



*Acerca del origen del Derecho: novísimo papel del precedente**

Ronald Chacín Fuenmayor
Universidad del Zulia
Maracaibo - Venezuela
ronald_chacin@yahoo.es

Resumen

El trabajo muestra un estudio de las fuentes del Derecho, centrado en la jurisprudencia o precedente, analizando la importancia que tiene en la actualidad aún en nuestros países de sistema de Derecho escrito, para el logro de un objetivo: demostrar la relevancia de esta fuente de derecho debido a nuevos fenómenos jurisprudenciales. Se desarrollarán tres aspectos: nociones de las fuentes del Derecho, los caracteres fundamentales del precedente o jurisprudencia, la importancia del precedente constitucional como fuente de Derecho y el papel destacado de esta fuente de derecho en nuestros días. Se concluye que la constatación en la actualidad de la importancia del precedente como fuente del Derecho con rasgos similares a la ley, genera problemas de legitimidad de las actuaciones de los tribunales, especialmente los tribunales constitucionales, cuando dictan sentencias intermedias o cuando en sus actuaciones se aprecia una enmienda constitucional.

Palabras clave: Fuentes del Derecho, precedente-jurisprudencia, sentencias intermedias, enmienda jurisdiccional.

* Avance del proyecto de investigación N° 0378-2007: "El origen del fundamento de las decisiones de los Tribunales Constitucionales", financiado por el CONDES-LUZ.

Regarding the Origin of Law: the New Role of Precedent

Abstract

This work presents a study of the sources of law, centered on jurisprudence or precedent, analyzing the importance this has today even in our countries with a written legal system, in order to achieve an objective: to demonstrate the relevance of this source of law due to new jurisprudential phenomena. Three aspects will be developed: notions about the sources of law, the fundamental characters of precedence or jurisprudence, the importance of constitutional precedent as a source of law and the outstanding role of this source of law in our days. Conclusions are that the current verification for the importance of precedent as a source of law with traits similar to the law, generates legitimacy problems for court actions, especially constitutional courts, when they pronounce intermediate verdicts or when they perceive a constitutional amendment in their actions.

Key words: Sources of law, precedence-jurisprudence, intermediate verdicts, jurisdictional amendment.

1. Introducción

Siempre es pertinente analizar, volver, repensar, sobre un tema tan esencial y no por ello menos vigente de la Filosofía y Teoría del Derecho: las Fuentes del Derecho.

En este trabajo mostramos la importancia que ha cobrado en la época actual la jurisprudencia o precedente como fuente de Derecho, incluso en nuestros países de sistema de Derecho escrito, puesto que ya sabemos la relevancia que tiene en los países de Derecho anglosajón, como Estados Unidos e Inglaterra, para ello haremos referencia a algunos fallos en Venezuela.

Utilizaremos indistintamente el término precedente o jurisprudencia, aunque muchos de los juristas emplean el primero para las decisiones de los sistemas jurídicos anglosajones y el segundo para los de derecho continental europeo, es por eso, que también emplearemos el término precedente para sistemas jurídicos como el nuestro, dada la importancia que tienen también para nuestros países, las sentencias que sirven de parámetro para decidir casos análogos. La metodología empleada consistió en una técnica de investigación documental, fundamentalmente doctrinaria, con algunas ejemplificaciones jurisprudenciales, sobre la visión actualizada de la jurisprudencia o precedente como fuente del Derecho, especialmente en nuestros países de tradición escrita.

El objetivo principal, de describir la relevancia actual de la jurisprudencia como fuente del Derecho, lo obtendremos mediante el desarrollo de tres aspectos fundamentales: 1) Las fuentes del Derecho, abundando en el Precedente y la Ley, 2) El Papel del precedente en la creación judicial de Derecho, y; 3) el Papel destacado de la jurisprudencia en la época actual para generar derecho, donde analizaremos las sentencias intermedias y la enmienda constitucional.

2. Las Fuentes del Derecho

2.1. Noción

Cuando nos referimos a las Fuentes del Derecho, es decir, de donde proviene el Derecho que nos rige, el que se va a aplicar, es muy útil la doctrina que ha desarrollado Alf Ross en su libro “Sobre el Derecho y la Justicia” publicado en 1963, teoría de gran aceptación en el ámbito de los juristas y jusfilósofos en general.

Para este autor las fuentes del derecho refieren las directivas que indican el modo cómo debe proceder el juez para descubrir las pautas que son decisivas para la cuestión debatida en la controversia jurídica (Ross, 1963).

Explica el mismo Ross (1963) que las fuentes del Derecho son:

“...el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que basa su decisión, pudiendo variar esa influencia, desde aquella más fuerte, referida a aquellos elementos que proporcionan al juez una norma jurídica que tiene que aceptar, hasta más débil, referida a aquellos otros elementos que no le ofrecen sino ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que requiere”.

En la explicación de esta vinculación de la noción de fuente del Derecho a la función judicial, Otto (1998), señala que dicha denominación refiere a la predeterminación normativa de la función judicial, es decir, tal como lo indica Ross (1963), todo aquello que le proporciona al juez las normas o directivas para decidir el caso.

2.2. Clasificación

Indicamos los tipos de fuentes según Alf Ross (1963), lo cual atiende al grado de objetivación de las mismas, es decir, al grado de configu-

ración de la regla formulada, en que se presentan al juez, pudiendo ir de un grado mayor de configuración, de norma lista para su aplicación a un grado menor de configuración, en que será sólo un material que se transformará en una regla luego de una activa contribución de trabajo de parte del juez.

Según esto las fuentes se clasifican en tres tipos: A) Completamente objetivadas (legislación en sentido amplio), B) Parcialmente objetivadas: la costumbre y el precedente y, C) No objetivadas: la razón o tradición de Cultura.

A continuación definimos según Ross (1963) las dos fuentes principales necesarias para nuestro estudio, la Legislación o Ley y, el Precedente o Jurisprudencia.

A. La Legislación o Ley

Es la fuente del Derecho más importante en los países de Europa Continental y América Latina, constituida por las normas sancionadas por las autoridades públicas.

Los jueces se sienten obligados en alta medida por las normas sancionadas por la legislatura y la doctrina expresa que el derecho legislado tiene fuerza obligatoria absoluta (Ross, 1963). Claro está, esto hay que matizarlo, pues ya conocemos los casos de control concentrado o difuso de la constitucionalidad donde los jueces en virtud del principio de supremacía constitucional, anulan o desaplican la ley.

Entendiendo este derecho legislado, según el mismo autor escandinavo, como el Derecho sancionado, es decir, creado por una resolución de ciertos seres humanos y por ende, presupone normas de competencia que indican las condiciones bajo las cuales se produce este Derecho. La legislación sería entonces la sanción de una norma bajo el ejercicio de una competencia (Ross, 1963).

La fuente del Derecho sería, entonces, tanto el Derecho legislado como la legislación, es decir, el ejercicio de la competencia de los funcionarios para sancionar el Derecho, es por eso que ley y legislación, en esta temática de fuentes del Derecho, son términos utilizados indistintamente.

Ross en la misma obra, nos explica que la legislación debe ser tomada en sentido amplio, tomando en cuenta además de la Constitución y las leyes de los parlamentos, todo tipo de normas sancionadas, bien sean subordinadas y autónomas, independientemente del nombre que se les designe.

B. El Precedente o Jurisprudencia

- Noción

De acuerdo con Ross (1963) son las decisiones anteriores de los tribunales en las cuales los jueces eligen una cierta regla como fundamento de la decisión, para un caso presente considerado como similar o análogo al anterior.

Tradicionalmente el papel vinculante del precedente es mayor en los países de derecho anglosajón, que en los de derecho continental (Europa continental y América Latina), en éstos es mayor la influencia de la legislación.

Esto quiere decir que en nuestros países de derecho escrito, la influencia de la legislación es mayor, el sistema tiene mayor deferencia por el legislador, quiere esto decir, que el papel del juez es mayormente para resolver casos concretos y las pretensiones de las sentencias para generalizarse, es decir, para convertirse en jurisprudencia, se refiere a grandes rasgos en los problemas de interpretación o aplicación del Derecho, casos difíciles, como lagunas, contradicciones, ambigüedad u oscuridad de la ley, u otros similares.

No obstante, esta situación está cambiando, lo cual demostraremos con el estudio de dos fenómenos jurídicos: las sentencias intermedias y la enmienda constitucional jurisdiccional (1), que se evidencian en las actuaciones de los Tribunales Constitucionales, especialmente desde época reciente cuando la Constitución venezolana vigente de 1999 en su artículo 335 establece el efecto vinculante de los fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Para comprender mejor el papel vinculante del precedente en los sistemas anglosajones, se analizan dos aspectos: La doctrina del “Stare Decisis”, y la Fuerza Gravitacional del precedente.

- La doctrina del “stare decisis”

Es la doctrina que explica como es la fuerza vinculatoria del precedente sobre los jueces, en aquellos sistemas jurídicos donde es mayor su influencia en las decisiones.

Esta fuerza obligatoria implica la reducción de la libertad del juez en la toma de decisiones, consistente en atribuirle el carácter vinculante más o menos intenso según el caso, al criterio con el que el mismo tribunal u otro tribunal ha resuelto los casos similares que se le plantean (Otto, 1998).

Este criterio tendría el valor de regla para la resolución de los casos posteriores, reduciendo la discrecionalidad del juez cuando va a resolver un caso,

pero por otro medio distinto a los sistemas jurídicos de derecho legislado, cuyo medio de reducción de la discrecionalidad es la norma, en estos casos es el precedente bajo la doctrina “Stare Decisis”, lo cual pretende asegurar una justicia uniforme, orientada desde la cúspide y de cada tribunal dentro de la organización judicial, pero no de modo absoluto, pudiendo ser apartados los precedentes especialmente en los casos donde los cambios de las circunstancias por efecto de la dinámica social así lo demandan.

Ross (1963) resume esta doctrina en cuatro aspectos:

- Los tribunales están obligados por las decisiones de los tribunales superiores.
- Toda decisión relevante dictada por cualquier tribunal es un fuerte argumento para ser tomado en cuenta por otro tribunal.
- La decisión sólo es obligatoria respecto a su “ratio decidendi”, es decir, no en lo que respecta al dispositivo del fallo, el cual dependerá de las particularidades del caso concreto.
- El precedente, en principio, no pierde vigencia, aunque los precedentes muy antiguos no son aplicables a circunstancias modernas, por haber sido sustituidos por otros precedentes más acordes a estas nuevas circunstancias.

Otto (1998) le agrega otro aspecto al “Stare Decisis”, la fuerza obligatoria horizontal del precedente, que implica la vinculación de los Tribunales con sus decisiones anteriores.

Ross (1963) desde su perspectiva realista piensa que el precedente, concretamente su fuerza obligatoria, es una mera ilusión porque siempre le quedará al juez la posibilidad de desechar la decisión previa, argumentando su diferencia y por consiguiente su inaplicación al caso presente.

Es por ello, según Ross (1963) que el deseo de ver al juez limitado y obligado por un derecho objetivamente determinado, es decir, establecido de antemano, es satisfecho únicamente por la ley, o sea, por la fuerza obligatoria de la ley.

Argumento éste discutible, por cuanto la misma ley aparentemente aplicable al caso concreto también puede desecharse argumentando que el caso en cuestión no entra dentro de su ámbito de aplicación, lo cual es explicado por autores como Recaséns (1956) y Dworkin (1999) cuando describen cómo una ley se desaplica en un caso concreto por prevalencia de los principios, valores y fines del ordenamiento jurídico y hasta el mismo

Kelsen (1977), cuando se refiere a la laguna falsa; si es por eso no solamente el “stare decisis” será mera ilusión, sino también el fundamento para aplicar una ley, ya que en ambos casos se puede esgrimir la diferencia de la ley con el caso concreto, lo que English (2001) denomina el principio de la diferencia que justifica la no aplicación de la ley a un caso concreto, por existir una diferencia fundamental entre el contenido de la ley y la conducta acaecida en la experiencia jurídica real y concreta.

- La Fuerza Gravitacional del Precedente

Este aspecto del precedente lo explica Dworkin (1999) cuando señala que los precedentes tienen fuerza gravitacional, porque las decisiones previas de los jueces contribuyen a la formulación de reglas nuevas y controvertidas, de cómo se resolverán los nuevos casos similares, es así que los jueces tratarán de relacionar la justificación de sus decisiones con las decisiones que han tomado otros jueces o funcionarios.

Esta fuerza gravitacional del precedente se fundamenta no en la prudencia de imponer las leyes, sino en la igualdad, el tratar de manera semejante los casos semejantes y, la semejanza de los casos, dependerá de los argumentos de principio que fundamentan el precedente, y que indican al juez la similitud con el caso presente; esto constituye la justificación de la fuerza gravitacional del precedente, su fuerza obligatoria para ser pauta para la decisión de otros jueces (Dworkin, 1999).

3. El precedente en la Creación judicial del Derecho

Varios jusfilósofos latinoamericanos como Recaséns y Cossio, sostienen que el juez crea Derecho, porque al aplicar e interpretar el Derecho para solucionar el caso concreto, introducen elementos nuevos, del ámbito particular que no existían antes en las normas (Recaséns, 1956) y por su parte Cossio (1967) afirma que el juez es “creador intersticial del Derecho”, es decir, lo crea en el ámbito particular, micro, por las mismas razones aludidas por Recaséns.

Por otro lado, otras definiciones apuntan a que se crea derecho cuando se establecen normas jurídicas, es decir, preceptos dotados de eficacia “erga omnes”, o generales (Rubio Llorente, 1988).

Siguiendo esta definición, se crea judicialmente Derecho cuando los jueces pueden establecer preceptos de efectos generales, no importando que no se originen en el órgano legislativo, lo que importa son los efectos de las decisiones judiciales sobre el ordenamiento jurídico, concretamente sobre las normas, si aportan nuevas normas, leyes o preceptos o por el contrario, si derogan o desaplican las establecidas previamente.

Esta, la de Rubio Llorente, es la definición de creación judicial de Derecho que acogeremos, por cuanto es más evidente cuando sus fallos logran generalizarse, por asimilarse a los efectos de una ley dictada por el órgano legislativo, que también produce efectos generales, que en los otros casos donde existe creación de derecho, pero de menor grado, por referirse a casos fáciles, donde prácticamente la interpretación gramatical resuelve el problema y así mismo, los efectos quedan circunscritos al caso concreto.

3.1. Los Efectos Generales en la creación judicial de Derecho (La formación del precedente)

Los efectos generales de esta creación de derecho por parte de los jueces ocurre, porque como dice Bidart Campos (1969), en las sentencias que normalmente le atribuimos en nuestros países efectos particulares, tienen la aptitud de sentar jurisprudencia, sentar precedente, es decir, generalizarse y en diversas ocasiones lo consiguen, cuando deviene en modelo y es susceptible de provocar seguimiento futuro, se ejemplariza y proyecta el deber ser del caso en forma generalizada para decisiones judiciales subsiguientes que le sean similares.

Esto se explica por una doble modalidad que adopta la sentencia del juez según el mismo Bidart Campos, la decisión judicial que es individual y propia del caso, no pierde su calidad de deber ser individual, pero extiende y proyecta fuera de sí misma hacia delante (el futuro), su ejemplaridad y la pauta de su valor generalizado a situaciones equivalentes o similares que deberán producir decisiones también similares. Vemos entonces la norma general es extraída de la norma individual o sentencia, mejor dicho del grupo de sentencias que generan una nueva regla de efectos generales o jurisprudencia.

Esto según Bidart Campos (1969) es válido tanto para los países que se rigen bajo el sistema del precedente como para el resto de los países, ya que en ambos sistemas aparecen sentencias que además de ser la solución para el caso concreto, sancionan un precedente para decidir casos futuros que sean semejantes, la diferencia estriba en que en los países de "common law" la vinculación del precedente es obligatoria y en los otros países esto no ocurre necesariamente.

Aunque los países de sistema jurídico de tradición legal cada día acogen más elementos del sistema del precedente, por lo cual algunos autores los denominan sistemas mixtos (Saguéz, 1998), donde la obligatoriedad de la jurisprudencia se va consolidando, tal es el caso de Venezuela, con la consagración en el artículo 335 de la obligatoriedad que tienen para todos

los Tribunales de la República, las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre las normas y principios constitucionales.

Bidart Campos (1969) aclara que admitir que el juez crea derecho, incluso con sentencias de efectos generales, no implica necesariamente la usurpación de funciones de las facultades del poder legislativo, ni tampoco significa el fomento de la arbitrariedad, porque la creación judicial no es originaria ni novedosa, porque esta creación se hace en base a normas de la Constitución, leyes, decretos, reglamentos, etc. Es decir, elaborando una decisión y una norma que se subordinan a decisiones y normas superiores.

La sentencia judicial que forma el precedente se subsume en la estructura más amplia y anterior del mundo jurídico, jerárquica y verticalmente construido (Bidart Campos, 1969).

Los tribunales constitucionales de los países, o los órganos jurisdiccionales que hacen sus veces, se encuentran en la jerarquía más alta en materia constitucional donde se hace más patente esta generación de derecho con efectos generales, por ser él órgano al que le corresponde la interpretación última de la Constitución para el logro de la función unificadora del ordenamiento que la Constitución busca desempeñar (Balaguer, 1997).

En cuanto a este proceso de creación de Derecho por el Tribunal Constitucional, Rubio Llorente (1988), habla de creación de derecho en dos planos, el constitucional y el legal, en el primer caso cuando concreta el contenido del precepto constitucional y, en el segundo caso, mediante la eliminación de un precepto, de un enunciado legal o de una disposición o norma extraída de él.

3.2. Limitaciones a la creación de Derecho por parte del Juez

Por otro lado Otto (1998) explica las limitaciones del Poder Judicial en la creación de Derecho en virtud del principio de división de poderes, pero advirtiendo de que éste no es absoluto, sino que dependerá de la estructura constitucional concreta. Sobre las limitaciones del Poder Judicial señala: el ejercicio de la potestad jurisdiccional no podrá implicar una creación normativa a menos que ésta resulte de la misma jurisdicción ejercida.

Es por eso que se admite el valor normativo de la jurisprudencia como el efecto natural de la casación, que proviene de la misma actividad jurisdiccional, lo cual según Otto (1998) ratifica la separación de Poderes, porque el texto legal no predetermina por completo la decisión del juez, sino que deja a éste, el margen de libertad para que resuelva el caso concreto, estableciéndose para el juez una labor complementaria de la legisla-

ción, propia del juez, en el ámbito concreto, que produce efectos generales por la centralización de la orientación interpretativa propia del precedente y la casación.

En los casos fáciles, donde es evidente la predeterminación de la decisión en la norma, es decir, no se encuentran dentro de los problemas de aplicación del derecho (lagunas, contradicciones, etc.), el límite lo conforma la norma misma. Pero cuando no ocurre esto, los límites consisten en lo que Otto (1998) denomina reglas de aplicación, que no es más que el criterio complementario de fundamentación que la conciencia jurídica general o que el propio sistema normativo establece como válido, dentro de ellas destacan: las reglas de interpretación, presentes en la mayoría de los códigos civiles de los países y en las Constituciones; las construcciones dogmáticas de la doctrina y el precedente o jurisprudencia que el propio ordenamiento jurídico le da el carácter vinculante. Estas reglas de aplicación limitan el margen de libertad del juez y lo ubican por ello dentro del ámbito jurídico y no político.

Estos límites son necesarios precisamente para reducir la libertad del juez que conlleva a ciertos peligros señalados por Otto (1998):

- La posible lesión de la seguridad jurídica, al hacer imprevisible la decisión judicial.
- El quebrantamiento del principio de igualdad en la medida que permite que casos similares sean resueltos de modo diferente por el mismo juez o jueces distintos, lo que implica que la ley o el Derecho no es igual para todos, lo que se hace evidente en las distintas circunscripciones judiciales, donde la aplicación del Derecho en un mismo país puede no ser uniforme.

Las reglas de aplicación son límites al juez que permiten:

“...someter la aplicación del Derecho a reglas que la hagan uniforme en el tiempo y en el espacio, de modo que la decisión judicial resulte predecible e igual en todos los casos y en todo el territorio” (Otto, 1998: 290).

De esta manera se introducen dos valores de inspiración o norte de la función judicial: la igualdad y la seguridad jurídica, a los fines de que la decisión judicial sea justa y no arbitraria, tal como lo indica Recaséns (1956) cuando aclara que seguridad jurídica es evidentemente distinto a la justicia, pero ambos valores quedan implicados puesto que un territorio fértil para la injusticia lo constituye un ambiente de caos, de anarquía, en fin, de ausencia de seguridad jurídica.

O lo que es lo mismo, la ausencia de certeza o previsibilidad jurídica puede fomentar la injusticia, de esta forma ambos valores jurídicos se encuentran aparejados.

3.3. La Jurisprudencia o Precedente Constitucional como Fuente de Derecho

Se dice que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es fuente de Derecho, y sobre todo de creación del Derecho, porque se hace precedente, porque tiene valor normativo, derivado de la eficacia de sus decisiones cuyo objeto es la ley y también por su valor jurisprudencial, por cuanto gracias a éstas decisiones se interpreta la Constitución (Otto, 1998).

Ejemplo de este valor normativo, explica el autor español, ocurre cuando el Tribunal Constitucional actúa como legislador negativo, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, tiene la eficacia de la ley misma que es su objeto.

Existirá también el valor jurisprudencial cuando el Tribunal Constitucional interpreta la norma constitucional que aplica, incluyendo o excluyendo esto o aquel de sus posibles sentidos, como cuando interpreta la Ley al conocer los recursos como Tribunal de alzada y en los argumentos que utiliza cuando resuelve los recursos de inconstitucionalidad (Otto, 1998).

Para Otto (1998), este valor jurisprudencial de las decisiones del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, no es de efectos generales plenos, pero se hace normativo para la jurisdicción ordinaria, pues cuando exista jurisprudencia constitucional sobre un precepto de la Constitución, los tribunales habrán de interpretarla conforme a ésta, lo que puede implicar la anulación de la sentencia que ignore la jurisprudencia.

Balaguer (1997) alega que tal situación procura la unidad material del ordenamiento y también la unidad hermenéutica en la aplicación de la Constitución.

La unidad material implica la uniformidad sobre el Derecho aplicable y la unidad hermenéutica hace referencia a las determinaciones y condiciones que deben regir la interpretación de las normas, para el logro de esa uniformidad que forma una fuente de Derecho.

Las decisiones del Tribunal Constitucional en las cuales basó esas modalidades deberán ser vinculantes para los demás jueces, es así que el referido órgano define no solo las normas constitucionales, sino también las normas

sobre la interpretación constitucional, que son reglas esenciales que consisten en criterios de interpretación que vinculan a los tribunales ordinarios.

Tenemos entonces que la jurisprudencia constitucional es fuente de Derecho, porque es vinculante para los demás tribunales, en el sentido de determinar cual es el derecho aplicable y los criterios de interpretación de esa aplicación.

Cuestión que no se queda allí, porque esos efectos generales no son sólo sobre los demás tribunales, sino también sobre los funcionarios administrativos y también los particulares, que tienen que ajustarse necesariamente a la interpretación del Tribunal Constitucional, si quieren tener su conducta ajustada a Derecho y así evitar cualquier controversia judicial. Lo cual se hace evidente cuando existe jurisprudencia sobre la determinación de los casos en los cuales se viola o no se viola, los derechos previstos en la Constitución.

Es por eso que a diferencia de Otto, afirmamos que los efectos jurídicos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sí tendrá en algunos casos efectos jurídicos plenos, porque también incluye a los particulares.

La jurisprudencia o precedente es fuente de Derecho también, por las razones ya expuestas por Rubio Llorente (1988), porque produce una transformación en los sistemas jurídicos, por la naturaleza de su producción, porque puede ser de efectos generales para todos los ciudadanos y para toda la jurisdicción ordinaria y cambiando o modificando el ordenamiento jurídico al anular normas y establecer pautas o interpretaciones de carácter general que también pudieran implicar el dictado de nuevas normas.

Al respecto, es necesario determinar que es lo vinculante, es decir, que elementos dentro de la decisión del Tribunal Constitucional son oblatorios, para ello es menester adentrarnos en la delimitación del precedente o jurisprudencia constitucional, es decir, responder ¿qué es lo vinculante del fallo o sentencia?

- Elementos y delimitación del Precedente Constitucional

Empecemos por señalar los elementos de las sentencias de los tribunales constitucionales que se hacen precedente, de acuerdo a Escobar (2005) quien toma como pauta el sistema americano, adaptándolo a los países de derecho continental. Y esto es así porque el valor del precedente, o lo que es lo mismo el alcance de su efecto vinculante está relacionado con las partes en que se compone.

Son tres las partes del precedente: el “holding”, el “dictum” y el “rationale”.

El Holding equivale a la “ratio decidendi” (2) de los países de herencia continental, es la parte de la decisión o sentencia que fundamenta al precedente. Es la regla o principio que define el Tribunal al resolver el caso concreto, delimitado por el contenido de esa misma regla que se considera vinculante.

El “dictum” se refiere a las motivaciones marginales, periféricas, circunstanciales o abundantes, las cuales no tienen carácter de fuerza vinculante, sólo poseen carácter persuasivo.

El término “rationale” alude a la motivación del “holding”, el fundamento de la regla que resuelve el caso y que constituye el “holding”, este elemento tiene especial relevancia para elaborar la doctrina vinculante.

Se aprecia entonces que el efecto vinculante se refiere a la regla que resuelve el caso y que sirve para casos futuros o “holding”, considerando sus argumentos o “rationales”, cuya aplicación dependerá de la relación por similitud o diferencias fácticas entre el caso en el cual se estableció el precedente y el caso presente.

Siguiendo con Escobar (2005) se tiene que la regla o “holding” que sirve de fundamento para decisiones futuras de casos similares, su efecto vinculante dependerá de la postura que se observe en cuanto al alcance de dicha regla, la cual puede ser minimalista o maximalista.

Maximalista cuando la regla es abstracta y general para abarcar todo un género o clase de casos en el futuro y minimalista, la regla o “holding” debe ser confeccionada solo en el caso concreto y para efectos vinculantes a casos muy similares, con la ayuda del razonamiento analógico.

4. El novísimo papel de la jurisprudencia o precedente en el origen del Derecho

El precedente está teniendo gran relevancia en las circunstancias actuales en nuestros países de gran tradición legalista, donde la ley, al menos formalmente hablando, ha sido casi la única fuente de Derecho, pero es el caso, que debido a varios factores que están acaeciendo, como la crisis e ineficacia de los parlamentos, la amplitud de roles que están ejerciendo los Tribunales, específicamente los Tribunales Constitucionales, etc.; el precedente judicial está teniendo varias funciones, distintas a las tradicionales referidas a la integración del Derecho y a la interpretación de éste en lo referente a la actualización del sentido de la ley; las cuales se manifiestan en dos actuaciones relevantes: Las Sentencias Constitucionales Atípicas o In-

termedias y la enmienda jurisdiccional de la constitución llevada a cabo por los Tribunales Constitucionales, casos que analizaremos doctrinariamente y con algunas referencias jurisprudenciales en Venezuela (3).

4.1. El caso de las Sentencias Constitucionales Atípicas o Intermedias

Es evidente la función como legislador positivo del Tribunal Constitucional en las sentencias atípicas, es decir, aquellas que rompen con la dicotomía inconstitucionalidad-nulidad/constitucionalidad-validez, por ser sentencias que modifican parte del enunciado, sin anularlo completamente e incluso adhieren elementos nuevos.

Esta situación ocurre cuando el Tribunal Constitucional rebasa lo convencional, y dicta sentencias que han permitido al legislador convertirse de legislador negativo a positivo o legislador a secas (Rubio Llorente, 1988) y ejercer un poder exorbitante, porque no sólo dicta sentencias con fuerza de ley, lo cual puede ser razonable cuando actúa como legislador negativo, sino que dicta leyes, es decir, cuando dicta las sentencias no tradicionales, calificadas por la doctrina como intermedias, interpretativas o manipulativas.

En estos casos el Tribunal Constitucional se coloca a mitad del camino entre la ratificación de la ley y su invalidez, cuando a juicio de Betegón y otros(1998), manipula el orden legislativo, ya sea sustituyendo una disposición legislativa por una nueva norma, o añadiendo una norma donde no existía, ni disposición, ni norma previa.

Otro de los elementos que dan cuenta de este tipo de sentencias creadoras de derecho de los Tribunales Constitucionales, lo vemos en las normas subconstitucionales (explicadas por Aja y González 1998), dictadas por éstos y que surgen por la necesidad que tiene todo tribunal constitucional de concretar cada norma constitucional en un enunciado normativo, cada vez más concreto que le permita realizar el control de una ley determinada, estas normas van tejiendo una red cada vez más amplia que tiende a superponerse a la legislación en cada uno de los ordenamientos.

Estas normas subconstitucionales constituyen la doctrina del Tribunal Constitucional, la cual posee un amplio alcance, por que inclusive en algunos países, deben interpretar las leyes conforme a esta doctrina recaída en todo tipo de procesos, por ejemplo en materia de amparo en España (4).

Creemos que la razón de las sentencias constitucionales no tradicionales, es esencialmente práctica, por los problemas de inseguridad jurídica, violación a la igualdad de las decisiones, que pudiese traer una sentencia anulatoria, que dejase un terrible vacío legal, es el “horror vacui” de Aja y González (1998).

La dicotomía validez-nulidad esencial en la posición tradicional del Tribunal Constitucional como legislador negativo, resulta rígida, y de aplicarse estrictamente provocaría despropósitos peores que la ley anulada, es el “horror vacui” que pudiera inclusive ser un problema político, como sería el caso en el cual se anulase una la ley que regula pensiones (5), a menos que el Tribunal adoptase medidas para limitar o corregir sus consecuencias (Aja y González, 1998) y es allí donde entran las sentencias intermedias que cambian el sistema constitucional tradicional al atribuir funciones de legislador positivo para el tribunal constitucional, al parecer para reducir estas posibles consecuencias negativas de declaratorias de nulidad que provocarían inseguridad jurídica.

Por ello ha surgido la solución intermedia, obligante según Casal (2001), pues los Tribunales constitucionales ante dos temores, por un lado el de producir el vacío legal y sus nefastas consecuencias y por otro lado, el aceptar la validez de las normas inconstitucionales ante la otra posibilidad de no anular la ley, provocaron este tipo de sentencias, que rechazan la forma de interpretar la ley de modo inconstitucional y reivindica una forma de interpretar la ley en cuestión, que sea acorde con la Constitución.

Estas sentencias atípicas permiten por un lado rechazar la norma inconstitucional y por otro lado, evitar el vacío legal producido por las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes; y son llamadas intermedias por la doctrina, porque éstas no anulan una norma sino que la cambian o modifican o incorporan una nueva norma al ordenamiento jurídico, una vez que realizan la anulación. Esto produce evidentemente una ley, porque la interpretación en el caso tiene también efectos generales.

Otra razón de estas sentencias radica en la ineficiencia de los parlamentos contemporáneos a crear o modificar leyes en un tiempo oportuno y también a una variante de legitimidad presente en los sistemas políticos, de pérdida de legitimidad del parlamento por su ineficacia y exceso de politización, que lo ha ganado en cambio, el Tribunal Constitucional, por resolver los problemas de inseguridad jurídica, producto de la ineficiencia legislativa y por aplicar realmente la Constitución en este ámbito de abstracción.

Claro está, esta legitimidad del Tribunal Constitucional no consideramos que sea absoluta y generalizada, creemos que responderá también por su rectitud en no irrespetar la supremacía constitucional, como sería el caso de la producción de sentencias impredecibles, que violen la norma, la Constitución, sus principios y sus valores y así mismo, en no excederse en el ejercicio de esta función, que sería el observar una evidente violación a la separación de poderes, enraizado en la cultura jurídica, tanto en el foro jurídico como en el ciudadano común.

Otro fundamento de estos fallos *sui generis* se refiere a la consolidación del Estado Democrático y Social de Derecho (Aja y González, 1998), manifestado en fenómenos como el exceso de legislación, el crecimiento de sentencias de los tribunales constitucionales, que aumentan su protagonismo y la consideración de derechos y libertades que fomentan la mayor relevancia de estos tribunales y los obligan a un examen más riguroso de las normas que afectan derechos y garantías constitucionales.

Evidenciándose entre estas actuaciones de legislación positiva, principalmente como causa (según Aja y González, 1998) la distinción entre precepto o enunciado legal y las normas o normas que pueden encerrar aquellos, produciéndose la anulación de normas sin modificar el precepto legal.

Es el caso de una mera supresión de un vocablo dentro de un precepto que puede generar una norma nueva, dado el efecto general de la sentencia en cuestión (Casal, 2004).

El autor venezolano señala otros casos como: las sentencias estimatorias o parcialmente estimatorias, que no anulan el precepto legal sino que determinan como el mismo debe ser interpretado para poder armonizar con la Constitución o excluyen por inconstitucionales algunas de sus posibles interpretaciones, sufriendo el precepto impugnado una transformación, también los casos donde el Tribunal Constitucional añade palabras al texto declarado inconstitucional, también entran en estos casos las sentencias de mera inconstitucionalidad, pero que no declaran la nulidad de la norma, dándole oportunidad al legislador de reparar la inconstitucionalidad o difiriendo los efectos anulatorios del fallo.

Se incluyen estos casos porque burlan el dogma inconstitucionalidad-nulidad, evitándose de esta manera la limitación de las actuaciones de los tribunales constitucionales e incluso su resistencia de declarar inconstitucional una ley por los efectos inseguros (“horror vacui”) de una declaratoria de inconstitucionalidad tradicional con efectos anulatorios.

Teniendo también presente las sentencias de nulidad parcial cualitativa (Aja y González, 1998), que ocurren cuando se suscitan problemas de inconstitucional en ciertas circunstancias, por lo cual se declara la nulidad de la aplicación de un precepto a ciertas categorías o sujetos, permaneciendo inalterada su validez a las demás situaciones.

Como muestra de estos fallos tenemos la sentencia N° 301 dictada por la Sala Constitucional en fecha 27-2-2007, cuyo ponente fue el Dr. Cabrera Romero, la cual causó mucha polémica, porque se consideró que en la misma el Tribunal Supremo legisló, modificando el artículo 31 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta de diciembre de 2001, usurpando funciones propias de la Asamblea Nacional.

En efecto, el fallo en cuestión considerando que el mencionado artículo violaba el principio de justa distribución de las cargas públicas previsto en el artículo 316 de la Constitución, en vez de declarar nulo la norma en cuestión, como sería un control constitucional como legislador negativo, que implicase su nulidad, **modifica**, así lo dice expresamente en su dispositivo, la redacción del artículo en cuestión, eliminando como elementos del enriquecimiento neto los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, tal como lo preveía originalmente el artículo y dejando válida la normativa en cuanto a otros elementos del enriquecimiento neto por considerarlos conforme a la Constitución.

La constatación aquí de la sentencia intermedia es evidente, por modificar la ley del Impuesto sobre la Renta, cuestión privativa de la Asamblea Nacional, usurpando las funciones de este Poder y así mismo quebrantando el principio de la división de los poderes, previsto en el artículo 136 de la Constitución.

4.2. La Enmienda Jurisdiccional de la Constitución

La inquietud por constatar una posible enmienda jurisdiccional de la Constitución nace de la reflexión de García de Enterría (2001) cuando señala que el poder de enmienda o revisión constitucional, privativo del poder constituyente, puede también evidenciarse cuando la Corte Suprema de Estados Unidos, ha logrado adaptar la constitución norteamericana a los nuevos tiempos, es el "*rewriting*" del Derecho Anglosajón.

Pero el mismo autor se plantea si este poder de enmendar aparentemente aplicado por el Poder Judicial, es legítimo, sí implica usurpación de

funciones del Poder Constituyente que se ejerce mediante una Asamblea Constituyente o del Poder legislativo cuando actúa como Poder Constituyente derivado.

Podemos preguntarnos tal como lo hace García de Enterría (2001) cuando haciendo un símil con los precedentes establecidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos, determinan el sentido de alguna norma de la Constitución estadounidense conforme a los nuevos tiempos, implicando una adaptación de la Constitución, cuestión que se entiende como una enmienda constitucional, por implicar un cambio de sentido del texto constitucional, distinto al previsto por el constituyente y el cual también tiene efectos generales.

Lo problemático del poder constituyente ejercido por los Tribunales Constitucionales, no es en sí mismo el cambio constitucional que produce, sino que dicho cambio sea contrario o sustancialmente distinto a lo previsto por el constituyente, es decir, que rebase el marco constitucional.

En este último caso, es cuestionable la legitimidad de esta actuación de los tribunales constitucionales, la cual se aprecia únicamente en los hechos, pero sin fundamento jurídico, ni político alguno, por violentar el Estado de Derecho y los principios democráticos, relacionados con la división de los poderes y la soberanía popular.

Este fenómeno de cambio constitucional jurisdiccional puede ocurrir en nuestro sistema de derecho escrito, ejemplo de ello se tiene a interpretaciones de normas constitucionales que limitan excesivamente derechos, vaciando de contenido las garantías previstas en la carta magna y lesionando el contenido esencial que debe resguardarse en cada derecho humano o fundamental (Casal, 2001), aun admitiéndose las limitaciones previstas en la misma Constitución y en la ley.

Cuestión ésta ya asomada por la doctrina constitucional, es por eso que Saguéz denomina a prácticas similares del Derecho Judicial, como mutaciones constitucionales, “contra constitutionem” contra una norma constitucional justa, cuestión a todas luces ilegítima por considerarse un falseamiento de la Constitución.

Dejando a salvo aquellos casos donde los Tribunales Constitucionales, o quienes hacen sus veces, actualizan conceptos o categorías de acuerdo a la nueva realidad social, lo que Dworkin (1999) denomina Concepto abierto, referida a aquella exigencia moral prevista en la ley, no definida de antemano, cuyo sentido dependerá de la concepción imperante en la actualidad, es decir, de acuerdo al contexto, al espacio y tiempo.

En la situación planteada, la legitimidad de la decisión del tribunal constitucional es aceptada, por cuanto actúa dentro del marco que le da la Constitución, al establecer una concepción de algún valor o exigencia axiológica que dependerá de la moral social imperante, es así como conceptos como la dignidad humana, honestidad, ética pública, etc.; varían de acuerdo a la dinámica social, expresándose tal cambio en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, de efectos generales, por cuanto el nuevo sentido establecido, tiene resonancia sobre otros casos donde sea necesario aplicar estos valores.

No se viola el Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional actúa dentro del ámbito de actuación que le otorga la Constitución, es una creación de Derecho por parte de los órganos jurisdiccionales aceptada, no cuestionable, al menos que en la misma se evidencie un sentido contrario al que se desprende del análisis de los valores, principios, normas y fines constitucionales, violándose de esta manera el principio de supremacía constitucional, elemento también fundamental dentro del Estado de Derecho, además de valores fundamentales del Derecho como la justicia, igualdad y seguridad jurídica, que se quebrantan cuando los Tribunales sobrepasan los límites de la creación judicial por parte del juez que impiden que su sentencia sea arbitraria (6).

Tal sería el caso, extremo pero ilustrativo, donde en una Constitución, a pesar de no prohibirse expresamente la esclavitud, el Tribunal Constitucional considera que esta práctica no atenta en modo alguno contra la dignidad humana, de acuerdo a la concepción de dignidad humana que maneja, cuando en el resto de la Constitución, en sus normas, principios, etc; se consagran valores como la libertad, la no discriminación y la igualdad; siendo ésta una interpretación que sobrepasa y contraría el mandato constitucional.

Ejemplo de Enmienda Constitucional jurisdiccional, tenemos a la Sentencia 1.013 del 12 de junio de 2001, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Caso: Elías Santana, cuyo ponente fue Jesús Eduardo Cabrera.

En esta sentencia se interpreta el artículo 58 de la Constitución en lo que respecta al Derecho a Réplica, estableciéndose limitaciones a este Derecho no previstas en la Constitución.

En efecto, el fallo establece una limitación al ejercicio del Derecho a réplica en los casos en que los solicitantes sean comunicadores que trabajen en un medio donde puedan expresarse, restricción que además es excesiva

y vacía de contenido la norma constitucional que prevé que este derecho deberá ejercerse por el mismo órgano de difusión donde se emitió la información agravante, independientemente sea comunicador o no, o disponga o no de un medio para expresarse.

Podemos estar hablando aquí de una “enmienda jurisdiccional de la Constitución” por cuanto se establecen limitaciones no previstas en la Constitución y que además son desproporcionadas, quebrantan el contenido esencial del derecho consagrado, se demuestra entonces que se cambió el Derecho, se cambió la norma constitucional.

Esta aseveración se desprende del hecho que esta decisión tiene efectos generales, por ser las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia vinculantes para las otras salas y demás tribunales de la República, conforme a lo previsto en el artículo 345 de la Constitución, interpretación que será vigente por lo menos hasta que la Asamblea Nacional dicte una ley que desarrolle este Derecho y establezca pautas distintas a la sentencia 1.013, o en su defecto, haya un cambio de criterio de la Sala Constitucional.

Conclusión

Hablamos de un intento de conclusión porque la temática que analizamos se encuentra desarrollándose y es por ello que las teorizaciones correspondientes son una tentativa de aseveraciones; no obstante, de acuerdo a lo desarrollado se desprende lo siguiente:

La jurisprudencia o precedente constituye una fuente de Derecho que cobra cada vez más relevancia en las circunstancias actuales, en los sistemas jurídicos de derecho escrito, por significar en muchos de los casos, incluso algunos polémicos para la doctrina en cuanto a su legitimidad, la generación de decisiones de efectos generales que pueden modificar leyes y hasta Constituciones, interfiriendo con esto en las atribuciones que les son propias al parlamento y al Constituyente y hasta principios propios del Estado de Derecho como el de Supremacía Constitucional, esto último sobre todo, en lo que respecta a la enmienda jurisdiccional constitucional.

Estas decisiones de efectos generales en los casos narrados de sentencias intermedias y de enmienda constitucional jurisdiccional, evidencian la creación de Derecho similar a normas, fuentes de Derecho con caracteres semejantes a la legislación, aceptados en la realidad jurídica, aunque no por la doctrina constitucional y jusfilosófica, cuestión que puede dar al traste con las clasificaciones tradicionales de fuentes del Derecho, como la de Alf Ross referida

en el trabajo, donde podría casi equipararse la jurisprudencia o precedente con la Legislación o Ley, por sus efectos de resonancia, generales, es decir, erga omnes, similares a la ley, en casos diferentes a los aceptados por la doctrina en nuestros sistemas de derecho escrito (integración de lagunas, solución de contradicciones y ambigüedades normativas, etc.), es decir, totalmente distintos, pudiendo ser contra “legem” o contra “constitutionem”, en toda caso, reservados únicamente al parlamento y al poder constituyente.

Se evidencian estos casos en la realidad venezolana, cuestión que se evidencia en los fallos analizados, donde se modifica jurisdiccionalmente la normativa constitucional y legal.

Notas

- 1) Cuestión que analizaremos más adelante en el punto 3 de este trabajo.
- 2) “ratio decidendi” que Ross, tal como lo señalamos en el punto 1.2.b, la incluye como elemento definitorio del “stare deicisis”.
- 3) Aclaremos que haremos sólo referencia a dos casos jurisprudenciales de una manera sucinta, puesto que un mayor análisis de estos fallos rebasa el propósito y extensión del presente trabajo.
- 4) Aspecto que guarda relación con las reglas de interpretación de los tribunales, especialmente los Tribunales Constitucionales, descritas por Otto (1998) a lo cual hicimos referencia en el punto 2.2., del presente trabajo.
- 5) Ejemplo presentado por Aja y González (1998: 257-291) cuando un Tribunal Constitucional anula por discriminación a la mujer una ley de pensiones que establece más requisitos a las personas del sexo femenino, produciéndose una laguna “horror vacui”, que impediría el ejercicio del derecho a las pensiones, por estar éste previsto en la ley anulada.
- 6) Sobre esto se hizo referencia en el punto 2.2 del trabajo considerando al autor Ignacio de Otto.

Lista de Referencias

AJA, E. y GONZÁLEZ, M. (1998). “**Conclusiones sobre las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual**”. En: Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. Compendio. Coordinado por Eliseo Aja. Barcelona. Gedisa. 257-291.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000.

- BALAGUER, M. (1997). **Interpretación de la Constitución y el ordenamiento jurídico**. Madrid. Tecnos. 184p.
- BIDART CAMPOS, G. (1969). **Filosofía del Derecho Constitucional**. Buenos Aires. EDIAR. 330p.
- CASAL, J. (2001). “**El dimensionamiento del fallo constitucional**”. En: Curso de Capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica. Coordinado por Zerpa y Delgado. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 3. Páginas: 445-462.
- _____ (2004). **Constitución y Justicia Constitucional**. Caracas. UCAB. 324p.
- COSSIO, C. (1967). **El Derecho en el Derecho Judicial**. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 373p.
- DWORKIN, R. (1999). **Los Derechos en serio**. Barcelona. Ariel. 510p.
- ENGISH, K. (2001). **Introducción al pensamiento jurídico**. Madrid. Comares.
- ESCOBAR LEÓN, R. (2005). **El Precedente y la Interpretación Constitucional**. Caracas. Editorial Sherwood. 228p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2001). **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid. Civitas. Tercera Edición-Cuarta Reimpresión. 264p.
- KELSEN, H. (1977). **Teoría Pura del Derecho**. Buenos Aires, EUDEBA.
- MONTESQUIEU, Ch. (1980). **El Espíritu de las Leyes**. Tecnos. Madrid.
- NOGUEIRA, H. (2006). **Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur**. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 312p.
- OTTO, I. (1998). **Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes**. Barcelona. Ariel. 317p.
- RECASÉNS, L. (1956). **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. México. Porrúa. 276p.
- ROSS, A. (1963). **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires. EUDEBA. 376p.
- RUBIO LLORENTE (1988). “**La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho**”. En: Revista Española de Derecho Constitucional. N° 22. Páginas: 9-51.
- SAGUÉZ, N. (1998). “**La interpretación judicial de la Constitución**”. Buenos Aires. De Palma. 239p.

Jurisprudencia:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1.013 de fecha 12-06-2001. Ponencia de Jesús Eduardo Cabrera. Caso: Elías Santana.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 301 de fecha 27-02-2007. Ponencia de Jesús Eduardo Cabrera. Caso: Adriana Vigilanza y Carlos Vecchio.