justificación lógica, ya que, primero, no se sigue de la norma fundante porque expresamente la desecha, y segundo, porque una norma, la que se dice fundante y aplicada por interpretación, no es posible que tenga y no tenga sentido, a la vez.

La norma constitucional es la primera y fundamental de las normas de un sistema jurídico y ella regula todos los actos de creación de las normas que se dictan con ocasión de su ejecución, normas éstas que por ser el resultado de un acto de aplicación de la norma constitucional, sea la contenida en una sentencia emanada del Tribunal Supremo o del máximo órgano de control de constitucionalidad, sea que se trate de una ley emanada del cuerpo legislativo, siempre tienen rango sub-constitucional. Lógicamente no existe la

posibilidad de que una norma creada por virtud de la aplicación de otra, pueda tener el mismo rango de ésta, ya que se encuentran en un grado de diferencia, donde la norma aplicada es la superior y la creada la inferior. Mal puede entonces la Sala Constitucional autodefinirse como un órgano *paraconstituyente* con facultad de interpretación *cuasiauténtica*.

Para Larenz la interpretación permite comprender el sentido de un texto que se ha convertido en problemático. Es decir, de lo que se trata es de comprender el sentido que el texto mismo porta, que se encuentra depositado en él, el cual, de alguna forma se halla más o menos oculto, de modo que lo característico del proceso de interpretación, no es otra cosa que hacer que el texto mismo hable, sin que le esté permitido al intérprete añadir ni quitar nada. Luego, no le está dado al intérprete apartarse de la norma, desconocerla, y luego decir que con ello la interpreta. Por lo tanto, las pretensiones de órgano *paraconstituyente* e intérprete *cuasiauténtica* que la Sala ha traducido en la facultad de cambiar el texto de la Constitución, está completamente fuera de lo que en concepto de Larenz consiste la interpretación como un hacer mediador propiamente dicho.

En cuanto a Alchourrón y Bulygin, pero muy especialmente para Bulygin, ya vimos cómo la interpretación es de naturaleza puramente semántica, de modo que esta concepción de nada puede servir o muy poco podría aportar para las pretensiones de la Sala Constitucional, de erigirse, so pretexto de ser la máxima intérprete de la Constitución en un órgano *paraconstituyente*.

Para Ruiz Manero, como puede verse, la interpretación jurídica necesariamente tiene que partir de la concepción según la cual el derecho no sólo está constituido por reglas sino además por principios, lo que significa que en el derecho además de normas que presentan un estructura distinta de la estructura de correlación entre un caso genérico y una calificación deóntica concluyente de una cierta acción, también existen normas regulativas que operarían “en el razonamiento de sus destinatarios” como “piezas integrantes del proceso deliberativo”. Es decir, que bajo esta concepción, ninguna interpretación, o mejor dicho, ninguna actividad judicial, por mucho que se le llame o quiera llamar de interpretación jurídica, legitimaría la pretensión de la Sala Constitucional venezolana, de fulminar una norma constitucional y sustituirla por otra de su creación, modificando, sin más, la constitución existente. Esta concepción del

derecho niega de plano la discreción en sentido fuerte y, por lo tanto, una supuesta o implícita facultad de los jueces constitucionales de modificar la constitución.

Finalmente, consideremos lo que sobre la interpretación nos dice Atienza, quien, como ya vimos, presenta dos maneras de ver la interpretación, de las cuales la segunda es la que señala como la que se corresponde con el sentido usual que tiene la interpretación en la teoría y práctica del derecho, que en concreto, no es más que la “operación que consiste en pasar de unos enunciados a otros”, es decir, la relación que existe entre: a) un texto previo de significado dudoso, b) el intérprete, y c) un texto nuevo, al que se arriba atribuyéndole un significado al texto dudoso. Esto supone entonces: 1) la existencia de un texto previo, que contiene el enunciado a interpretar, el cual se puede presentar como dudoso por una o varias de las siguientes razones: a) cuando en el texto se hace uso de alguna expresión imprecisa, que da lugar a problemas de vaguedad o ambigüedad, b) cuando existe falta de claridad en cuanto a la relación del texto con otros ya existentes, que propicia eventuales problemas de “lagunas” y “contradicciones”, c) cuando no es obvio el alcance de la intención del autor del texto, por la dificultad que existe en establecer la relación entre lo que se dice y que se quiso decir, d) cuando no es clara la relación entre lo dicho y los fines y propósitos a los que el texto ha de servir, con independencia de lo que quiso decir el autor, y finalmente e) Cuando tampoco es claro cómo es que debe entenderse el texto de modo que no sea incompatible, o mejor dicho, que sea compatible, con los principio y valores del ordenamiento jurídico; 2) la existencia de un enunciado interpretativo; y 3) la existencia de un enunciado interpretado.

La interpretación consiste entonces en pasar de los dos primeros enunciados (el enunciado a interpretar y el enunciado interpretativo) al tercer enunciado (enunciado interpretado), lo cual supone una operación deductiva, en donde lo fundamental está en la justificación del contenido atribuido al enunciado interpretativo.

Como puede verse, este riguroso esquema da cuenta de la imposibilidad lógica que tiene la Sala Constitucional de asignarse legítimamente funciones *paraconstituyentes*, so pretexto de la facultad de interpretación que la constitución le reconoce, ya que el proceso interpretativo supone la existencia de un enunciado a interpretar, contenido en la constitución, del cual el intérprete no puede pres-

cindir, como prescindió la sala en el caso arriba destacado, y luego decir o pretender hacer ver, desaprensivamente, que ha hecho una interpretación, cuando en realidad es otra la empresa que ha llevado a cabo, a saber, apartarse de la constitución, dejar de defenderla y actuar como constituyente, sin tener facultad ni legitimación democrática para ello.

En cuanto a la existencia de lagunas constitucionales y en especial, la existencia de las llamadas lagunas axiológicas en la constitución, veamos lo que al respecto aportan los autores.

Para Aristóteles, la ley común, no escrita, carece de lagunas. La ley común representa una unidad, puesto que todos parecen estar de acuerdo con ella. Luego, si admitimos que entre la ley común de Aristóteles y las constituciones modernas no existe una diferencia de fondo, ya que en tanto la primera es capaz de colmar las lagunas de la ley escrita y ofrecer respuestas a los casos no regulados por ella, las segundas, contienen los principios y valores en los que se sustenta todo el sistema, de modo que ante casos cuya solución no se pueda obtener directamente de una regla, la constitución ofrece los principios a partir de los cuales siempre se va a poder obtener una respuesta íntegra para tales casos.

Kelsen niega la posibilidad lógica de toda clase de lagunas jurídicas, ya que postula una unidad lógica del derecho. La inexistencia de lagunas supone que el derecho vigente es siempre aplicable. Es decir, el derecho vigente siempre permite resolver cualquier conflicto. Por lo tanto, mal podrían existir lagunas constitucionales.

Larenz, pese a que admite lo que él denomina lagunas legales, objeta el concepto de lo que para otros es “laguna del derecho”, que no es “laguna legal”, por no tratarse o no ajustarse a la idea de una “incompletez contraria al plan”, ya que sólo puede hablarse de un plan subyacente o intención reguladora en relación con una ley y no de un orden jurídico en su conjunto, puesto que el orden jurídico, es, si se quiere, el plan en sí mismo, sin otro orden o plan o intención que sea su referencia. El orden jurídico es entonces un sistema abierto, que nunca está concluido, sino que es capaz de evolucionar y evoluciona. En fin, la idea de un “sistema abierto” no se ajusta a la concepción de “laguna del derecho”, en el sentido de “incompletez contraria al plan” de todo el orden jurídico. Luego, no parece plausible que se

pueda admitir la existencia de lagunas constitucionales, cuando la constitución no tiene más referente que ella misma.

Alchourrón y Bulygin, especialmente Bulygin, quienes son los más conspicuos representantes de la tesis contemporánea de las lagunas, y en especial de las lagunas axiológicas, se inscriben dentro del paradigma positivista legalista y no dan cuenta del fenómeno constitucional o al menos no lo hacen en forma cabal al tratar el tema de las lagunas, de modo que no es plausible que la Sala Constitucional de Venezuela haya utilizado como argumento de autoridad, para sostener la existencia de una laguna axiológica en la Constitución, la opinión de Bulygin, la cual, por cierto, está referida al ámbito de actuación de los jueces ordinarios.

Así mismo, no parece plausible que el juez constitucional cuente con la discreción que en sentido fuerte le reconocen estos autores al juez ordinario, en los casos de lagunas por ellos defendidos, ya que la Constitución representa, cuando menos, un ideal de plenitud normativa, tal como lo plantea Moreso³⁵, haciendo referencia, por cierto, a Alchourrón y Bulygin. Por lo demás, aparte de las importantes críticas que formulan Atría y Ruiz Manero a la tesis de Alchourrón y Bulygin, que en gran medida ponen al descubierto muchas debilidades de esta propuesta, Atienza echa completamente por tierra sus postulados, al negar la existencia de laguna como la discreción judicial en sentido fuerte. Es decir, conforme a lo sostenido por Atienza, podemos afirmar que los jueces no crean derecho en forma originaria, sino derivada de la interpretación y aplicación del derecho existente, puesto que en su labor, inserta dentro del derecho como una actividad, una empresa o práctica social, cuando tienen que resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, siempre se entiende que la norma creada para la solución de la controversia, lo es por subsunción, que supone acudir a las fuentes de donde emana el derecho, a las que inevitablemente el juez está sujeto y en las que, como aplicador de ese derecho, no se encuentra formando parte. El derecho entonces como práctica, como empresa, como actividad social, no puede tener lagunas, y admitir lo contrario, bajo esta perspectiva, sería un contrasentido. De esta manera Atienza propone, o mejor dicho acoge, el paradigma post-positivista, esto es, constitucionalista del derecho, en contraste con el paradigma positivista, legalista, que representan Alchourrón y Bulygin, y especialmente este último.

35 José Juan Moresco: "Conflictos entre Principios Constitucionales" en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 267-284.

Las diferencias del nuevo paradigma constitucional al que adhiere Atienza con el paradigma legalista, han sido rigurosa y claramente destacadas por Josep Aguiló³⁶, quien, a la sazón, ha precisado las características propias de aquél, y ha puesto de relieve, citando a Guastini, los factores que han llevado a la constitucionalización del orden jurídico, a saber: 1) El orden jurídico cuenta con una constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales; 2) Está prevista la garantía jurisdiccional de la constitución, es decir, el control judicial de la constitucionalidad; 3) Se reconoce fuerza vinculante a la constitución; 4) Se reconoce una interpretación de la constitución de la cual se extraen gran cantidad de normas y principios; 5) Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de aplicación directa en todos los órdenes; 6) Se impone el método de interpretación de las leyes conforme a la Constitución, lo que supone que de todas las constituciones posibles de una norma, de una ley, se deben descartar aquellas que sean incompatibles con la constitución; y 7) Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate político.

Sobre las características y diferencias que Aguiló destaca entre ambos paradigmas, las que considero de mayor interés para los propósitos del presente trabajo, son las siguientes: 1) El positivismo legalista descansa en el modelo de las reglas para explicar la estructura del orden jurídico, en tanto que el post-positivismo constitucionalista propugna para tal propósito el modelo de los principios y las reglas, lo que supone que “guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios”; 2) El positivismo legalista tiene como arquetipo del razonamiento jurídico el modelo subsuntivo, en tanto que el constitucionalismo además del modelo subsuntivo se vale también de la ponderación. Es decir, se aplica tanto la subsunción en la aplicación de las reglas como la ponderación en la aplicación de los principios. Pero además, se entiende que ser leal a las reglas no sólo supone atenerse a su expresión sino a sus razones subyacentes, es decir, a sus principios; 3) Se pasa de la distinción entre casos regulados y no regulados, a casos fáciles y casos difíciles. Esta distinción trae consigo, en el nuevo paradigma, que el juez no tiene discrecionalidad en sentido fuerte, y que la discrecionalidad, en todo caso, no puede

36 Josep Anguiló: “Sobre Derecho y Argumentación” y “El Método jurídico como Argumentación Jurídica”, en *Sobre Derecho y Argumentación*, Palma de Mallorca, Leonard Muntaner, 2008, pp. 11-28 y 53-72.

concebirse ni se concibe en el sentido de permitido elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad; 4) Se pasa de la distinción entre estática y dinámica jurídica, que mira al derecho como un conjunto de normas que cambian como resultado de actos y/o procedimientos jurídicos, a la concepción del derecho como práctica, como una realidad social compleja y fluida. En relación con el método jurídico Aguiló señala que no se trata de un procedimiento para descubrir en las normas generales las soluciones correctas a los casos particulares, sino un mecanismo para “justificar soluciones particulares usando normas generales”, apelando a la razón. Es decir, que el problema de fondo es la racionalidad de las soluciones jurídicas. Luego, argumentar jurídicamente, razonar, “no es un proceso orientado a establecer nuestras opiniones o creencias, sino a determinar su fundamentación”.

En cuanto a las características de las constituciones contemporáneas es que además de orgánicas son regulativas³⁷, ya que contienen tanto la regulación del estado y sus instituciones como un conjunto de valores, principios y derechos que se interpretan como normas que determinan guías de conductas. Eso hace que la constitución no sólo sea “fuente de las fuentes del derecho, sino que ella misma es fuente de Derecho”. Los principios constitucionales son la fuente fundamental para determinar en el ordenamiento jurídico qué se ordena, qué se prohíbe y qué se castiga. Los principios rigen las relaciones de los ciudadanos con el estado y la de los ciudadanos entre sí.

Moreso,³⁸ haciendo suya la distinción que formula R. M. Hare entre el nivel *intuitivo* y el nivel *crítico* de la moralidad, plantea una visión de la ponderación de los principios constitucionales desde estos dos niveles. En un nivel intuitivo, en el que la Constitución aparece como un *Master Book* (denominación utilizada por Alchourrón y que Moreso también hace suya), se trata de comprender la Constitución como contentiva de un conjunto inarticulado de *principios prima facie* que pueden entrar en conflicto entre sí. En cambio, en el nivel *crítico* los principios aparecen como un conjunto articulado en un esquema general, capaz de dar respuesta unívoca para cada caso, haciendo finalmente posible la subsunción. Es decir, que la Constitución aparece como un *Master Sistem* (denominación utilizada tam-

37 En Venezuela todas las constituciones, desde 1811 hasta nuestros días, han sido orgánicas y regulativas.

38 José Juan Moresco: “Conflictos entre Principios Constitucionales”, en *Op. cit.*, pp. 267-284.

bién por Alchourrón y que Moreso igualmente hace suya), esto es, “como un sistema completo capaz de ofrecer respuestas consistentes y completas para todos los casos”, lo cual supone que la ponderación de los principios termina en una operación de subsunción como presupuesto racional necesario para la justificación de las decisiones, ya que no hay aplicación del derecho sin subsunción. La constitución expresa una unidad normativa y valorativa. Por lo tanto, es autosuficiente. Ella es norma de normas y contiene o de ella se extraen todos los principios y valores del ordenamiento jurídico.

Para García de Enterría³⁹ “la interpretación de una norma conforme a la constitución es, pues, “acomodar” su contenido a los principios y preceptos de la Constitución”, de lo cual se pueden apreciar las siguientes consecuencias: a) La Constitución es el texto necesario para la interpretación de cualquier norma del ordenamiento jurídico; b) La Constitución colma cualquier deficiencia que tenga el resto del ordenamiento jurídico; y c) Cualquier interpretación que arribe a una conclusión contraria a los principios y valores constitucionales es inadmisibile.

V Conclusión

La facultad de interpretación que tiene la Sala Constitucional de Venezuela no comporta, o mejor dicho, de ella no se sigue, que esté facultada, esto es, que sea competente, para producir normas generales, con efectos *erga omnes*, de rango Constitucional, obrando como una intérprete *cuasiauténtica* y un órgano *paraconstituyente*, y menos que de ella se pueda inferir una facultad implícita de anular, dejar sin efecto o fulminar una norma constitucional, y cambiarla por otra de su creación. El hecho de que la Sala Constitucional de Venezuela apele al concepto de laguna axiológica para fulminar normas expresas del articulado de la Constitución y sustituirlas por otras, lo cual implica ir más allá de lo que sostiene la propia doctrina que defiende esta categoría de lagunas, constituye una ruptura con el ideal de plenitud constitucional, y por lo tanto un expediente peligroso para la institucionalidad democrática, porque con este proceder la Sala se coloca, de hecho, por encima de la constitución y al mismo nivel del constituyente, sin tener ninguna justificación ni

³⁹ Eduardo García de Enterría: “El valor normativo de la Constitución Española de 1978”, en *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2000, pp., 88-89.

lógica ni jurídica para ello, ya que las lagunas axiológicas no suponen la existencia de un caso no regulado, y no sirven más que como pretexto para el juez, quien por una cuestión de preferencia en lugar de aplicar el derecho vigente decide apartarse de él.