



Universidad Monteávila
Comité de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional

**Contribución para la efectiva inclusión del Precedente
Constitucional en Venezuela**

**(Trabajo Especial de Grado presentado como requisito para optar al
Título de Especialista en Derecho Procesal Constitucional)**

Autor: Jesús Rafael Millán Salinas.
Tutor: Jesús del Valle Millán Figuera.

Caracas, 19 de febrero 2010

ÍNDICE GENERAL

	pp.	
ÍNDICE GENERAL.....	III	
DEDICATORIA.....	V	
AGRADECIMIENTOS.....	VI	
RESUMEN.....	VII	
INTRODUCCIÓN.....	VIII	
CAPÍTULO		
I EL PROBLEMA		
Planteamiento del Problema.....	3	
Formulación de las Interrogantes de la Investigación.....	6	
Objetivos de la Investigación.....	7	
<i>Objetivo General</i>	7	
<i>Objetivos Específicos</i>	7	
II MARCO TEÓRICO REFERENCIAL		
Antecedentes de la Investigación.....	8	
III MARCO CONTEXTUAL.....		14
IV MARCO METODOLÓGICO.....		15
Diseño y Tipo de la Investigación.....	16	
V DESARROLLO		
Uso del precedente en el Derecho Comparado, su origen y funcionamiento tanto en el <i>common law</i> como en el <i>civil law</i> ...	18	
1. <i>Uso del precedente en el sistema del common law</i>	18	
2. <i>Common law y Ley; Jueces y Parlamento</i>	20	
3. <i>La doctrina formal inglesa del precedente</i>	23	
4. <i>Uso del precedente en el sistema del civil law (Porqué la ausencia histórica del precedente en el sistema de tradición jurídica del Civil Law)</i>	26	

Discusiones producidas alrededor de los conceptos de disposición y norma; así como distinguir el texto y la norma como objeto del control de la Constitucionalidad.....	32
1. <i>Necesidad de este Análisis</i>	33
2. <i>Disposiciones sin Norma</i>	34
3. <i>Normas sin Disposición</i>	37
4. <i>Varias Disposiciones una Norma</i>	38
5. <i>Una Disposición varias Normas</i>	39
6. <i>Diferencia entre Disposición y Norma</i>	40
Sobre las fuentes del Derecho y su modificación con la inclusión del precedente en la Constitución de 1999.....	41
El precedente constitucional en Venezuela.....	49
1. <i>La auto-vinculación del precedente por el Órgano que lo dicta</i>	50
2. <i>Desaplicación del precedente constitucional por parte de los jueces en ejercicio control difuso previsto en el artículo 334 del texto constitucional</i>	52
Efectiva inclusión del precedente constitucional en Venezuela.....	55
1. <i>Estructura interna de las decisiones de la Sala Constitucional que fijan un precedente constitucional</i>	56
2. <i>Condiciones de uso del precedente constitucional vinculante</i>	62
3. <i>Cambio de un precedente constitucional</i>	64
4. <i>Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente constitucional</i>	64
5. <i>La aplicación por los jueces de un precedente fijado por la Sala Constitucional</i>	65
6. <i>La eficacia en el tiempo del precedente constitucional</i>	65
7. <i>Los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente</i>	67
Concepto de precedente constitucional en Venezuela.....	70
VI CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	71
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	76

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo a la memoria de mi recién desaparecida físicamente abuela materna Sabina Pabon Valencia, quien con su sabiduría de vida y amor, es un ejemplo familiar, buena abuela, madre y amiga, siempre de buen humor, honorable, justa, correcta, respetuosa, que hoy se une al reino de Dios, pero cuya memoria, quedará en el tiempo.

Jesús Rafael Millán Salinas
Caracas, 15 de febrero de 2010

AGRADECIMIENTOS

A Dios y la Virgen de Valle por permitirme vivir todos estos momentos.

A mis padres Esperanza y Jesús del Valle, que desde mi infancia me dieron la formación necesaria, orientándome, educándome con amor, cariño y sobre todo brindándome la motivación e incentivo para alcanzar todas mis metas a futuro.

A mi esposa Nelly, por su amor, su ayuda incondicional, y por ser mi apoyo en todas las metas que juntos hemos emprendido.

A mi hijo Jesús Oswaldo, por brindarme la alegría, amor, y cariño diario, dándome el impulso para seguir adelante y ayudándome a crecer, no sólo como profesional sino también como padre.

A mis compañeros de la universidad, a todas aquellas personas que me que ayudaron directa o indirectamente; mi agradecimiento por la colaboración prestada.

Quiero expresar mi profunda gratitud a mi padre y tutor académico Jesús del Valle, que tuvo la gentileza de revisar y guiar el camino para la presentación de esta tesis, por darme el apoyo y llevar a feliz término este trabajo, expreso mi sentimiento de cariño y de inmenso agradecimiento.

Universidad Monteávila
Comité de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional

**CONTRIBUCIÓN PARA LA EFECTIVA INCLUSIÓN DEL
PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA**

Autor: Jesús R. Millán S.
Tutor: Jesús V. Millán F.
Caracas, febrero 2010

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue dar a conocer y comprender la necesidad de una correcta y efectiva inclusión y aplicación del precedente constitucional en Venezuela y lo que significa el otorgamiento de esta autoridad al precedente, como un paso no solo conveniente sino necesario para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en Venezuela. Es importante destacar que la autoridad del precedente constitucional genera una resistencia natural en nuestro sistema jurídico tradicional, toda vez que, con la promulgación de la Constitución de 1999, se produjo un cambio radical en muchos aspectos institucionales y organizativos del país, y por ende la problemática de las fuentes del derecho ocupó un lugar de especial importancia. El diseño de la investigación fue descriptivo, documental y bibliográfico. El tipo de estudio de nivel explicativo se centró en la comprensión del precedente en el sistema del common law, su inclusión en el sistema del civil law, y su aplicación en Venezuela con la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se le confiere la posibilidad de establecer interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales de carácter vinculante, tanto para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, como para los demás tribunales de la República, surgiendo en consecuencia la necesidad de explicar la estructuración interna y alcances de sus sentencias, mediante el modelo del precedente constitucional y como su efectiva inclusión, aplicación y regulación supone una modificación del sistema tradicional de fuentes del derecho en el país, por un lado, y por otro lado, la transformación en materia de administración de justicia, en la medida que a través del precedente los jueces constitucionales pasan de ser meros ejecutores del articulado del ordenamiento jurídico, a integradores del mismo.

Palabras clave: Precedente, Precedente constitucional, fuentes del derecho, common law, disposición y norma, normas generales.

INTRODUCCIÓN

Con motivo de escribir el presente trabajo especial de grado intitulado “Contribución para la efectiva Inclusión del Precedente Constitucional en Venezuela” como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Procesal Constitucional, en la Universidad Monteávila, inicié un proceso de investigación documental sobre el tema, que me permitió acceder a una rica literatura jurídica, básicamente sobre el Precedente en los distintos sistemas jurídicos, con lo cual elaboré un esquema de trabajo, que según mi plan, sería el soporte para el análisis del Precedente Constitucional en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Una vez cumplida esta fase de investigación comprendí que, con todo el referido material a mi disposición podía escribir un trabajo, que excedería los límites de los objetivos que me propuse.

Ciertamente, una vez concluido el presente trabajo, no sólo me sobró material, sino que no pude desarrollar muchos y significativos puntos importantes del tema como por ejemplo la interpretación constitucional, el precedente judicial entre otros, lo que quisiera a corto plazo profundizar con más tiempo del que tuve en esta oportunidad.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y muy especialmente con la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se le confiere la posibilidad de establecer interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales de carácter vinculante tanto para las

otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, como para los demás tribunales de la República, nace la necesidad de estudiar la estructuración interna y alcances de sus sentencias, mediante el modelo del precedente constitucional y como su efectiva inclusión, aplicación y regulación supone una modificación del sistema tradicional de fuentes del derecho en el país, por un lado, y por otro lado, la transformación en materia de administración judicial, en la medida que a través del precedente los jueces constitucionales pasan de ser meros ejecutores del articulado del ordenamiento jurídico, a integradores del mismo.

Ante la ausencia de una ley orgánica procesal constitucional que desarrolle el Precedente Constitucional, éste adquiere más importancia luego de que en la Constitución de 1999, cuando abre la posibilidad al juez constitucional de realizar una función creadora en el derecho mediante la interpretación, construcción y ponderación de principios de constitucionales, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de integración del ordenamiento jurídico. Ello supone darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle a la Constitución y al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales.

Con el presente trabajo, se pretende determinar la conveniencia y la necesidad de una correcta y efectiva inclusión y aplicación del precedente constitucional en Venezuela y lo que significa el otorgamiento de esta autoridad al precedente, como un paso no solo conveniente sino necesario para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en Venezuela.

El trabajo de investigación que nos ocupa, ha sido elaborado en cinco (5) secciones, o capítulos, así:

Primera: En la primera sección, se ha efectuado el planteamiento del problema; la definición de los objetivos del trabajo; y la correspondiente justificación e importancia de la investigación.

Segunda: En este capítulo, encontramos los antecedentes que se presentan a continuación se encuentran vinculados a los aspectos de la investigación que se llevarán a cabo en este estudio, referido al desarrollo del precedente en el derecho comparado, su origen y funcionamiento tanto en el Common Law como en el civil Law, analizando los principales aspectos relacionados con la necesidad de incluir y aplicar efectivamente el precedente constitucional en Venezuela.

Tercera: En este capítulo, de una manera sucinta, se delimita el contexto en el cual se ha realizado el estudio.

Cuarta: En esta parte del trabajo, se precisa la metodología utilizada en la investigación para llegar al cumplimiento de los objetivos propuestos.

Quinta: En esta sección se ha analizado, en primer término, el punto de vista del Derecho comparado específicamente del common law, cuando habla del rol que los jueces desempeñan en el desarrollo o la creación jurídica. Porque más que la legislación es el *common law* el punto de partida del Derecho inglés.

En segundo lugar, se ha analizado la justificación de la inclusión del poder de creación judicial del Derecho en el sistema jurídico del civil law, sosteniendo que la separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible. No por la crítica de Kelsen, es decir, no porque los jueces dicten normas individuales, sino porque los jueces crean

también normas generales. Esto ocurre no sólo con las sentencias de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, sino también crean normas generales, cuando se enfrentan con casos de lagunas o contradicciones normativas, y para garantizar la supremacía, vigencia y efectividad de la Constitución.

En esta parte del trabajo, en tercer lugar, se efectuó un estudio breve referido a la diferenciación existente de los conceptos de disposición y norma, toda vez, que al menos teóricamente, la jurisdicción constitucional conduce a acentuar esta distinción, ya que una identificación simplista entre ambos o, más bien, la reducción de todo el precepto legal a su enunciado, colocaría a la Sala Constitucional, ante la opción única entre declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicho enunciado.

Por último, se realizó un análisis sobre el precedente constitucional en nuestro país dando a conocer su correcta y efectiva inclusión y aplicación y el otorgamiento de esta autoridad al precedente para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en Venezuela.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y muy especialmente con la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se le confiere la posibilidad de establecer interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales de carácter vinculante tanto para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, como para los demás tribunales de la República, nace la necesidad de estudiar la estructuración interna y alcances de sus sentencias, mediante el modelo del precedente constitucional y como su efectiva inclusión, aplicación y regulación supone una modificación del sistema tradicional de fuentes del derecho en el país, por un lado, y por otro lado, la transformación en materia de administración judicial, en la medida que a través del precedente los jueces constitucionales pasan de ser meros ejecutores del articulado del ordenamiento jurídico, a integradores del mismo, toda vez que la teoría contemporánea del derecho, en cuanto a la aplicación del Derecho por parte de los jueces, gira en la actualidad bajo dos aspectos:

- La primera de ellas tiene que ver sobre coherencia al interior de los sistemas jurídicos, así como la existencia o inexistencia de lagunas, contradicciones o indeterminaciones tanto de la constitución como de los textos normativos
- La segunda referida a si los Magistrados son aplicadores neutrales de la norma constitucional o por el contrario, estos cumplen una función creadora de derecho, asunto que encuentra íntima relación con la

labor interpretativa que se ejerce al momento de aplicar el derecho frente al caso concreto.

Otro aspecto de necesario estudio a la hora de intentar armar un modelo sobre el precedente constitucional y sus efectos normativos, es entender la diferenciación existente de los conceptos de disposición y norma, toda vez, que al menos teóricamente, la jurisdicción constitucional conduce a acentuar esta distinción, ya que una identificación simplista entre ambos o, más bien, la reducción de todo el precepto legal a su enunciado, colocaría a la Sala Constitucional, ante la opción única entre declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicho enunciado¹.

Esta distinción de conceptos resulta esencial, por cuanto no se puede ocultar que en la práctica disposición y norma o normas que derivan de ella están estrechamente unidas, ya que el sentido o función de las disposiciones o enunciados es expresar normas.

El problema a la hora de interpretar es cuál de ellos (disposición o norma) o bien los dos sea realmente el objeto del control de constitucionalidad. Por ello, me parece imprescindible tratar este problema en el marco del desarrollo de una contribución para la efectiva inclusión del precedente constitucional, porque del resultado de este análisis dependerán algunas conclusiones sobre la posición en Venezuela de la Sala Constitucional ante el legislador, y ante los órganos judiciales encargados de la interpretación y aplicación de las Leyes.

En otros orden ideas, conforme a nuestra tradición jurídica debemos preguntarnos ¿Qué cosa es el precedente constitucional? Según el artículo

¹ En este sentido F. Rubio Llorente, "La Jurisdicción constitucional como forma....", pgs. 465 y 483.

335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prevé “Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”. Pero ¿Por qué causa tantas asperezas el precedente constitucional en nuestro sistema jurídico? Para los demás Magistrados y jueces del Poder Judicial, esta facultad supone una imposición de un criterio interpretativo de la Sala Constitucional sobre ellos, incompatible con la garantía de la independencia de los jueces. Para la Asamblea Nacional, en ocasiones se trata de una usurpación funciones legislativas a este, pues convierte a la Sala Constitucional en un legislador positivo. Para la Sala Constitucional en cambio, se trata de una institución que le permite ejercer su función de supremo y último intérprete de la Constitución de manera más eficiente.

En efecto, si uno revisa y hace seguimiento a la justicia constitucional, podrá advertir que un constante dolor de cabeza para la Sala Constitucional es el sistemático desconocimiento por parte de algunos operadores de justicia, de los precedentes constitucionales, a pesar que éste cuenta con cobertura Constitucional. Ello naturalmente genera tensiones y fricciones. No se trata de un problema secundario, la introducción del precedente constitucional en nuestro país no ha sido ni es pacífico, por ello la importancia de esta contribución, en dar a conocer y comprender la necesidad de una correcta y efectiva inclusión y aplicación del precedente constitucional en Venezuela y el otorgamiento de esta autoridad al precedente es un paso no solo conveniente sino necesario para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en Venezuela.

FORMULACIÓN DE LAS INTERROGANTES DE LA INVESTIGACIÓN

De acuerdo con la problemática planteada, se formulan las siguientes interrogantes:

¿Qué es el precedente constitucional?

¿Con la inclusión del modelo de precedente constitucional se modifica el sistema tradicional de fuentes del derecho en el país?

¿Por qué causa tantas asperezas los precedentes constitucionales en nuestro sistema jurídico?

¿Está auto vinculada la Sala Constitucional a sus precedentes?

¿Qué parte de la sentencia que crea un precedente es capaz de obligar?

¿La Sala Constitucional con sus precedentes crea Derecho?

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General

Estudiar el desarrollo del precedente en el derecho comparado, su origen y funcionamiento tanto en el Common Law como en el civil Law, analizando los principales aspectos relacionados con la necesidad de incluir y aplicar efectivamente el precedente constitucional en Venezuela, como garantía de igualdad y seguridad jurídica.

Objetivos Específicos

- Desarrollar un concepto del precedente constitucional, a la luz de la Constitución de 1999.
- Identificar las condiciones del uso del precedente constitucional, mecanismos para su apartamiento y sustitución
- Describir la estructura interna de la sentencia y la justificación constitucional que debe utilizarse en la inclusión del precedente como forma de creación del derecho.
- Mostrar la eficacia del precedente constitucional, a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica e igualdad procesal
- Conocer las discusiones producidas alrededor de los conceptos de disposición y norma; así como la importancia de distinguir el texto y la norma como objeto del control de la constitucionalidad
- Esclarecer cuales son los efectos de las sentencias de la Sala Constitucional, que establecen precedente vinculante.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

Antecedentes de la Investigación

El marco teórico de la investigación, o marco referencial, se puede definir como el resumen o esquema de una serie de elementos conceptuales que sirven de base a la indagación por realizar.

Los antecedentes que se presentan a continuación se encuentran vinculados a los aspectos de la investigación que se llevarán a cabo en este estudio, referido al desarrollo del precedente en el derecho comparado, su origen y funcionamiento tanto en el Common Law como en el civil Law, analizando los principales aspectos relacionados con la necesidad de incluir y aplicar efectivamente el precedente constitucional en Venezuela.

De acuerdo con María Victoria Parra (2004) en su obra "*El precedente Judicial en el Derecho Comparado*" parte por reconocer, que el arbitrio judicial no es ajeno a la función judicial, y evidencia la necesidad de elaborar estrategias que permitan la corrección y racionalidad de la decisión judicial, técnicas dentro de las cuales se destaca el acogimiento de un modelo de vinculación relativa a los precedentes, a los cuales se reconoce utilidad interpretativa y argumentativa, al momento de aplicar el derecho frente a cada caso en concreto. Así, estudios especializados en la materia², señalan como se han ofrecido modelos explicativos en torno a la importancia del uso

² Al respecto, LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces, obligatoriedad del precedente constitucional*, Legis, 2000; y MAGALONI, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Mac Graw Hill, Madrid, 2001

del precedente, los cuales abarcan un aspecto pragmático y racional, a saber:

1. La filosofía del derecho, que niega como fundamento de los precedentes la tradición, ha elaborado distintos modelos explicativos de la relevancia de los precedentes, que pretenden racionalizar su uso y se pueden ordenar bajo dos tipos de argumentos a saber:
 - a. El denominado argumento pragmático: que justifica el uso de los precedentes en consideración a los beneficios que de ello se obtienen, en torno a una uniforme aplicación de las leyes, en economía procesal, en pro de la predicción de las decisiones judiciales, de seguridad jurídica, y en punto al prestigio de los jueces y tribunales. Importa destacar en este punto la utilidad que se atribuye a la doctrina de precedentes en materia de economía procesal, teniendo en cuenta que desde el ámbito internacional se ha venido considerando que la tarea del funcionario judicial se ve favorecida en aquellos eventos en que el mismo encuentra consolidada una interpretación del derecho aplicable en cada caso, en tanto su labor se contrae a entender el derecho en la forma como le ha sido presentado y sólo se impone una reflexión mayor en aquellos eventos en que se considera desueto el uso, si así podemos llamarlo, que se ha dado de un mandato determinado, circunstancia que ostenta incidencia no sólo en la resolución ágil de los asuntos sometidos al conocimiento del poder judicial, sino que garantiza la vigencia de principios ya enunciados como el principio de confianza legítima, la seguridad jurídica.
 - b. Argumento de justicia formal: justifica el uso de los precedentes en la vigencia del principio de igualdad, entendido como la prerrogativa a recibir trato igual por parte de las instancias judiciales; en tanto se entiende que casos iguales o similares deben recibir igual tratamiento.

Siguiendo a Perelman, (1988) se pueden esbozar tres argumentos que sirven como fundamento racional a los precedentes, a saber:

- a. Argumento de justicia formal: justifica el uso de los precedentes en la vigencia del principio de igualdad, entendido como la prerrogativa a recibir trato igual por parte de las instancias judiciales; en tanto se entiende que casos iguales o similares deben recibir igual tratamiento. El argumento ab exemplo. Conforme al cual a un enunciado normativo se le atribuye el significado que le ha sido ya atribuido por alguien, por ese solo hecho. De cara a este planteamiento, el juez, al aplicar una norma debe atribuirle un significado, a través de la interpretación. De manera que un juez acude para determinar el significado de una norma a decisiones precedentes en las cuales se ha fijado el alcance de la misma; evento en el cual estamos frente a un uso interpretativo. El argumento ab exemplo, logra dos objetivos: explicar la función de los precedentes en el razonamiento judicial desde el punto de vista del razonamiento jurídico (de la argumentación) y no de su reconocimiento como fuente del derecho; y proponer un modelo válido para cualquier sistema jurídico.
- b. Argumento de autoridad. Lo ubica Perelman en los argumentos basados en la estructura de lo real. Conforme a este argumento se utilizan por el funcionario judicial, actos o juicios de una persona o grupo de personas como medio de prueba a favor de una tesis. Así de acuerdo con el argumento de autoridad se justifica en uso de los precedentes por el simple hecho de su fuente material, en tanto las decisiones quedan así impregnadas de la autoridad del juez o tribunal que las elaboró, es decir es la autoridad de quien elaboró una decisión la que fundamenta su uso posterior. La autoridad

cumple en el razonamiento jurídico una función argumentativa, en tanto proporciona una razón para justificar una decisión. En cuanto a la función que se asigna al argumento de autoridad, según la autora, se contrae a determinar cuáles son los precedentes que se deben seguir.

- c. Regla de la justicia. Se trata de un argumento que fundamenta el uso de los precedentes en la exigencia atinente a que seres y situaciones que integran una misma categoría o grupo sean tratados de manera idéntica; regla que debe estar vinculada al principio de inercia, de cara al cual, es posible introducir cambios en el tratamiento de personas o casos similares, cuando éstos estén justificados. Esta regla involucra a su vez las reglas de universalidad, consistencia y coherencia.

Sobre el precedente constitucional y precedente judicial, en el derecho venezolano, ha sostenido la Sala Constitucional:

“...La denuncia planteada lleva a esta Sala a distinguir como refiere la doctrina (Cfr. Aulis Aarnio “Derecho, Racionalidad y Comunicación Social”, México, Fontamara, 2000) que la fuerza obligatoria de un precedente judicial puede ser de dos tipos: jurídica (de iure) o de hecho (de facto). La primera, de iure, corresponde a las decisiones que dicta esta Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 eiusdem); en relación con la segunda, se debe decir que la fuerza obligatoria fáctica de los precedentes judiciales la tienen asignadas las decisiones de las demás Salas de este Supremo Tribunal. La distinción en uno u otro caso del precedente judicial, tiene efectos de predecibilidad desde una aproximación sistemática interna y una aproximación sistemática externa respecto al Derecho. Así el punto de vista interno es el que tiene el juez que aplica el derecho como órgano que es del sistema judicial, y en esta función no puede sustraerse a la fuerza obligatoria vinculante del precedente emanado de la Sala Constitucional. Desde el punto de vista externo, los precedentes judiciales forman parte de las fuentes del Derecho en los que se basa la Dogmática Jurídica para estudiar los articulados del derecho válido; y en este sentido, la fuerza obligatoria del precedente de facto solo es directiva; significa ello, que en caso de ser inobservado el precedente es altamente probable que sea revocado en

una instancia judicial superior. Tal es el efecto que prevé el artículo 178 de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo al otorgarle a la Sala de Casación Social el control de la legalidad de los fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo que aun cuando no fueran recurribles en Casación, violentan o amenazan violentar las normas de orden público o **cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación.**

Esta conceptualización del precedente judicial cobra plena vigencia en el derecho patrio a partir de la Constitución de 1999, y su integración al sistema jurídico procesal es función que compete a la jurisdicción constitucional. De allí la pertinencia de su esclarecimiento para el funcionamiento armonioso del sistema judicial.

La fuerza obligatoria del precedente de la Sala Constitucional radica en la atribución que tiene conferida la Sala como máximo intérprete de las normas y principios constitucionales, pero esta interpretación con fuerza obligatoria vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República, se extiende al contenido y alcance de las normas de contenido legal para ajustarlas al texto constitucional, máxime cuando todavía prevalece en nuestro ordenamiento jurídico la legislación preconstitucional.

De modo que a la luz del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si bien el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo intérprete del ordenamiento, la interpretación que las demás Salas realizan de la legalidad ordinaria debe ser acorde con los preceptos constitucionales, y si dicha interpretación es o no constitucional compete decidirlo a la Sala Constitucional.

En este sentido, encuentra la Sala que el juez incurre en conducta indebida en el ejercicio de su función si se negara aceptar el precedente de la Sala Constitucional en el momento de decidir acerca de un caso similar; supuesto en el cual, la inobservancia del precedente debe ser sancionada jurídicamente. Así se declara.

Así también la norma del precedente vinculante debe ser interpretada según el significado y alcance en el que ha sido dictada por la Sala Constitucional en todas las instancias jurisdiccionales, correspondiéndose con ello un control vertical del precedente obligatorio. De modo que, sólo en el caso de decisiones definitivamente firmes, contra las cuales se hubiesen agotado, ciertamente, todos los recursos ordinarios y extraordinarios que establece el ordenamiento jurídico positivo, podría justificarse el control de la Sala Constitucional sobre la aplicabilidad de los precedentes vinculantes -vía potestad de revisión-, pues como ya ha expresado esta Sala en innumerables fallos, la revisión no constituye para las partes ni un recurso ni una nueva instancia, mucho menos está destinada a la supresión de los mecanismos de impugnación previstos en la normativa jurídica; de allí que la Sala considere que para

el ejercicio de su potestad revisora, sea necesario el agotamiento previo de los mecanismos preexistentes de impugnación. De no ser así, se le estaría asignando a esta Sala Constitucional una función de contraloría judicial de naturaleza meramente administrativa que la desviaría de sus naturales funciones, ocasionándose a la vez una subversión de los medios recursivos ordinarios³...”

La Sala Constitucional ha hecho referencia al tema de las fuentes del Derecho en el ámbito jurisdiccional en los siguientes términos:

“En sentencia n° 956/2001 del 1° de junio, caso: Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero, que aquí se reitera, esta Sala señaló:

‘La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho’.

Con la anterior afirmación, la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases sobre la confianza que tienen los particulares en que los órganos jurisdiccionales actúen de la misma manera como lo ha venido haciendo, frente a circunstancias similares.

Así, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico, con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala, la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho. Sin embargo, la motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso sub iudice, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, deben procurar acoger para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Por ello, la doctrina de casación, sin ser fuente formal del Derecho, en virtud de que sienta principios susceptibles de generalización, cuya desaplicación puede acarrear que la decisión proferida en contrario sea casada, se constituye en factor fundamental para resolver la litis y, en los casos en que dicha doctrina establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdaderas normas generales.

³ Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/1687-180603-03-0183%20.htm> [Consultada en fecha 05 de diciembre de 2009]

CAPÍTULO III

MARCO CONTEXTUAL

En principio, la interpretación del artículo 335 de la Constitución, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas, principios y valores constitucionales, por tal razón el precedente constitucional adquiere especial relevancia al momento de definir la coherencia interna del sistema de justicia, la defensa de la seguridad jurídica y la protección del derecho a la igualdad.

El Precedente constitucional adquiere más importancia luego de que en la Constitución de 1999, cuando abre la posibilidad al juez constitucional⁴ de realizar una función creadora en el derecho que se realiza mediante la interpretación, construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de integración del ordenamiento jurídico. Ello supone darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle a la Constitución y al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez constitucional no puede reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la Constitución y ley a casos concretos, pues se estaría desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro de la Constitución ni del ordenamiento positivo.

⁴ Designo juez constitucional, en principio para referirme a los Magistrados de la Sala Constitucional.

CAPÍTULO IV

MARCO METODOLÓGICO

En este capítulo se expone el tipo de investigación, y el procedimiento de análisis de la información.

La metodología es un instrumento primordial en todo trabajo de investigación, ya que a través de ella se ordenan los datos, y procedimientos a utilizar. Toda investigación implica una serie de etapas, pasos y métodos en serie ordenados, formales y lógicos que se deben cumplir para el logro de los objetivos propuestos.

La metodología contempla la forma de enfocar los problemas de investigación, porque es la teoría de sus procedimientos generales. (Quintero, 2004) define a la metodología como la forma de resumir y organizar los adelantos logrados por la investigación, que describe su característica haciendo mención a las teorías de los métodos y a las técnicas empleadas en este proceso. En este capítulo se hace referencia a la manera como se realizó este trabajo, como dirían Taylor y Bogan (1990), “al modo como se enfocaron los problemas y se buscaron las respuestas, de acuerdo a estos planteamientos”. Este capítulo se organizó de la manera siguiente: tipo y diseño de la investigación y nivel de la investigación.

DISEÑO Y TIPO DE INVESTIGACIÓN

Considerando la naturaleza del problema que se planteó referido a la efectiva inclusión del precedente constitucional en Venezuela y en función de los objetivos que se propusieron, la investigación puede catalogarse bajo la perspectiva de descriptiva, por cuanto, de acuerdo a lo citado por Hernández, Fernández y Baptista (1998, p. 60) este tipo de investigación tuvo como propósito "... buscar las especificaciones en las propiedades más importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. Por tal motivo se consideró descriptiva, ya que obtiene información acerca del proceso para describir sus implicaciones, conocer el origen, así como de sus inquietudes en cuanto a la comunidad jurídica Venezolana.

En atención a esta modalidad, se propuso en este caso como una correcta y efectiva inclusión del precedente constitucional en Venezuela y el otorgamiento de esta autoridad al precedente es un paso no solo conveniente sino necesario para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en Venezuela.

Partiendo de que tanto el problema, alcance y objetivos de la investigación, se desarrollaron siguiendo un nivel de análisis derivados de concepciones teóricas, se introdujo como base en el estudio el apoyo documental fundamentalmente bibliográfico.

Este tipo de investigación permitió estudiar el problema que se planteó a nivel teórico, para lo cual se acudió a fuentes bibliográficas, referidas en a los precedentes en el sistema del common law, civil law y en la doctrina patria.

Todas estas fuentes de información, permitieron comprender la naturaleza jurídica del precedente en el sistema anglosajón y como ha sido aplicado en los sistemas positivistas continentales, determinando su evolución hasta la inclusión del precedente en la Constitución de 1999, lo que denota el nivel explicativo y descriptivo de la misma.

Se han revisado igualmente, diversos autores, en relación con el sistema de fuentes del derecho y de interpretación constitucional.

CAPÍTULO V DESARROLLO

DESARROLLO DEL PRECEDENTE EN EL DERECHO COMPARADO, SU ORIGEN Y FUNCIONAMIENTO TANTO EN EL *COMMON LAW* COMO EN EL *CIVIL LAW*.

1.- Uso del precedente en el sistema del common law. 2. Common law y Ley; los jueces y el Parlamento 3. La doctrina formal inglesa del precedente 4. Uso del precedente en el sistema del civil law (porqué la ausencia histórica del precedente en el sistema de tradición jurídica del Civil Law)

1. Uso del precedente en el sistema del *common law*

Antes de empezar con el análisis referido al uso del precedente en el sistema del common law cuya máxima expresión la encontramos en Inglaterra, veremos cómo observan esta institución jurídica algunos de sus representantes quienes son integrantes de la Cámara de los Lores;

“Aunque la adhesión al precedente ha sido ridiculizada por algunos, por lo menos desde el tiempo de Bentham, como una fórmula para la perpetuación del error, este ha constituido una piedra angular de nuestro sistema jurídico (Lord Bingham de Cornhill, 2006)”

En este mismo contexto

“En verdad, los jueces hacen y cambian el Derecho. La totalidad del common law es creación del juez y solo mediante la modificación judicial

en el Derecho, el common law conserva su vigencia en un mundo cambiante (Lord Browne-Wilkinson, 1999)”

Desde el punto de vista del Derecho comparado específicamente del common law, se puede desprender que el Derecho inglés ocupa un lugar especial cuando se habla del rol que los jueces desempeñan en el desarrollo o la creación jurídica. Según Simón Whittaker (2006) Desde la edad media hasta nuestros días el Derecho inglés ha situado a los jueces a la vanguardia de sus razonamientos jurídicos. Porque más que la legislación es el *common law* el punto de partida del Derecho inglés ¿Y quiénes, sino los jueces tienen la potestad de declarar con autoridad el contenido del mismo? Más aún, en algunas ocasiones los jueces ingleses han desempeñado un papel muy importante en la evolución constitucional de Inglaterra: bien, afirmando la sujeción de los actos independientes de la corona (prerrogativa real) al *common law* (como han declarado los tribunales) desde comienzo del siglo XII, o bien por el desarrollo de la revisión judicial de los actos administrativos a partir de 1960. Igualmente, la trascendencia y autoridad otorgada a los asuntos resueltos por los juzgados “precedentes” por los juristas ingleses fueron reforzadas durante el siglo XIX mediante un conjunto de normas en cuya virtud una sentencia anterior (o, al menos su *ratio decidendi*) fue declarada formal y jurídicamente vinculante para un tribunal posterior.

Este conjunto de reglas devino conocido como la doctrina del precedente u ocasionalmente *stare decisis*. Para los juristas positivistas, este aspecto del tratamiento inglés del proceso de elaboración de decisiones judiciales previas resulta muy peculiar y, a veces al menos, muy desconcertante⁵. Esto, porque la doctrina del precedente contiene una paradoja central, ya que si bien reconoce la legitimidad del Derecho de

⁵ Ver, por ejemplo el trabajo del Profesor T. M. ADRIÁN HERNÁNDEZ, en la revista de Derecho Constitucional N° 8, “Aproximación Crítica a los sistemas de Precedentes Judiciales Vinculantes (Análisis del riesgo totalitario de secuestro de la libertad a través de la legalidad formal imperativa)”

creación judicial (lo que un juez hace puede obligar a otros jueces posteriores), al mismo tiempo la constriñe a márgenes bastante estrictos.

2. Common law y Ley; Jueces y Parlamento.

Mirando desde la perspectiva de nuestros sistemas jurídicos positivistas, o de la tradición jurídica del *civil law*, el aspecto más notable del Derecho inglés todavía en pleno siglo XXI, es la ausencia de Derecho codificado y, en especial, de Código Civil. Para los positivistas que niegan la posibilidad de creación judicial de Derecho⁶ a través del “precedente⁷” y su inclusión como fuente directa en el ordenamiento jurídico⁸, es indiscutible que el punto de partida para el análisis de un problema jurídico siempre estará constituido por las normas del Código Civil o de Derecho legislado, aún si son interpretadas ampliamente por la doctrina o aplicadas creativamente por los tribunales. Incluso, si una cuestión específica no está regulada directamente por el Código Civil, (o por otra legislación, ya sea codificada o especial), el Código establece la forma en que el asunto debe ser resuelto⁹,

⁶ Véase, RAMÓN ESCOBAR LEON: El precedente y la Interpretación Constitucional. El autor comienza señalando “...Otra consideración es la que tiene que ver con la fuente creadora de ley y como es sabido, la Constitución señala que **quien legisla es la Asamblea Nacional y no la Sala Constitucional...** y termina afirmando “*lo señalado no niega la posibilidad de producir sentencias normativas. Todo lo contrario, se consideran convenientes y necesarias...como por ejemplo donde sea necesario evitar que una omisión legislativa pueda permitir el atropello a un derecho fundamental*”.

⁷ Véase, HUMBERTO BRICEÑO LEÓN: El valor del precedente en el Derecho Administrativo Venezolano. “...Es indudable, a nuestro juicio, que la Jurisprudencia no es fuente de derecho en Venezuela, y al plantearnos si lo es o no en algún sentido, no pretendemos negar esa incontrovertida afirmación: el juez está, en términos generales, sometido al imperio de la ley y no al del precedente.”

⁸ Véase, JESÚS MARÍA CASAL: Cosa Juzgada y Efecto Vinculante en la Justicia Constitucional; Aquí el autor parte por reconocer que “*Algunos ordenamientos otorgan a las sentencias dictadas en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes una ‘fuerza de ley’ o ‘eficacia general’...*” No obstante, sostiene que a la Sala Constitucional no le corresponde “*la inclusión de la jurisprudencia constitucional entre las fuentes de esta rama del Derecho, las funciones de la Sala Constitucional han de ser jurisdiccionales...*”

⁹ Código Civil. Artículo 4.- A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del

proporcionando (expresa o tácitamente) los principios jurídicos orientadores y un conjunto de instrumentos jurídico-conceptuales. Es más, el Código hace esto de manera que apunta a la coherencia jurídica adjetiva y sustantiva, vale, decir, no solo a la consistencia en el manejo de materias similares, sino también a la relación entre temas parecidos y la distinción de otros.

Esto significa que, aunque un jurista positivista pueda no tomar muy en serio su Código Civil, este aún domina el pensamiento jurídico, formando dentro de su esfera la fuente primaria del Derecho, ello deriva de nuestra formación académica en las escuelas de Derecho, que no se han adaptado a los cambios e influencias de nuestro sistema jurídico. El trabajo de los estudiosos y de los tribunales puede explicar, reinterpretar, de hecho reinventar las normas de una Ley, pero estas otras fuentes jurídicas son en realidad secundarias o complementarias de la propia legislación.

Por el contrario, el punto de partida del Derecho inglés continúa siendo hasta nuestros días el *common law*. Aquí nuevamente hallamos una paradoja. En efecto, los jueces ingleses desde la antigüedad aceptan que, cuando tiene aplicación una ley del Parlamento posee la virtud de modificar o incluso sustituir el *common law*, lo que en términos constitucionales es visto como resultado del principio de soberanía parlamentaria. Sin embargo, si el Derecho legislado emanado del Parlamento es la fuente jurídica (nacional) suprema, el *common law* los precede pues conforma el cuerpo normativo que regula un conjunto de hechos en defecto de cualquier otro.

La legislación parlamentaria todavía es considerada excepcional o, como finamente se indica en la doctrina inglesa, “las leyes constituyen

legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.

irrupciones aisladas en el grueso del common law”.¹⁰ Desde luego, esto no implica negar la enorme importancia de las leyes modernas ni que estas ocasionalmente dominan un área sustantiva del Derecho en particular en Inglaterra (como, por ejemplo, en el Derecho inmobiliario). Pero, incluso, cuando el Parlamento ha participado, sus intervenciones a menudo han afectado un campo ya regulado por el common law, y si bien la ley a veces deroga el common law¹¹, con bastante frecuencia simplemente lo complementa o rectifica uno de sus atributos.

Cuando la presencia del common law (elaborado por los tribunales desde la Edad Media) legitima el rol de los jueces en el desarrollo jurídico, ella también pone de relieve la delicada línea que los jueces ingleses deben evitar traspasar para no inmiscuirse en el dominio del Parlamento. En el ambiente moderno, esta es una frontera que a los jueces ingleses entusiasma observar (y ser vistos que la respetan, en palabras del profesor Gerardo Fernández) por diversos motivos: quieren prevenir que se les acuse de usurpar la función de un legislador democráticamente elegido; quieren evitar pronunciar sentencias que requieran la evaluación de elementos respecto de los cuales son inexpertos o están relativamente desinformados (en especial consideraciones de política social o económica); y quieren eludir tomar decisiones que, aunque puedan parecer generales en los términos en que son expresadas, arriesgan sembrar incertidumbre debido a su fragilidad en manos de tribunales posteriores.

¹⁰ Ver., Simon Whittaker, “Precedent in English Law: A View from the Citadel” (2006) 5 *European Review of Private Law*. pp. 705-746, (traducción hecha por el profesor Cirstian Banfi del Río)

¹¹ Ley sobre Responsabilidad de los Ocupantes de 1957, art. 1 “Las normas establecidas en los dos artículos siguientes tendrán efecto, en lugar de las normas del common law...” (traducción hecha por el profesor Cirstian Banfi del Río)

El punto central del sistema inglés es si las decisiones obligan, ello sucede solo en la medida cuando un tribunal en el futuro así lo declare. Por tanto, según Simón Whittaker (2006) el grado de autocontrol que podemos percibir que los jueces ingleses ejercen en el desarrollo de Derecho, puede ser explicado por su sentido de lo que es apropiado constitucionalmente, la factibilidad de construir normas adecuadas de suficiente aliento y fortaleza en el área del Derecho, la necesidad de certeza jurídica y la necesidad de impartir “justicia” en el caso concreto. Así, si bien a veces encontramos jueces ingleses que aceptan formas de razonamiento radicalmente nuevas, en verdad, nuevos principios jurídicos, a menudo también descubrimos que rehúsan admitirlas en el sentido de que esta materia debiera ser resuelta por el Parlamento.

3. La doctrina formal inglesa del precedente

Lo primero que hay que tener en cuenta es que parte de la sentencia es capaz de obligar. La distinción central aquí versa según la doctrina inglesa, entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*: la *ratio decidendi* tiene la aptitud de vincular el proceso de decisión de un tribunal posterior (dependiendo de las posiciones relativas de los tribunales en la jerarquía), mientras que el *obiter dicta* no obliga aunque tiene cierta “autoridad persuasiva”. La *ratio decidendi* de un fallo o sus fundamentos puede ser definida como la proposición o proposiciones de Derecho necesarias para disponer del caso conforme a los hechos. En este punto Simón Whittaker utiliza la frase relativamente neutra de “proposición de Derecho” con el objeto de reconocer que a veces la *ratio* puede ser expresada como una “regla”, en otras ocasiones como una “definición de un concepto jurídico” y en otras oportunidades incluso como un enunciado jurídico mucho más extenso, digno de ser llamado “principio”.

La fuerza obligatoria del precedente reconoce la particularidad inherente de todo desarrollo jurídico efectuado en el curso del litigio, en el cual los jueces tienen en mente las circunstancias y, puede decirse, el resultado deseado del pleito de que conocen. Lo que lleva a preguntarse ¿Quién, sin embargo, determina la *ratio* de un caso? En ciertas ocasiones uno o más jueces en la misma causa tratarán de aclarar los que consideran como las proposiciones jurídicas críticas para la resolución, quizá incluso explicando la extensión de estas y comentando explícitamente su relación con el Derecho en general. No obstante, en definitiva, corresponde a los jueces que conocen de procesos posteriores fallar basándose en las *rationes decidendi* de sentencias anteriores, identificando una o más proposiciones de Derecho que fueron necesarias para sí decisión de los hechos según estos fueron establecidos por el tribunal anterior.

En efecto, sobre todo cuando un tribunal posterior es de inferior jerarquía que el que resolvió el caso precedente, aquel debe determinar las proposiciones que configuraron su *ratio* para así seguirla. Existen dos maneras en que un tribunal posterior puede evitar la aparente aplicabilidad de una proposición jurídica tal como fue enunciada en un pleito anterior. Puede sostener que la proposición jurídica contenida en el caso precedente, parece corresponder a los hechos de que conoce, no formó parte de la *ratio* del fallo anterior y, por tanto, no obliga; o puede declarar que la proposición jurídica en el caso precedente en realidad integró la *ratio* de la sentencia anterior, pero que los hechos del caso actual son distinguibles de los hechos del caso anterior, esto es, distintos en una forma jurídicamente relevante.

En consecuencia, sostiene Simón Whittaker, “las proposiciones jurídicas contenidas en las sentencias inglesas se supeditan a los hechos de un doble sentido: su fuerza vinculante depende de su relación con los hechos de fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio

en que posteriormente se alega su aplicación. Dado que en último término son únicamente los tribunales posteriores quienes identifican las proposiciones jurídicas que aprueban este doble examen, puede notarse que la fuerza obligatoria de los precedentes es un tanto frágil como también circunstancial”.

Otro elemento de especial importancia en la doctrina del precedente en el Derecho inglés es el rol de la jerarquía judicial. Primero, un tribunal está obligado a seguir todo caso (esto es, la ratio) resuelto por un tribunal anterior de superior jerarquía y los tribunales de apelación, están vinculados por sus propios fallos previos. Esto significa que las sentencias pronunciadas por la Cámara de los Lores (hoy Corte Suprema) son vinculantes para los tribunales superiores de primera instancia y la Corte de apelaciones; y que, la Corte de apelaciones está obligada por sus propias resoluciones. Afirma Simón Whittaker que hasta 1966, la Cámara de los Lores se consideraba a sí misma obligada por sus propias sentencias, pero en ese año determinó, mediante una famosa Declaración de Práctica, no encontrarse obligada por sus fallos, aunque de hecho ha sido muy renuente a invalidarlos¹². El sentido en que una ratio es obligatoria es que los jueces ingleses consideran que estas normas de precedente (tanto en términos de definir la ratio decidendi de un caso anterior como de la jerarquía de los tribunales) deben ser acatadas y poseen una “visión interna” de estas.

A pesar de que no existe una sanción formal para un juez que omite aplicar un precedente en el sentido aludido (aunque un ofensor reiterado podría ser depuesto de su cargo), no es un hecho menor que él quedaría

¹² Declaración de Práctica (precedente judicial) (1966) 1 WLR 1234. Lord Bingham de Cornhill ha declarado recientemente que “la infrecuencia con que la Cámara (de los Lores) ha ejercido su libertad para desviarse de sus propias sentencias pone de relieve la importancia que ella atribuye al principio (del precedente)” (traducción hecha por el profesor Cirstian Banfi del Río)

expuesto a la crítica de sus colegas magistrados y de la comunidad jurídica en general.

Sin embargo, ninguna explicación formal de la doctrina del precedente puede ser cabal, si no menciona la trascendencia de aquellos elementos que no integra su ratio decidendi como la obiter dicta. En efecto, nos enseña Simón Whittaker, si bien las declaraciones de Derecho emitidas por los tribunales superiores y que no forman parte de la ratio de un fallo, carecen de obligatoriedad, retienen eso sí una autoridad persuasiva y que, ocasionalmente, es muy considerable. Su autoridad depende en parte del rango del tribunal que dicta la sentencia, en parte del respecto personal brindado al juez individual (especialmente si está opinando en una materia jurídica en la que se ha destacado), pero por sobre todo del grado en que el significado sustancial de las proposiciones contenidas en el dicta persuaden al juez posterior. Pues, cuando un tribunal considera que una proposición jurídica no compone la ratio, la auténtica eficacia de su autoridad proviene tanto de su contenido sustantivo como de su origen.

4. Uso del precedente en el sistema del civil law (porque la ausencia histórica del precedente en el sistema de tradición jurídica del Civil Law)

Antes de empezar con este análisis me parece imprescindible citar como Kelsen (1934) entendió el problema de la aplicación y creación del derecho:

“El análisis de la estructura del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su aplicación no tiene carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es

decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes. Solo los actos de coacción que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límite, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto de aplicación de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.”

Según Kelsen, todos los actos jurídicos con excepción de los actos de coacción y la norma fundamental la cual no define que es, aún cuando puede entenderse como el poder constituyente, tienen una dualidad de funciones la primera aplicar una norma superior y la segunda crear otra inferior, ahora bien, para Kelsen el único órgano capaz de crear normas generales es el legislativo y la jurisdicción solo puede crear normas individuales en aplicación de las generales, y esto se debe a que las normas generales son superiores a las individuales porque ellas aplican la Constitución. Esto hace nacer la pregunta; ¿Qué tipo de norma crea un órgano jurisdiccional especializado que este facultado para aplicar la Constitución? O dicho más claro aún ¿Puede un Tribunal Constitucional crear normas generales? Desde un enfoque Kelseniano ampliado considero que la respuesta es afirmativa. Toda vez que, tanto el poder legislativo como la Sala Constitucional tienen funciones afín a saber, la aplicación e interpretación autentica de la Constitución, pero con objetos distintos, el poder legislativo debe cumplir con los mandatos y postulados constitucionales, mediante la creación de leyes, la Sala Constitucional debe garantizar la vigencia, supremacía y efectividad de la Constitución, a través de sentencias con efectos generales.

Para entrar en profundidad con relación al tema, ya que lo considero necesario a la hora de justificar la inclusión “Precedente Constitucional” dentro del sistema de fuentes del Derecho en Venezuela, debo distinguir

cuales son las posiciones de la Doctrina en el Civil Law con relación al tema de la creación judicial del derecho:

- a) La teoría que afirma que el derecho, entendido como el conjunto de normas generales, es solo “el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador¹³” y que los jueces se circunscriben a aplicar el derecho a casos particulares.
- b) La Teoría que concibe al Derecho como un conjunto de normas, generales e individuales, y sostiene que los jueces sólo crean derecho porque crean normas individuales.
- c) La Teoría que sostiene que los jueces crean derecho porque crean normas generales en situaciones muy especiales. Llamaré a esta teoría “Teoría nueva”

Para empezar hay que advertir que no existe consenso entre estas teorías acerca de dos puntos importantes: 1) que se entiende por Derecho y 2) que significa crear Derecho. Es indiscutible que la función de los jueces es dictar sentencias, pero tanto la teoría a) como la c) no consideran que esto justifique la creación judicial del Derecho. Hay un punto de encuentro entre ambas teorías: ambas consideran que el derecho es el conjunto de normas generales. Pero se distancian en la cuestión de si los jueces crean normas generales: por un lado la teoría a) lo niega, y por el otro la teoría c) lo afirma. La teoría de b) discrepa de las teorías anteriores en cuanto a lo que ha de entenderse por “Derecho”.

En primer lugar la teoría a), la cual sirve de fundamento de la tradición jurídica del Civil Law, para resistirse a la inclusión del Precedente Constitucional en el sistema de fuentes del Derecho, es caracterizada por una rotunda distinción entre la creación del derecho por parte del legislador y

¹³ **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 202:** La ley es el acto de la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos.

la aplicación del derecho por los tribunales. Esta teoría tiene su origen en la Ilustración (con las teorías de la soberanía popular y de la división de poderes), la Revolución Francesa y la codificación napoleónica que es una consecuencia casi necesaria de la doctrina de división de poderes. Esta teoría imperó de manera absoluta hasta la Constitución de 1961.

Para esta teoría la separación entre el poder legislativo como poder político, es ejercido por la Asamblea Nacional, compuesta por los representantes del pueblo y encargado de la creación del Derecho, y el poder judicial, un poder meramente técnico, ejercido por jueces profesionales cuya tarea se agota en la aplicación de las leyes dictadas por el poder legislativo, que es uno de los puntos centrales de las propuestas de los teóricos de la Ilustración para la organización política jurídica del Estado. Por derecho se entiende aquí el conjunto de las normas generales dictadas por el legislativo y ejecutivo, en primer lugar las leyes. La tarea de los jueces está limitada a la aplicación de las normas generales a casos concretos.

Este planteamiento según Bulygin (1991) no sólo supone una división rotunda entre la creación y aplicación del derecho, sino que además exige, que el derecho suministre a los jueces la posibilidad de resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales. Esto significa entonces, que el derecho tiene necesariamente que ser completo y coherente, es decir tiene que haber una solución para todo problema que sea sometido al Juez y que no haya dos o más soluciones incompatibles para el mismo caso. En tal sentido la falta de una norma que resuelva el caso (laguna del derecho) o la existencia de dos o más normas incompatibles aplicables al mismo caso (conflictos de normas) impedirían al juez resolver el caso, esto es, aplicar el derecho, sin solucionar antes esos problemas.

En este sentido la codificación napoleónica, fue el primer intento serio de lograr una legislación completa y coherente para una determinada materia, como las relaciones civiles (Código Civil), comercial (Código de Comercio), los delitos (Código Penal), etc. El que las normas generales solucionen todos los casos y lo hagan de forma coherente parece ser una condición necesaria para poder exigir del juez que se limite a la mera aplicación de esas normas, sin introducir modificaciones o cambios en las normas generales.

En tal sentido es característico para esta actitud, el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil Venezolano que dispone: *“El Juez que se abstuviera de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, y asimismo, el que retardare ilegalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia”*. Está bien que no deban alegar pretextos, pero ¿Qué pasa si no se trata de pretextos si la ley guarda silencio, o es oscura o insuficiente? ¿O es que se supone que tal situación no puede darse? El artículo 4 del Código Civil indica el camino que debe adoptar el juez para evitar esta situación desagradable: *“Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho”*.

Esta disposición admite dos interpretaciones. O el legislador considera que aunque las leyes (es decir, las normas generales) pueden no ser completas, el conjunto resultante de agregar a las normas generales los principios de las leyes análogas y los principios generales del derecho es siempre completo y coherente. Sostiene Bulygin (1991) que esta tesis es muy parecida a la posición de Dworkin para quien si bien el derecho establecido (settled Law) entendido como el conjunto de las leyes y

precedentes judiciales en el derecho de Estados Unidos, puede resultar incompleto e incoherente, una vez interpretado a la luz de los principios y de la mejor teoría política subyacente, suministra siempre una respuesta correcta. O bien el artículo 4 ejusdem puede interpretarse en el sentido de que autoriza al juez a modificar el derecho existente, agregándole una nueva norma, al estilo del artículo 1 del Código Civil Suizo el cual textualmente establece: “...a falta de disposición legal expresa, el juez resolverá según el derecho consuetudinario y, a falta de costumbre, según las normas que él establecería si tuviera que actuar como legislador¹⁴.” En esta interpretación, el artículo 4 del Código Civil, autorizaría al juez a crear nuevas normas jurídicas, lo que está en flagrante contradicción con la doctrina de la división de poderes en la teoría a) y por tal motivo resultaría impensable bajo la afirmación de muchos doctrinarios “quien legisla es el poder legislativo”¹⁵, es por ello que existe una resistencia histórica del precedente en el sistema de tradición jurídica positivista.

La teoría a) fue criticada por Kelsen, quien sostiene que los actos jurídicos son a la vez actos de aplicación y creación del derecho. En particular, el legislador aplica la constitución y crea normas generales y el juez aplica la ley y crea sentencias, es decir, normas individuales. Por lo tanto, la diferencia entre la función del legislador y la del juez es, según Kelsen, sólo cuantitativa: el juez suele estar más limitado que el legislador,

¹⁴ Considero que las normas contenidas en el artículo 1 del Código Suizo y el artículo 4 del Código Civil Venezolano, son semejantes. En el primer caso el legislador faculta al Juez para que resuelva las diferentes polémicas que se le puedan presentar, al libre arbitrio de él, ajustado a derecho siempre que exista vacío de Ley y no haya costumbre para regular la controversia; y el Código Civil Venezolano en el artículo 4 el legislador le da facultad al Juez para resolver los conflictos de conformidad a los principios generales del derecho, la analogía, la costumbre, cuando no exista disposición expresa.

¹⁵ Véase, RAMÓN ESCOBAR LEON: El precedente y la Interpretación Constitucional. El autor sostiene; “Como punto de partida hay que considerar que en relación con las razones jurídicas, en Venezuela rige el principio de supremacía de la Constitución, y no el principio de la supremacía de la voluntad de un hombre o sector partidista... Otra consideración es la que tiene que ver con la fuente creadora de ley y como es sabido, la Constitución señala que **quien legisla es la Asamblea Nacional** y no la Sala Constitucional...”

pero ambos crean derecho dentro del marco establecido por la norma superior (la constitución en el caso del legislador y la ley en el del juez). En este orden de ideas se debe aclarar en este contexto que se entiende por norma general y norma individual. La norma general son las expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas y las normas individualizadas como expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual.

La teoría nueva según Bulygin que justifica la inclusión del poder de creación judicial del Derecho en el sistema jurídico del civil law, sostiene que la separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible. No por la crítica de Kelsen, es decir, no porque los jueces dicten normas individuales, sino porque los jueces crean también normas generales. Esto ocurre no sólo con las sentencias de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales. También se ven obligados a crear normas generales mediante precedentes constitucionales, cuando se enfrentan con casos de lagunas o contradicciones normativas, y para garantizar la supremacía, vigencia y efectividad de la Constitución.

DISCUSIONES PRODUCIDAS ALREDEDOR DE LOS CONCEPTOS DE DISPOSICIÓN Y NORMA; ASÍ COMO LA IMPORTANCIA DE DISTINGUIR EL TEXTO Y LA NORMA COMO OBJETO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1.-Necesidad de este análisis. 2. Disposiciones sin norma 3. Norma sin disposición 4. Varias disposiciones una norma 5. Una norma varias disposiciones. 6.-

Diferencia entre disposición y norma como presupuesto de todas las sentencias interpretativas

1. Necesidad de este Análisis

Indagar sobre la importancia práctica de entender la diferenciación existente de los conceptos de disposición (enunciado del artículo) y norma (mandato), me parece necesario para una efectiva inclusión del precedente constitucional, toda vez, que al menos teóricamente, la jurisdicción constitucional conduce a acentuar esta distinción, ya que una identificación simplista entre ambos o, más bien, la reducción de todo el precepto legal a su enunciado, colocaría a la Sala Constitucional, ante la opción única entre declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicho enunciado¹⁶.

Esta distinción de conceptos resulta esencial en la relación del Poder Legislativo con la Sala Constitucional, por cuanto no se puede ocultar que en la práctica disposición (enunciado del artículo) y norma o normas (mandato) que derivan de ella están estrechamente unidas, ya que el sentido o función de las disposiciones o enunciados es expresar normas, del mismo modo no podemos desconocer de la existencia de normas carentes de disposición como en el caso de los precedentes constitucionales.

El problema a la hora de interpretar, es, cuál de ellos (disposición o norma) o bien los dos sea realmente el objeto del control de constitucionalidad. Por ello, me parece imprescindible tratar este problema, porque del resultado de este análisis dependerán algunas conclusiones sobre la posición en Venezuela de la Sala Constitucional ante el legislador, y

¹⁶ En este sentido F. Rubio Llorente, "La Jurisdicción constitucional como forma...", op. Cit., pp. 465 y 483.

ante los órganos judiciales encargados de la interpretación y aplicación de las Leyes.

2. Disposiciones sin Norma

Frente algunas posturas que respaldan el uso del término disposición para definir tanto el documento como los enunciados en él comprendidos, es necesario dejar claro que entre el documento y la disposición existen diferencias y consecuencias distintas. En tal sentido es preciso por lo pronto señalar que la disposición forma parte del documento, o dicho de otra forma, el documento está compuesto por una serie sistemática de disposiciones encuadradas en artículos, ordinales y numerales.

Ahora bien, siendo común de la técnica legislativa tanto nacional como extranjera que en un mismo artículo puedan surgir varias disposiciones, es conveniente estudiar si la función identificar las disposiciones da lugar o no a una norma. Al respecto surgen dos posiciones, Balaguer Callejón (1988) señala que “cuándo estamos ante una expresión lingüística completa y cuando no, hasta donde llega una disposición y cuando empieza otra dentro de un articulado o un apartado legal” por otra parte afirma que no puede decirse que “cualquier significado que se atribuya a un texto normativo sea ya una norma y no una disposición” no obstante Ezquiaga Ganuzas (1999) en su trabajo sobre “La *producción jurídica...*” recalca que cuando “se lleva a cabo una manipulación de los enunciados del texto se obtiene como resultado una norma y no una disposición” por otra parte favoreciendo la tesis de Ganuzas el profesor Antonio Canova (2005), en su artículo sobre “*La inconstitucionalidad de la ley*” sostiene que “Es evidente que una misma ‘disposición’, un mismo ‘enunciado legal’, puede servir para la elaboración a partir de él de diferentes ‘normas’...”

Esta idea parte del entendido que, no todos los enunciados del texto son idóneos para expresar que sean normas jurídicas y en base a la distinción “disposiciones normativas” de las “disposiciones no normativas”, siendo las primeras aquellas que son susceptibles de dar vida a normas jurídicas y las segundas aquellas que no alteran el derecho, es decir no agregan ni quitan nada, en relación a esta última entonces surge la pregunta ¿para que una disposición que no altera el derecho? Y en el mismo orden de ideas surge la duda acerca de si hay la posibilidad de encontrar en el ordenamiento jurídico vigente ejemplos de esas disposiciones no normativas.

En opinión de Crisafulli (1964)¹⁷ coloca como ejemplos de disposiciones no normativas, las leyes puramente formales en las cuales la forma del acto no corresponde a un contenido normativo, como sucede en el caso de las leyes de aprobación presupuesto, las leyes aprobatorias de tratados internacionales, adicionalmente menciona las disposiciones relativas a la derogación tácita por incompatibilidad, usualmente insertadas en las disposiciones finales de las leyes que regulan de nuevo una materia, también hace referencia a las disposiciones repetitivas, sin fuerza para derogar o sustituir lo ya previsto en una fuente superior

Así las cosas, habría de considerar cual es el concepto de norma jurídica empleado para determinar la existencia de y utilidad de las disposiciones no normativas, en tal sentido se distingue dos conceptos, el primero analizado en sentido restringido y entendido por Abraham Sánchez Sánchez¹⁸ como sólo “la regla de conducta que versa sobre un comportamiento humano cualificándolo como obligatorio, prohibido, permitido o facultativo”, más aún, sí únicamente se encuadran dentro del concepto de

¹⁷ Tesis criticada por Guastinni “*disposición vs norma*” pag. 199 y sg.

¹⁸ Tratando esta discusión en su libro “las sentencias interpretativas...” pag. 149

norma “las reglas de conducta completas que a un determinado comportamiento adscriben una sanción” la consecuencia inequívoca será que no todas las disposiciones expresan normas jurídicas, lo cual justificaría la exclusión de estas disposiciones no normativas del objeto del control de constitucionalidad, bajo el argumento que las mismas no alteran el derecho, es decir no agregan ni quitan nada.

Sí contrariamente a lo que se ha expresado, se utiliza un concepto de norma más amplio como lo utiliza Díaz Revorio, F.Javier (2001)¹⁹ al entender por “disposición” cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, esto es, cualquier enunciado del discurso de las fuentes; “norma” será cualquier enunciado que constituye el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. La disposición sería por tanto el texto, el conjunto de palabras que forman una oración, mientras que la norma sería su significado, estos es, el resultado de su interpretación. Interpretar es, en efecto, atribuir significado a un texto normativo. No puede haber norma sin previa actividad interpretativa; ni puede hablarse ya de disposición (sino de norma) para referirse al resultado de dicha actividad o proceso. Desde el punto de vista de la interpretación, las disposiciones constituyen su objeto, y las normas su resultado.” Entonces es difícil pensar en la existencia de disposiciones despojadas de toda posibilidad de expresar normas jurídicas, ya que justamente, la característica de las disposiciones es su idoneidad para generar significados que sean normas jurídicas, entonces resultaría impropio hablar de disposiciones normativas dado que dichas disposiciones adquieren su contenido normativo cuando se les atribuya significado.

¹⁹ En el libro de DÍAZ REVORIO, F. Javier. “*Las sentencias interpretativa...*”, p. 36, quien utiliza textos de GUASTINI, CRISAFULLI, DE VERGOTTINI y EZQUIAGA GANUZAS.

Guastini adopta un concepto tan amplio de norma que “cualquier enunciado del discurso de las fuentes –sea una orden, una autorización, una declaración de principios, una definición legislativa o cualquier otra-expresa, al menos una norma” lo cual justifica que tanto la disposición como la norma son partes integrantes de un mismo complejo y constituyen el objeto del control de constitucionalidad. De igual parecer y de forma más enfática Ezquiaga Ganuzas, estima “impensable la hipótesis de que algún órgano legislativo formule un enunciado sin ningún significado y figurándose la insólita posibilidad de hallarse ante un enunciado tan defectuosamente redactado que impida reconocer una frase con sentido en una determinada lengua, sostiene que hasta en ese caso extremo y a pesar de la forma defectuosa, el legislador pretende transmitir un mensaje, correspondiéndole al órgano jurisdiccional otorgarle algún significado

3. Normas sin Disposición

Despejada la duda acerca de la improbabilidad de existencia de las disposiciones si normas y el riesgo de justificar su existencia para evadir el control de la constitucionalidad, surge otra hipótesis referida a la presencia en el ordenamiento jurídico de normas carentes de disposición, es decir normas no susceptibles de ser tenidas como el significado de una específica disposición. Ahora bien partiendo del concepto amplio de norma, impediría pensar en esta posibilidad, pues si la norma es el significado de la disposición, faltando esta no habría norma, sin embargo suele hablarse de normas no conectadas a ninguna disposición concreta y como por ejemplo

de ellas puede citarse a la costumbre²⁰ , la analogía, a los principios generales del Derecho y a los precedentes constitucionales²¹.

4. Varias Disposiciones una Norma

Es frecuente que de una norma surjan varias disposiciones que deben concurrir, una tras otra para obtener un significado, afirmando desde este punto de vista que la norma así surgida no tiene disposición, pues en cada uno de los enunciados se expresa un fragmento de la norma y no la norma completa que en realidad es fruto de la combinación de las partes de significado aportadas por varias disposiciones, ninguna de las cuales, por sí sola, es suficiente para darle vida a la norma total. Hay disposiciones que se refieren a otras que determinan su sentido o ámbito de aplicación como sucede con las definiciones legales, que establecen el sentido de un término contenido en otras disposiciones, con las leyes interpretativas que señalan el significado que debe atribuirse a otras leyes, con las disposiciones que confieren un status reenviado a otras que fijan las consecuencias jurídicas derivadas de ese status o con las disposiciones derogatorias que delimitan en el tiempo el campo de aplicación de las disposiciones derogadas.

En ciertas oportunidades las disposiciones contienen términos definidos en otras o, refiriéndose a un determinado instituto, hacen reenvío a las disposiciones que contemplan su régimen jurídico y, en fin, caben en esta clasificación las disposiciones sinónimas que hallándose reproducidas con

²⁰ **Artículo. 9 Código de Comercio;** Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciaran prudencialmente los Jueces de Comercio

²¹ **Artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** "...Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales **son vinculantes** para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República"

idénticos términos en distintos textos legales generan una sola norma, cabe destacar que muchos de estos ejemplos son los utilizados por los que emplean el concepto restringido de norma para sostener la presencia en el ordenamiento jurídico de disposiciones que no expresan normas, cuando lo cierto es que a menudo las normas son obtenidas a partir de un pluralidad de disposiciones y no de un singular disposición

5. Una Disposición varias Normas

Un supuesto contrario al anteriormente reseñado es el de la disposición dotada de un contenido plurinormativo, en el sentido de que a un mismo enunciado se conectan varias normas de él extraídas, cada una de las cuales, pese a tener soporte en idéntico texto, es separable de las restantes, la posibilidad de extraer varias de normas alojadas en una sola disposición es el denominador común de esta hipótesis, bajo la cual tienen cabida dos situaciones diferentes: la primera de ellas se refiere a las disposiciones complejas y la segunda a las disposiciones indeterminadas.

Una disposición es compleja cuando de su contenido surge una multiplicidad de normas que, siendo separables, en lugar de excluirse entre sí confluyen a integrar el contenido del enunciado que, entonces, viene a ser el resultado de la suma de todas las normas expresadas conjuntamente por la disposición. Precisa Zagrebelsky (1982) con relación a este punto “si una disposición interpretada quiere decir x y x es la suma de $y + z$, se puede decir sin dificultad que la disposición expresa dos normas (y y z)²² . Tomando como ejemplo la propia Constitución, vemos como el artículo 49 numeral 6 al señalar que “ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”, analizado desde el ámbito del Derecho Penal expresa, al

²² Gustavo Zagrebelsky, “La Justicia Constitucional” pag.280

mismo tiempo el principio de legalidad y el principio de irretroactividad de la ley penal, principios cuya unión conforman el contenido de la disposición citada.

Una disposición es indeterminada cuando acerca de su significado existen dudas originadas en una formulación a tal grado vaga o ambigua que tolera diversas atribuciones de sentido reveladoras de una variedad, en virtud de la cual al enunciado le corresponde una pluralidad de normas separables que se excluyen entres sí, imponiéndose entonces, la selección de una y el consiguiente rechazo de las demás. El contenido de la disposición en lugar de estar constituido por normas susceptibles de suma lo está por normas que se expresan contradictoriamente y el significado de la disposición puede ser uno u otro según las distintas posibilidades. Guastini representa simbólicamente esta situación del siguiente modo: D-N1? N2? N3?, en donde D es la disposición que sirve de soporte a tres normas distintas y alternativas, de modo que para determinar el significado resulta necesario escoger y excluir las dos sobrantes²³.

6. Diferencia entre Disposición y Norma

Tomando en consideración lo antes expuesto, que existe la posibilidad de dictarse sentencias interpretativas siempre que la disposición sometida al control admita diferentes significados de los cuales algunos contradicen la Constitución, mientras que otros se ajustan a ella. Esta circunstancia lleva al Juez Constitucional a escoger los sentidos conforme a la Carta y a rechazar los restantes, operación que implica aceptar que un mismo enunciado es susceptible de expresar diversas normas y que en el juicio de constitucionalidad es ineludible develar el contenido de la disposición enjuiciada para extraer sus sentidos y examinarlos a la luz de las normas

²³ Ricardo Guastini "disposición Vs norma" pag. 243

previamente atribuidas a las disposiciones constitucionales, a fin de efectuar el correspondiente escogimiento.

El proceso que va desde la identificación de las normas alojadas en la disposición de ley sometida al juicio de constitucionalidad hasta la selección final de las lecturas ajustadas a los sentidos de la Constitución y el consiguiente rechazo de aquella contrarias a ella, pasando por la comparación de las normas legales con las Constitucionales, tiene como trasfondo la distinción entre disposición y norma que, en consecuencia, es un presupuesto de producción de sentencias interpretativas vinculado a la relación de constitucionalidad. La separación de las diferentes normas contenidas en la disposición legal hace viable la eliminación de algunas de ellas sin llegar al punto de suprimir la disposición que, por lo tanto, sobrevive a la amputación en la medida en que es portadora de otras normas acopladas a la Constitución, siendo el propósito de las sentencias interpretativas el mantenimiento del enunciado según sus sentidos ajustados a la Constitución.

SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO Y SU MODIFICACIÓN CON LA INCLUSIÓN DEL PRECEDENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Como vimos en un capítulo anterior existe una resistencia natural por parte de muchos juristas, derivada de la cultura jurídica romano civilista. No cabe duda que la promulgación de la Constitución de 1999, ha significado un cambio radical en muchos aspectos institucionales y organizativos del país, y por ende la problemática de las fuentes del derecho ocupa un lugar de especial importancia si se tiene en cuenta que hoy existe un nuevo concepto de Constitución, en aspectos tales como la consagración del Estado social de derecho y de justicia, la ampliación del principio clásico de separación de

poderes, y la creación de la Sala Constitucional, que obviamente significa un cambio radical.

Partiendo por las afirmaciones de Rafael Ortiz Ortiz (2004), en el entendido que ya no es posible, hoy en día, seguir pensando que el Derecho es sólo un conjunto de normas, cuando a partir de Ronald Dworkin se nos hace sumamente claro que dentro de la noción de lo *jurídico* deben incluirse categorías o *contenidos de instrumentos* como las “reglas”, los “principios” y las “directrices”. Pensar que el Derecho es sólo disposiciones es tan falaz como creer que el Derecho se resume en la “Ley”, como si no existieran otros “instrumentos” (costumbre jurídica, precedentes constitucionales).

Lo anterior lleva a justificar el presente capítulo sobre las fuentes del Derecho y como la inclusión del precedente constitucional en nuestro sistema jurídico implica una modificación de las mismas. Caballero Sierra Anzola (1995) sostiene que se suele atribuir tanto a Savigny, como a la Escuela Histórica, la configuración de la positivista teoría de las fuentes del derecho. Sin embargo, ya antes, Pothier en el año 1748 utilizó la expresión fuentes para referirse a las cuatro maneras como se expresaba el derecho romano. Savigny expuso una teoría conceptual moderna, partiendo de la consideración de las fuentes reales como circunstancias propiciadoras de mandatos jurídicos y como el fundamento o el origen último del derecho. Ya desde entonces comenzó a entenderse el sistema de formulación de reglas jurídicas con su origen primario en el espíritu del pueblo. En todo caso la problemática de las fuentes es una constante en la historia del derecho, por que bien puede decirse que son la expresión de las distintas normativas prevalecientes que un determinado ámbito social político otorga a los diversos órganos del Estado al momento de producir los cánones jurídicos²⁴.

²⁴ CABALLERO SIERRA ANZOLA GIL “Teoría Constitucional” Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia 1995, pag. 13

La historia del derecho viene en últimas a constituir una historia de las fuentes, o mejor, una historia de las luchas entre las diversas fuentes del derecho.

Se puede sostener que el interés por el estudio de las fuentes del derecho se inició a partir del momento en que se introdujo el concepto dualista de la ley, dominante en la dogmática alemana del siglo XIX, y consistente en la diferenciación de la ley en dos conceptos primordiales: la ley en sentido material y la ley en sentido formal. Partiendo de las enseñanzas de nuestro profesor en la Especialización en Derecho Procesal Constitucional Antonio Canova González, las características propias de la ley, como son la abstracción, la impersonalidad y la generalidad, puede sentarse el criterio de que todo lo que tenga el carácter de normatividad dentro del conglomerado social con carácter obligatoriedad constituye legislación, cualquiera sea la rama del poder público que la produzca. Pero luego se suscita el interés de diferenciar ese concepto de ley: la ley en sentido formal, que es la proveniente de la rama legislativa con el cumplimiento de las formas establecidas en el Constitución²⁵, y la ley en sentido material, que es la que expide cualquier rama del Estado, dentro de las atribuciones y competencias respectivas. EL Código Civil Venezolano (art. 1) y la Constitución (art. 202) al definir la ley se sitúa en el concepto formal cuando dice:

Código Civil. Artículo 1.- *La Ley es obligatoria desde su publicación en la GACETA OFICIAL o desde la fecha a posterior que ella misma indique*

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 202: *La ley es el acto de la Asamblea Nacional como cuerpo legislador...*

²⁵ **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 202:** La ley es el acto de la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos

No obstante, el poder público en cualquiera de sus ramas puede expedir verdaderas reglas de derecho con el suficiente poder coercitivo para imponerse de una manera general, abstracta e impersonal²⁶. En tal orden de ideas una ley expedida formalmente por la Asamblea Nacional que no contenga un mandato general, abstracto e impersonal no será ley en el sentido material, pero sí desde el punto de vista formal, como por ejemplo cuando decreta honores a un ciudadano que haya prestado servicios eminentes a la República (Constitución art. 187 Ord. 15). Ahora bien, un decreto ley o reglamento, emanado del ejecutivo nacional, bien puede contener normas abstractas de derecho e impersonales, por lo que materialmente puede considerarse como ley, aun cuando formalmente u orgánicamente no lo sea.

La idea sobre una teoría de las fuentes en la actualidad ha de tener una manifestación diferente, como quiera que hoy en día, el centro de gravedad del sistema jurídico no tiene su base en el Estado liberal. En la medida en que el poder público ha monopolizado la producción normativa, el centro de gravedad del ordenamiento indudablemente se ha desplazado. El problema fundamental no reside en enfrentar el nuevo orden racional respecto del tradicional, sino más bien en compenetrar los diferentes centros de producción normativa que integran un mismo ordenamiento. Hoy en día el derecho internacional, el derecho estatal general, el derecho comunitario y el

²⁶ **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 236. 8°.** Dictar, previa autorización por una ley habilitante, *decretos con fuerza de ley*. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 281. 11°.** *Promover y ejecutar políticas para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos.* **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 293. 3°.** *Dictar directivas vinculantes en materia de financiamiento y publicidad político-electorales y aplicar sanciones cuando no sean acatadas.* **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 335.** El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. *Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.*

llamado derecho regional autonómico que se da en países como España e Italia, constituyen grandes centros de producción normativa que hacen necesaria su debida armonización²⁷.

La influencia de la jurisprudencia es particularmente importante para la interpretación de la Constitución, y en especial, cuando se trata de verificar la conformidad de la legislación ordinaria con la Constitución. La actividad de interpretación de los órganos jurisdiccionales ha generado continuas modificaciones y adecuaciones de los textos constitucionales con la realidad, cambiando sensiblemente la orientación primitiva de las mismas, como ocurre en los Estados Unidos, Canadá y Australia, por citar algunos ejemplos.²⁸

En el derecho anglosajón como hemos visto, el *common law* es un derecho judicial, constituido por la recopilación de sentencias que dictan los jueces, y por tanto, cuando este es aplicable, la fuente normativa a la que deben acudir los jueces para resolver los casos litigiosos sometidos a su consideración, son las sentencias dictadas por otros jueces en casos similares²⁹. Lo anterior resulta del principio conocido con el nombre de *stare decisis*, conforme al cual los jueces deben resolver los casos controvertidos de acuerdo con lo decidido por los jueces de la misma jurisdicción, de igual o mayor jerarquía, en casos previos de naturaleza similar.

En nuestro sistema continental es necesario poner presente que el aporte teórico fundamental para el establecimiento del control de la constitucionalidad se le debe a Kelsen³⁰, quien sostenía que este era

²⁷ CABALLERO SIERRA ANZOLA GIL "Teoría Constitucional", pag. 17

²⁸ GIUSEPPE DE VERGOTTINI sobre el tema de la Interpretación de la Constitución, pag. 161.

²⁹ Ver capítulo sobre uso del precedente en el sistema del *common law*

³⁰ KELSEN Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución.

esencial para mantener la supremacía de la Constitución no solo como regla de procedimiento, sino como norma sustantiva. El fundador de la Escuela de Viena fue criticado cuando propuso la creación de un órgano independiente que tuviese el control de las leyes, por ejemplo Carl Schmitt, en su obra “La defensa de la Constitución³¹” ya que se decía que con ello se desconocía la soberanía del Parlamento. En efecto sostiene Kelsen, que no es un órgano el soberano sino toda la estructura del Estado, y para replicar el criterio de que se rompía el principio de separación de poderes, sostuvo que el Tribunal Constitucional se convierte en una especie de “legislador negativo”.

En Venezuela, por todos los argumentos anteriormente señalados se puede sostener, que las sentencias de la Sala Constitucional dictadas con la justificación y límites desarrollados en la presente investigación, tienen valor normativo, por la posición de la Sala Constitucional, en nuestro ordenamiento jurídico, no solo respecto “*del contenido o alcance de las normas y principios constitucionales*” sino dada la variedad de funciones que le atribuye el artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ella debe salvaguardar nuestra democracia constitucional, y definir los límites constitucionales a los que deben someterse los poderes públicos en ejercicio de sus funciones. Bien puede justificarse bajo estos argumentos que efectivamente la Sala es la intérprete suprema de la Constitución, puesto que toma definitivamente mediante un precedente Constitucional la decisión última en materia de inconstitucionalidad, produciendo en su *ratio decidendi* norma de efectos generales y haciendo transito a cosa juzgada, autovinculando de esta forma su decisión, ya que de lo contrario existiría tantas Salas constitucionales como sentencias haya dictado, aunque esto no obsta, como lo explicaré más adelante a que la Sala pueda sustituir sus precedentes constitucionales justificando expresamente las razones de hecho, sociales y derecho para su apartamiento o sustitución.

³¹ CARL SCHMITT, “La defensa de la Constitución” Madrid, 1983 pg. 177

Lo expuesto hace ver que la Sala Constitucional realiza una labor innovadora sobre el propio sistema de fuentes y su función creativa se desarrolla al fijar sus propios criterios, que pudieran convertirse dependiendo de su legitimidad de actuación en no solo normas sino auténticos valores constitucionales, que habrán de seguir y respetar todos los órganos del Estado y los particulares.

En efecto, algunos tratadistas españoles³² han sostenido, por ejemplo, la tesis de que la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional de España, puede dar lugar a la configuración de normas paraconstitucionales, normas constitucionales de creación jurisprudencial, que vienen a tornarse en una especie de normas sub-constitucionales, que proceden de las sentencias de dicho órgano jurisdiccional, y que sirven de instrumento para delimitar y especificar el contenido de la norma genérica contenida en el texto de la Carta, haciéndose así posible la operación de subsunción y adquiriendo la misma fuerza vinculante y el mismo carácter normativo que el precepto constitucional originario.

Al aceptarse lo que afirma Raúl Canosa Usera (1988) que todas las sentencias de la jurisdicción constitucional son interpretativas, puesto que necesariamente interpretan el material primario (la Constitución), y el material secundario (la norma enjuiciada), y que mediante ellas en algunas ocasiones se extraen verdaderas normas constitucionales de las disposiciones constitucionales que se interpretan, se puede concluir que así como el juez ordinario crea el derecho a partir de la ley, también la Sala Constitucional crea derecho cuando interpreta la Constitución.

³² Entre ellos BALAGUER CALLEJON, Francisco, fuentes del derecho, T.I Madrid, 2000, pag. 51 y ss.

Sobre este tema del valor creador que se realiza con la interpretación de la Constitución vale la pena transcribir lo que dice Raúl Canosa Usera³³ al referirse a los términos interpretación, aplicación y creación:

“los dos primeros términos (interpretación y aplicación) aluden a dos momentos correlativos en el ciclo del derecho; en efecto, uno precede al otro en un orden cronológico invariable. Durante la interpretación, el sujeto busca y descubre el sentido normativo de un texto; este, a su vez, se materializa, justo en el momento de aplicación. Se podría describir el ciclo de la creación del derecho como un proceso dialéctico en el cual son resueltas las antinomias surgidas durante su transcurso mediante una individualización de la norma que inmediatamente se aplica, lo que WROBLEWSKY denomina interpretación operativa. BETTI y GADAMER reflexionan sobre la inalienable unidad de acción entre la interpretación y aplicación. Si concluimos en clasificarlas como dos momentos en el ciclo del derecho, debemos, a renglón seguido, definir la nota esencial de dicho ciclo; no es otra que su creatividad. De esta forma el derecho es creado y aplicado en un proceso de individualización creciente.”

Sigue el autor:

“Legislación y jurisprudencia son dos actividades sucesivas, en un mismo proceso de creación y aplicación del derecho; de ahí que podamos identificar creación con interpretación, si bien esta sea creación de normas particulares, mientras que la creación en sentido estricto, la legislación, lo sea de normas generales. Consecuentemente, podemos concluir con ASCOLI recalando la íntima indentità di creazione ed interpretazione. Crear significa en derecho incorporar algo que no estaba con anterioridad dentro del ordenamiento. Si la interpretación y la aplicación son creativas, convendremos en el carácter constitutivo que reviste, en consonancia con lo dicho, la decisión judicial. La función judicial lo mismo que la legislativa es al mismo tiempo creación y aplicación del derecho; estos dos momentos se reproducen, según KELSEN, en cada uno de los escalones de la pirámide normativa. Ante la identidad, o al menos, equivalencia de funciones el maestro austríaco sentencia: ‘el juez es siempre legislador’.

³³ RAÚL CANOSA USERA, “Interpretación constitucional y fórmula política”, Madrid, 1988, pag. 11 y 12.

De modo que, la vinculación de los operadores judiciales a los precedentes dictados por la Sala constitucional, no es simple consecuencia de la probabilidad de que, resolviendo injustificadamente de otro modo, su sentencia sea revocada, sino exigencia esencial de la función jurisdiccional, pues apartarse de esas decisiones es, apartarse del Derecho.

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

1.- La auto-vinculación del precedente por el Órgano que lo dicta. 2. Desaplicación del precedente constitucional por parte de los jueces en ejercicio control difuso previsto en el artículo 334 del texto constitucional.

En nuestra tradición jurídica debemos preguntarnos ¿cosa es el precedente constitucional? Según el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

En tal sentido, se pudiera inferir que la Sala Constitucional queda vinculada a sus propios fallos con las excepciones anteriormente expresadas y, éstos obligan también a los jueces inferiores, y en general a todos los poderes públicos, siempre que estemos ante el mismo supuesto fáctico, y que la propia Sala Constitucional así lo señale.

Pero ¿por qué causa tantas asperezas los precedentes constitucionales en nuestro sistema jurídico? Para los demás Magistrados y jueces del Poder Judicial, esta facultad supone una imposición de un criterio interpretativo de

la Sala Constitucional sobre ellos, incompatible con la garantía de la independencia de los jueces. Para la Asamblea Nacional, en ocasiones se trata de una usurpación funciones legislativas a este, pues convierte a la Sala Constitucional en un legislador positivo. Para la Sala Constitucional en cambio, se trata de una institución que le permite ejercer su función de supremo y último intérprete de la Constitución de manera más eficiente.

En efecto, si uno revisa y hace seguimiento a la justicia constitucional, podrá advertir que un constante dolor de cabeza para la Sala Constitucional es el sistemático desconocimiento por parte de algunos operadores de justicia, de los precedentes constitucionales, a pesar que éste cuenta con cobertura Constitucional. Ello naturalmente genera tensiones y fricciones. No se trata de un problema secundario, la introducción del precedente constitucional en nuestro país no ha sido ni es pacífico, por ello la importancia de esta contribución, en dar a conocer y comprender la necesidad de una correcta y efectiva inclusión y aplicación del precedente constitucional en Venezuela.

1. La auto-vinculación del precedente por el Órgano que lo dicta.

El precedente no solo debe encontrar su fundamento en la exigencia de justicia uniforme y de seguridad jurídica sino en un *principio de universalización*³⁴ en la medida en que es éste un principio que preside el razonamiento práctico y, por consiguiente, también el razonamiento jurídico que forma parte del mismo. La auto-vinculación del precedente por tanto, opera en el ámbito del razonamiento jurídico de forma distinta a los demás

³⁴ R. Alexy: Teoría de la Argumentación Jurídica, cit., p. 262

órganos que deben acatarlo, ya que se trata, solo de una regla que rige la argumentación jurídica, y no del objeto de la misma.

Desde el punto de vista de la teoría de la interpretación, la razón de ser del precedente radica en la imposibilidad de que el ordenamiento jurídico esté siempre en condiciones de ofrecer al intérprete una y solo una respuesta correcta para resolver un conflicto jurídico. La constitución condiciona en parte las decisiones, pero como hemos visto en distintas sesiones de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional, permite un ancho margen a la interpretación. Por ello es obvio que con frecuencia queda un cierto espacio a la discrecionalidad del intérprete, es decir, un espacio capaz de acoger soluciones distintas y aún contradictorias entre sí, con todo lo que ello supone para la certeza en la aplicación del Derecho, al respecto afirma Manuel García Pelayo (Madrid 1950):

“la función constitucional de la Judicatura y su intervención en la determinación de la ley vigente no se agotan en su facultad de declaración de inconstitucionalidad. Sin necesidad de llegar a ella, le queda aún abierto otro camino, algo así como una vía media entre la anulación y la aceptación en todos sus términos y sin reservas, y que prácticamente tiene como consecuencia la transformación, en sentido amplio o restrictivo, del texto de la ley: la no aplicación en casos para los que fue pensada y la aplicación a otros bien ajenos a la intención con que fue promulgada. Todo esto es posible gracias a la interpretación, o con palabra quizá más significativa, a la “construcción” de los tribunales³⁵”.

Ahora bien, es preciso preguntarse si se puede evitar que la discrecionalidad se transforme en arbitrariedad.

Aquí reside la necesidad fundamental del *principio de universalización*, un principio que debe responder a la exigencia de toda concepción de la justicia, de tratar de igual manera aquello que es igual, y que represente la

³⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel.: Derecho Constitucional Comparado, cit. P. 434

mejor forma de garantizar la corrección de la decisión judicial cuando ésta se enfrenta a una pluralidad de soluciones viables. La *universalización* debe jugar un papel resaltante en la justificación de las decisiones jurídicas, por ello los principios que rigen el razonamiento jurídico entiende que la *universalización* según R. Alexy “se proyecta tanto hacia el pasado como hacia el futuro, de manera que el criterio utilizado ha de ser el mismo que se observó en un caso anterior, pero también y sobre todo el mismo que se estaría dispuesto a aplicar en otros casos futuros iguales”.

En tal sentido puede entenderse que uno de los fundamentos del uso del precedente lo constituye el principio de universalidad. En este mismo orden de ideas si de la universalización deriva la necesidad de generalizar las propias decisiones o juicios de valor, su proyección en el ámbito del razonamiento judicial y de la interpretación constitucional significa que el buen juez será “aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace”³⁶. En otras palabras, el principio de universalización se expresa jurídicamente en la técnica del precedente, no como sometimiento a la doctrina o jurisprudencia de los tribunales superiores, sino como exigencia práctica de auto-vinculación a las propias decisiones.

2.- Desaplicación del precedente constitucional por parte de los jueces en ejercicio control difuso previsto en el artículo 334 del texto constitucional.

De lo anteriormente visto sabemos que, mediante el precedente constitucional el juez crea una norma general, que constituye una nueva fuente reguladora de la situación jurídica controvertida en el proceso

³⁶ L. Prieto: Notas sobre la interpretación constitucional, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm 9 (1991), p. 188

constitucional, que debe ser acatada no solo por las partes sino por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y tribunales de la República. En consecuencia el efecto natural del precedente constitucional consiste, por consiguiente, en su obligatoriedad e imperatividad de las proposiciones jurídicas que resuelven el caso o regla de derecho, pues si así no fuese es obvio que éste carecería de objeto y de razón de ser.

Ahora bien, el interrogante consiste en saber si las sentencias emanadas de la Sala Constitucional que fijan precedentes constitucionales, deben de forma absoluta ser acatados por los jueces de la República. A primera vista, la respuesta resultaría afirmativa, pero al efectuarse un mejor análisis desde otro prisma, se generan ciertas dudas que trataré de disipar conforme a la facultad conferida a los jueces por el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Las técnicas empleadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos para apartarse de los precedentes son discutidas por José Antonio Ramírez en “La Rebelión de los Jueces (2005)”, donde explica que el precedente es en general abandonado sobre la base de cambio de las circunstancias, las lecciones de la experiencia o la existencia de precedentes inconsistentes. El precedente también puede abandonarse a través del reexamen y de la reinterpretación de los fundamentos de decisiones anteriores. Explica en un caso por ejemplo que la Corte reexaminó la historia legislativa sobre la que se había basado al fallar, y descubrió que esa primera lectura había sido errónea.

En cuanto a la desaplicación del precedente pudiera presentarse un conflicto entre dos valores: la uniformidad de la jurisprudencia vs la independencia del juez. Ahora bien, a primera vista, nos volcaríamos por el segundo valor por el sencillo argumento de tener rango constitucional

(art.334 CRBV), pero si profundizamos, en el primer valor, encontramos que también se encuentran principios constitucionales, como lo son la igualdad ante la ley y las interpretaciones vinculantes -(art.21 y 335 CRBV).

El origen del problema lo encontramos especialmente en el artículo 335 del texto Constitucional, que al crear una Sala Constitucional, autorizándola cuando resultara conveniente fijar la interpretación de naturaleza vinculante o con fuerza de precedente para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y Tribunales de la República.

En cuanto a la afectación de la independencia judicial porque los precedentes obligan a los demás Magistrados del Tribunal Supremo y jueces de la República, quizás el argumento más fuerte sea el del poder que otorga el artículo 334 Constitucional de declarar la inconstitucionalidad no solo de las leyes sino de cualquier otra norma jurídica³⁷ (control difuso) que, como se sabe, es difuso y concreto, difuso, porque lo poseen los jueces y concreto, porque esa declaración posee eficacia solo para el caso donde la inconstitucionalidad se declara. Esta difusión da una idea de horizontalidad, ya que todos los jueces (inferiores y superiores) y los Magistrados de las demás salas del Tribunal Supremo de Justicia, poseen ese poder, **no solo deben estar sometidos a la ley sino también a alzarse contra ella, cuando la consideren inconstitucional** José Antonio Ramírez en “La Rebelión de los Jueces (2005)”. Resulta curioso que si el juez está obligado a respetar la doctrina del precedente, no puede a su vez desobedecerla declarando su inconstitucionalidad, más aun, si el precedente sostiene la constitucionalidad de una ley, el juez no puede declarar la

³⁷ Este artículo desde mi punto de vista faculta al Juez a desaplicar un precedente que considere inconstitucional para resolver un caso concreto. ver capítulo sobre las discusiones producidas alrededor de los conceptos de disposición y norma.

inconstitucionalidad, con lo cual el precedente impondría más grave observancia al juez que la propia Constitución.

A modo de conclusión, y tomando en cuenta los diferentes argumentos expuestos, considero posible la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del precedente, conforme a lo previsto en el artículo 334, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que tal postura se justificaría siempre y cuando, al apartarse de los precedentes constitucionales, sea debidamente fundamentado en sus decisiones la obligación de asegurar la integridad de la Constitución y la supremacía de ésta.

EFFECTIVA INCLUSIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

1.- Estructura interna de las decisiones de la Sala Constitucional que fijan un precedente constitucional. 2. Condiciones del uso del precedente constitucional vinculante 3. Cambio de un precedente constitucional. 4. Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente constitucional. 5. La aplicación de un precedente fijado por la Sala Constitucional. 6. La eficacia en el tiempo del precedente constitucional. 7. Los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente

A los fines de contribuir con una efectiva inclusión y aplicación del precedente constitucional en Venezuela, la Ley o Código Procesal Constitucional que a futuro se dicte en nuestro país, para regular la

jurisdicción constitucional, debe precisar la estructuración interna y alcances de las sentencias de la Sala Constitucional, determinándose la naturaleza y forma de aplicación de sus precedentes; las condiciones y efectos del cambio del precedente constitucional; y la utilización del precedente para resolver conflictos normativos, lagunas y vacíos legislativos que devenguen en inconstitucionales o dar contenido al núcleo esencial de las normas y principios constitucionales para garantizar la supremacía, vigencia y efectividad de la Constitución.

1. Estructura interna de las decisiones de la Sala Constitucional que fijan un precedente constitucional

Para el cumplimiento de dicho cometido, y como aporte en la presente investigación del Trabajo Especial de Grado, para optar al título de Especialista en Derecho Procesal Constitucional, considero necesario precisar que, la estructura interna de las decisiones de la Sala Constitucional que se fijan como precedente constitucional, deben componerse además de las partes tradicionales de la sentencia, de los siguientes elementos: las proposiciones jurídicas que resuelven el caso (*ratio decidendi*) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva (*subsunción*) y la decisión o fallo constitucional (*decisum*).

A) Las proposiciones jurídicas que resuelven el caso (*ratio decidendi*); Es la norma general sin disposición o una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopte la Sala Constitucional para resolver un asunto que se le someta a su consideración.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante ubicada dentro de la motiva de la sentencia³⁸, que la Sala Constitucional ofrece para decidir con lugar, sin lugar o parcialmente con lugar una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que la Sala establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver el caso.

Las proposiciones jurídicas (regla o principio recogida como fundamento) pueden encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada de acuerdo a las situaciones de hechos y el contenido de las consideraciones argumentativas.

B) La razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*): Es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones o acotaciones jurídicas aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por la Sala Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva para proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia objeto de examen. Por consiguiente expone una visión más allá del caso específico; por ende, una óptica global acerca de las aristas de dicha materia.

En efecto, en algunas circunstancias la razón subsidiaria o accidental se caracteriza por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad, como por ejemplo la sentencia de la Sala

³⁸ A los fines de una mayor precisión y certeza jurídica la Sala Constitucional debería indicar en la sentencia la ubicación del fundamento que constituye precedente.

Constitucional de fecha 19 de julio de 2001, con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando:

Mediante escrito presentado el 22 de junio de 2001, el ciudadano HERMANN ESCARRÁ, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad n° 3.820.195, actuando en su propio nombre, interpuso, de conformidad con el artículo 266.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 334 y 335 del mismo texto, Acción de Interpretación Constitucional, respecto al alcance, interpretación uniforme y aplicación de las normas contenidas en los artículos 57 y 58 de la Carta Magna, referidos a los derechos a la libre expresión, a la información, de réplica y de rectificación.

MOTIVACIÓN PARA DECIDIR

1.- Teoría y arte de la interpretación

*R. Dworkin (Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1999, trad. de Marta Guastavino, p. 155) ha insistido recientemente en que el derecho no es el resultado de una deducción lógica sino una práctica social interpretativa que crea o “construye” instituciones (carácter *rechtsschöpfende* en el sentido de Gadamer) [cf. El problema de la conciencia histórica, Madrid, Tecnos, 2000, p. 110]. En la práctica interpretativa conforme a normas, las reglas de reconocimiento permiten identificar, como dice Hart (El concepto del derecho, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1963, trad. de Genaro Carrió, p. 134), las reglas del sistema que regulan dicha práctica, pero no explica cómo razonan los jueces, porque la dimensión performativa del derecho “construye” la decisión y no simplemente la infiere a partir de las reglas identificadas.*

El esfuerzo por controlar la corrección de la adjudicación o decisión, desde el reconocimiento que identifica las reglas conforme a las cuales la decisión se produce, exige el cumplimiento de una doble justificación, a saber, la interna o coherencia con el sistema jurídico, y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica. La justificación externa permite distinguir las reglas de los principios y determina la caducidad histórica del positivismo legal que había sido renuente a la consideración de los principios. Dworkin reconoce explícitamente la supralegalidad de los principios y afirma el carácter sistemático del derecho en términos de nomodinámica (Stufenbau) y de contextualidad jurídicopolítica.

Decir esto significa que las fuentes primarias del derecho, esto es, la tradición de cultura y los principios jurídicos, no sólo son fuentes de integración (lagunas de la ley) sino de interpretación, pues las fuentes

primarias, en cuanto atmósfera cultural que envuelve al sistema jurídico, son el hilo conductor que hace posible la decisión correcta.

Por eso, el problema de la verdad jurídica es fronético (de frónesis, sabiduría, conocimiento del valor) y no epistemático (de episteme, ciencia), y la razonabilidad de lo resuelto en la sentencia requiere la doble justificación mencionada, más allá de una coherencia puramente formal y referida al continuum jurídicopolítico que determina el trabajo del juez.

2.- La tópica y la nueva retórica

La labor creadora del juez muestra que el problema interpretativo no parte de normas identificadas y disponibles para la decisión, sino más bien, al revés, parte del problema o caso planteado, y éste induce el funcionamiento del aparato normativo para encontrar la decisión razonable. Como se verá luego, la interpretación de las reglas supone la interpretación del problema y es el problema el que determina su propio tratamiento hermenéutico, limitando, así, la aplicabilidad de los criterios normativos en el trámite de la decisión judicial.

La nueva teoría de la interpretación es tópica o retórica en la medida en que la sentencia nace de la construcción que produce la agonística (contienda) procesal, y del manejo, tanto interno como externo, de los estándares con los que se pone a prueba la corrección del fallo. Dworkin y Ross manejan una teoría sistemática de la técnica formal, propician con Gadamer una nueva hermenéutica y abandonan definitivamente el positivismo legal que consideraba incancelable el par interpretación/integración.

3.- Teoría normativa de la interpretación y variantes ideológicas

-

El carácter tópico o retórico de la nueva teoría de la interpretación permite constatar, sin dificultades, que el problema de los límites de los derechos fundamentales y del posible conflicto entre éstos (libertad contractual / protección al consumidor, libertad de expresión / protección al honor, pacta sunt servanda / rebus sic stantibus, libertad de expresión / derecho de réplica, favor libertatis / favor Constitutione, por ejemplo), requiere la identificación del criterio con que deba resolverse el problema según el proyecto axiológico de la Constitución, aparte el reconocimiento de la diferencia entre la teoría normativa de la interpretación y sus variantes ideológicas (J. Wróblewski, Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Madrid, Civitas, 1985, pp. 57 y ss.).

Como la interpretación está condicionada material e ideológicamente, una teoría descriptiva de ella es algo muy distinto

de las ideologías interpretativas. Para aproximarnos a un tratamiento lo más objetivamente posible del asunto, es necesario hacer una teoría normativa de la interpretación jurídica y de sus métodos. Ello significa que una tal teoría normativa ofrece opciones hermenéuticas que la decisión política maneja para decidir.

Aunque haya una tipología consistente de esas opciones, la dimensión política (la opción por la mejor teoría política inmanente al sistema como dice Dworkin) del escogimiento es un compromiso pragmático y axiológico. **Los intereses y los valores forjan la decisión dentro de su marco de posibilidades técnicas y es necesario hacer valer buenas razones para justificarla.** En el juego hermenéutico, por supuesto, la ideología es importante, pese a que la oportunidad de poder juzgar y el juego de fuerzas que opera tras el conflicto, restringe el impacto del elemento ideológico. **Por eso, hablar de interpretación estática (segura y predictiva) o dinámica (variable y progresiva) tendientes, respectivamente, a la seguridad y a la justicia, no forma parte de la teoría normativa de la interpretación sino de una teoría ideológica de la función judicial.**

Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*). En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual la formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ella, como dice Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (*Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

4.- Constitución y teoría de la interpretación jurídica

La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. **Elo significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución** (*verfassungskonforme Auslegung von Gesetze*). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. *Les Forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.

Esto quiere decir, por tanto, que no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta. Desde este punto de vista habrá que negar cualquier teoría que postule derechos o fines absolutos y, aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre éstas y los principios jurídicos (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*) [normas constitucionales inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse *ohne Naturrecht* (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° *eiusdem*...”

La finalidad de estas sentencias es orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su

cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.

C) La invocación Constitucional; Es aquella parte de la sentencia en donde se subsumen y aplican las normas del bloque de constitucionalidad,³⁹ utilizadas e interpretadas para declaratoria con lugar, sin lugar o parcialmente con lugar de la petición planteada en un proceso constitucional.

D) La decisión o fallo constitucional; Es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de las proposiciones jurídicas, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional, y ordenando la publicación del precedente creado, en un medio de difusión oficial, para garantizar la certeza y seguridad jurídica.

2. Condiciones del uso del precedente constitucional vinculante

La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo de la Sala Constitucional dentro del marco de la Constitución, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

³⁹ El bloque de constitucionalidad se refiere a todas las normas de rango constitucional, aún cuando éstas no figuren expresamente en el articulado, como por ejemplo el preámbulo, los tratados de derechos humanos y todas aquellas normas que se pudieran desprender de los artículos 22 y 23 de la Constitución.

Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo la Sala Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

La Sala Constitucional no debe fijar una regla con la excusa de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

La decisión de la Sala Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente constitucional vinculante debe encontrarse sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, con lugar, sin lugar o parcialmente con lugar la demanda.

El establecimiento de un precedente constitucional vinculante no debe afectar el principio de respeto a la cosa juzgada con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada, por ello la necesidad imperiosa que se establezca vía legislación adjetiva constitucional un lapso de caducidad al recurso de revisión constitucional. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

Dicha restricción también opera en el caso que la Sala Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro.

3. Cambio de un precedente constitucional

Por lo visto en capítulos anteriores para el apartamiento y sustitución de un precedente constitucional está sujeta a los tres elementos siguientes:

- a) Expresión de los fundamentos sociales, de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.
- b) Expresión de la razón suficiente e invocación constitucional en que se sustenta dicha decisión.
- c) Determinación de sus efectos en el tiempo.

4. Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente constitucional

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica; es decir, cuando se acredita la existencia de normas conflictivas o contradictorias con la Constitución.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.

- d) Cuando se evidencia laguna o existencia de una norma carente de interpretación constitucional en sentido amplio aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

5. La aplicación de un precedente fijado por la Sala Constitucional

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

- a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.
- b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente constitucional.

6. La eficacia en el tiempo del precedente constitucional

La Sala Constitucional puede disponer de manera excepcional que la aplicación del precedente que cambia o sustituya uno anterior opere al igual que una ley con lapso diferido (*vacatio sententiae*), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

La técnica de la eficacia hacia el futuro del precedente constitucional se propone, por un lado, para no lesionar el ánimo de respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por la propia Sala con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente.

En atención a lo expuesto, la Sala Constitucional, al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente:

- a) Decisión de cambiar de precedente Constitucional ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión.
- b) Decisión de cambiar de precedente Constitucional, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.

7. Los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente

De manera genérica, debe precisarse que el cumplimiento y ejecución de las reglas y decisiones contenidas en las sentencias expedidas por la Sala Constitucional pueden ser observados en función a los efectos personales o temporales que de ellos se derivan.

En cuanto a los efectos personales, estos pueden ser directos o indirectos.

Los efectos directos de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la causa.

Los efectos indirectos se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, quedan “vinculados”, en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente constitucional.

En relación a los efectos en el tiempo, estos pueden ser irretroactivos, retroactivos o de aplicación diferida.

Como se ha referido anteriormente, la aplicación diferida se determina en una sentencia con *vacatio setentiae*; es decir, las consecuencias jurídicas de una decisión se suspenden durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever las derivaciones políticas, económicas o sociales que ello alcance. Al respecto, se debe resaltar que la Sala Constitucional tiene la obligación de aplicar el principio de previsión sobre las “consecuencias” de sus actos jurisdiccionales. En ese sentido, los actos jurisdiccionales (tras la

expedición de una sentencia) deben contener la proyección de una “mejor” realidad Político-jurídica y la cancelación de un antiguamente “mal”. En ese contexto, el efecto diferido evita el hecho de corregir un mal creando otro mal, el cual es evitable por la vía de la suspensión temporal de los efectos de una sentencia con precedente vinculante.

Los efectos diferidos se manifiestan en las denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente Constitucional de eficacia diferida.

Respecto a la aplicación con efectos irretroactivos o retroactivos, cabe señalar lo siguiente:

- a) Las sentencias sobre acciones populares de inconstitucionalidad, y conflictos de autoridades, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*.
- b) Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data o solicitud de revisión de sentencias, se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances *ex tunc*.
- c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se ventile por ejemplo la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en los artículos 316 y 317 de la Constitución, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional.

En consecuencia puede tener efectos *ex nunc*.

Al respecto, cabe recordar la aclaratoria adoptada por la Sala Constitucional en relación a la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que interpreta constitucionalmente el sentido y alcance del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta⁴⁰, en donde de manera específica resolvió aspecto relacionado a la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada en el fallo N° 301 del 27 de febrero de 2007;

“Ahora bien, como se desprende del texto de la motiva y del número 2 del dispositivo del fallo N° 301, se interpretó constitucionalmente el sentido y alcance de la proposición contenida en el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, ordenándose su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, por ser dicha interpretación de carácter vinculante tal y como lo preceptúa el artículo 335 constitucional. Pero aun cuando es una competencia constitucionalmente atribuida en forma exclusiva a esta Sala, la cual ha sido consagrada legalmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (ver, artículos 1 y 5.52), **el legislador no previó la fijación de los efectos de la interpretación vinculante que haga la Sala en el tiempo, toda vez que lógicamente ella no puede ser más que aplicada una vez que la sentencia que la contiene sea publicada en la Gaceta Oficial de la República.**

*De allí que, aun cuando la lógica jurídica, no deja dudas acerca de que la interpretación que ha hecho la Sala, en forma vinculante, del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, tiene efectos ex nunc, esto es, a partir de la publicación del fallo que la contiene en la Gaceta Oficial de la República, lo cual se hizo en la N° 38.635 del 1 de marzo de 2007, tratándose la materia vinculada a dicha interpretación a la tributaria, la cual se rige por períodos fiscales anuales, esta Sala –en aras de la certeza jurídica que debe a los justiciables y a la administración fiscal– aclara el aspecto relacionado a la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada en el fallo N° 301 del 27 de febrero de 2007, señalando expresamente la misma no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, **de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, a partir del ejercicio fiscal siguiente**, de acuerdo a lo establecido en la*

⁴⁰ Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/390-090307-01-2862.htm>

normativa del Código Orgánico Tributario vigente y la legislación sobre impuesto sobre la renta, la cual no ha sido modificada. Así se decide”

CONCEPTO DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Es la norma general sin disposición creada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en aplicación directa de la Constitución, que integra las fuentes directas del Derecho en el sistema jurídico vigente, esto es desde el momento de la publicación o bien de la sentencia o de las proposiciones jurídicas abstractas y generales que resuelven el caso concreto en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en la Gaceta Constitucional, que a tal efecto se cree, para facilitar su compilación y garantizar la certeza jurídica. Esta norma nace de un proceso interpretación auténtico de la Constitución para resolver conflictos normativos, lagunas y vacíos legislativos que devenguen en inconstitucionales o dar contenido al núcleo esencial de las normas y principios constitucionales para garantizar la supremacía, vigencia y efectividad de la Constitución, todo ello en el marco de la jurisdicción constitucional. La fijación de un precedente constitucional significa que será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia. En la medida de su legitimidad de actuación ella vinculará a todos los Poderes constituidos y auto-vinculará a la misma Sala Constitucional como garantía de igualdad y seguridad jurídica. Sin embargo, esta vinculación no es absoluta, toda vez que dicha norma pudiera ser sustituida por la Ley, rectificada, ampliada o modificada por la Sala Constitucional expresando con un determinado modelo de interpretación constitucional las razones sociológicas, de hecho y derecho que justifiquen dicho cambio o bien ser desaplicada por los jueces en ejercicio y fundamento del control difuso de la constitucionalidad.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Según Carlos Sabino: “Las conclusiones de un trabajo son una sección o capítulo final, de reducidas dimensiones, donde el autor trata de sintetizar todo lo hasta allí expuesto de modo tal que resulten destacados los aspectos más importantes del desarrollo anterior. Tienen por objeto permitir una apreciación global de los resultados del trabajo. Por lo tanto ellas son corolario de lo ya dicho y no ocasión para introducir elementos nuevos, por lo menos en cuanto a la temática a considerar”.

Una vez aplicado el instrumento de recolección de datos, procesados los mismos y obtenido la información que de ello se generó conjuntamente con los respectivos análisis, se obtuvieron unos resultados que le permite al investigador presentar el siguiente conjunto de conclusiones:

A través del análisis efectuado conforme a nuestra tradición jurídica respondimos a la pregunta ¿Qué es el precedente constitucional? Según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y por qué causa tantas asperezas el precedente constitucional en nuestro sistema jurídico. Asimismo se precisó como la inclusión del modelo de precedente constitucional modifica el sistema tradicional de fuentes del derecho en el país, en el entendido que ya no es posible, hoy en día, seguir pensando que el Derecho es sólo un conjunto de normas. En tal sentido pensar que el Derecho es sólo disposiciones es tan falaz como creer que el Derecho se

resume en la “Ley”, como si no existieran otros “instrumentos” (costumbre jurídica, precedentes constitucionales). Por otra parte se trató el problema a la hora de interpretar es cuál de ellos (disposición o norma) o bien los dos sea realmente el objeto del control de constitucionalidad, y la posición en Venezuela de la Sala Constitucional ante el legislador, y ante los órganos judiciales encargados de la interpretación y aplicación de las Leyes, delimitando que la disposición es el texto, el conjunto de palabras que forman una oración, mientras que la norma sería su significado, estos es, el resultado de su interpretación. Interpretar es, en efecto, atribuir significado a un texto normativo. No puede haber norma sin previa actividad interpretativa; ni puede hablarse ya de disposición (sino de norma) para referirse al resultado de dicha actividad o proceso. Desde el punto de vista de la interpretación, las disposiciones constituyen su objeto, y las normas su resultado.

Por último se estudió la estructuración interna y alcances que deben tener las sentencias de la Sala Constitucional, determinándose la naturaleza y forma de aplicación de sus precedentes; las condiciones y efectos del cambio del precedente constitucional; y la utilización del precedente para resolver conflictos normativos, lagunas y vacíos legislativos que devenguen en inconstitucionales o dar contenido al núcleo esencial de las normas y principios constitucionales para garantizar la supremacía, vigencia y efectividad de la Constitución y con el objeto de garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en Venezuela.

Recomendaciones

Según Sabino, las recomendaciones no pueden hacerse totalmente en abstracto; si se entiende que las mismas implican una acción, o un posible curso de acción, se comprenderá que deben ser elaboradas teniendo en cuenta a quién van dirigidas, quiénes son las personas, empresas o instituciones que pueden estar interesadas en conocerlas y eventualmente en aplicarlas. Su redacción, sentido y grado de precisión habrán de tener en cuenta entonces tal cosa, para que no resulten inútilmente vacías. Conviene apuntar, en tal sentido, que es del todo injusta la crítica que se hace a veces a muchos trabajos cuando se dice, por ejemplo, que "no proponen nada concreto, se limitan a analizar los hechos sin derivar posibles soluciones". En general los críticos que así se expresan pierden por completo de vista que no es obligación de un científico el cambiar el mundo, ni aún para mejorarlo, y que la tarea de plantear soluciones prácticas a los problemas reales escapa a los límites propios de la indagación científica. Esta se encamina a resolver problemas cognoscitivos, no de acción, aunque de los primeros puedan extraerse lógicamente interesantes corolarios que ayudan a resolver los segundos.

Analizada la necesidad de incluir y aplicar efectivamente el precedente constitucional en Venezuela, se presentan las siguientes recomendaciones como contribución para una anhelada ley procesal que regule la jurisdicción constitucional:

1. Las decisiones de la Sala Constitucional que se fijan como precedente constitucional, deben componerse además de las partes tradicionales de la sentencia, de los siguientes elementos: las proposiciones jurídicas que resuelven el caso (*ratio*

decidendi) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva (*subsunción*) y la decisión o fallo constitucional (*decisum*).

2. El uso del precedente constitucional debe sustentarse en las condiciones siguientes: a) Existencia de relación entre caso y precedente constitucional b) La Sala Constitucional no debe fijar una regla con la excusa de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo. c) La decisión de la Sala Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan como precedente constitucional debe encontrarse sujeta a que exista una decisión fondo; vale decir, que haya puesto fin al proceso. d) El establecimiento de un precedente constitucional no debe afectar el principio de la cosa juzgada con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente, por ello la necesidad imperiosa que se establezca vía legislación adjetiva constitucional un lapso de caducidad al recurso de revisión constitucional.
3. En cuanto al mecanismo de apartamiento y sustitución de un precedente constitucional está sujeto a los elementos siguientes; a) Expresión de los fundamentos sociales, de hecho y derecho que sustentan dicha decisión b) Expresión de la razón suficiente e invocación constitucional en que se sustenta dicha decisión, c) Determinación de sus efectos en el tiempo, d) La desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del precedente, conforme a lo previsto en el artículo 334, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se justifica siempre y cuando, al apartarse de los precedentes constitucionales, sea debidamente fundamentado en sus decisiones la obligación de asegurar la integridad de la Constitución y la supremacía de ésta.

4. El Precedente constitucional como parte las fuentes directas del Derecho en el sistema jurídico vigente, para garantizar la certeza jurídica debe ordenarse la publicación de las proposiciones jurídicas abstractas y generales que resuelven el caso concreto en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en la Gaceta Constitucional, que a tal efecto se cree para facilitar su compilación y coherencia al interior de nuestro sistema jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

CABALLERO SIERRA, Anzola Gil (1995) "Teoría Constitucional" Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia.

DE VERGOTTINI, Giuseppe (1987) "La Interpretación de la Constitución", Derecho Constitucional Comparado, 2º ed, Padova,

DÍAZ REVORIO, F. Javier. (2001) "Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas". Valladolid, Editorial Lex Nova, S.A., España.

ESCOBAR LEON, Ramón (2005) "El precedente y la interpretación constitucional", Venezuela, editorial Sherwood.

GARCÍA PELAYO, Manuel (Madrid 1950) "Derecho Constitucional Comparado", Editorial Ex Libris, Caracas- Venezuela 2005.

LÓPEZ MEDINA, Diego (2000) "El derecho de los jueces, obligatoriedad del precedente constitucional", Colombia, Legis, 2000.

MAGALONI, Ana Laura (2001) "El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano", Madrid, Mac Graw Hill.

PALERMAN, Ch. (1988) "La Lógica jurídica y la nueva retorica", edición Civitas. Madrid. Tr. Luis Diez-Picazo

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Abraham (2005) Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez , Santa Fe de Bogotá, Colombia.

KELSEN, Hans, (1934) “Teoría Pura del Derecho” (Introducción a la ciencia del Derecho), ediciones Nuevo Mundo, Barcelona-España-México-Colombia- Chile-Argentina.

“La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” (1988), Madrid.

ZAGREBLESKY, Gustavo. (1982) “La justicia constitucional”. II Mulino, 2da Edición, España.

Trabajos y Tesis de Grado

ESCOBAR LEON, Ramón (2009) “El Razonamiento Jurídico En La Casación Civil y en la Casación Social”. Trabajo De Incorporación Del Doctor Ramón Escobar León A La Academia De Ciencias Políticas Y Sociales. Venezuela.

Fuentes Electrónicas en línea

Tribunal Constitucional de Perú, www.tc.gob.pe, sitio visitado en junio del 2009.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, www.tsj.gov.ve/, sitio visitado en enero del 2010.

Biblioteca Jurídica Virtual, <http://www.bibliojuridica.org/>, sitio visitado en julio del 2009.

Buscador de publicaciones y revistas, <http://dialnet.unirioja.es/> sitio visitado en noviembre del 2009

Buscador de páginas Web, www.google.com, sitio visitado frecuentemente.

Artículos en publicaciones

BALAGUER CALLEJÓN, F. (1988) “Tribunal Constitucional, Poder legislativo y Poder Constituyente”, Revista jurídica de Castilla-La Mancha, N° 3-4. España.

BRICEÑO LEÓN, Humberto (1997) “El valor del precedente en el Derecho Administrativo Venezolano”, Derecho procesal administrativo: 1ª Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Venezuela.

BULYGIN, Eugenio. (Abril 2003) “Los Jueces ¿crean Derecho?”, Centro de Estudios Constitucionales, edición Isonomía, revista N° 18, Argentina.

CANOSA USERA, Raúl (1988), “Interpretación constitucional y fórmula política”, Centro de Estudios Constitucionales, España

CANOVA GONZÁLEZ, Antonio. (2005) “La inconstitucionalidad de la ley”, Revista de Derecho Constitucional, N° 10, enero-diciembre 2005, Venezuela.

- CASAL, Jesús María. (2003) “Cosa Juzgada y Efecto Vinculante en la Justicia Constitucional” Publicación en la Revista de Derecho Constitucional, N° 8, Venezuela.
- CRISAFULLI, V. (1964) “Disposición y Norma”, Enciclopedia de Derecho, Milán, vol. XIII. Italia.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (1999) “La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional”, Tirant lo Blanch, Valencia-España.
- GUASTINI, R. (1989) “Disposición vs Norma”, Revista de jurisprudencia constitucional N° II, Italia.
- HERNÁNDEZ, T. M. Adrián (2003) “Aproximación Crítica a los sistemas de Precedentes Judiciales Vinculantes (Análisis del riesgo totalitario de secuestro de la libertad a través de la legalidad formal imperativa)”, Publicación en la Revista de Derecho Constitucional, N° 8, Venezuela.
- MEJIA ARNAL, Luis A. (1992) “Creación Judicial de Derecho”, Revista de la Fundación de Procuraduría General de la República N° 6, del Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela.
- ORTIZ-ORTIZ, Luis (2004) “Hacia la ontologización de la norma jurídica”, Revista de Derecho N° 14, del Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela.
- PARRA, María Victoria (2004) “*El precedente Judicial en el Derecho Comparado*”, [www.puj.edu.co/banners/EL PRECEDENTE JUDICIAL.pdf](http://www.puj.edu.co/banners/EL_PRECEDENTE_JUDICIAL.pdf). sitio visitado en enero del 2010.

RAMÍREZ, José Antonio (2005) “La Rebelión de los Jueces” (La jurisprudencia es vinculante para el Juez?) Argentina.

RUBIO LLORENTE, Francisco. (1988) “La Jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 8. N° 22. Enero-abril, España

WHITTAKER, Simon. (2006) “Precedent in English Law: A View from the Citadel” N° 5, European Review of Private Law. pp. 705-746 (Traducción hecha por el profesor Cirstian Banfi del Río, Chile)
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2596314>

Fuentes de Tipo Legal

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Publicada en Gaceta Oficial N° 36.860. Diciembre 30, 1999.