

Límites de la interpretación constitucional*

Ramón Escovar León**

Doctor en Derecho

Resumen: *La interpretación constitucional no es ilimitada porque no puede usarse para afectar las instituciones de la democracia y la libertad. Lo que ha sucedido en los veinte años de "justicia constitucional" socialista es un desbordamiento de los criterios de interpretación. Estos criterios deben respetar los derechos humanos, el principio de separación de poderes y las libertades ciudadanas. Lo que se expone en el trabajo demuestra que la "justicia constitucional" de la revolución bolivariana ha sido un fracaso.*

Palabras Clave: *Interpretación, constitucional, límites, derechos, humanos, libertad.*

Abstract: *Constitutional interpretation is not unlimited because it cannot be used to affect freedom and democratic institutions. What has happened in the last twenty years of socialist "constitutional justice" is an outburst of criteria of interpretation. These criteria should respect human rights, the paper exposes is that the "constitutional justice" of the Bolivarian revolution has been a failure.*

Key words: *Interpretation, constitutional, limits, human, rights, liberty.*

INTRODUCCIÓN

Las decisiones que dicta la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia se caracterizan por tener, en principio, carácter vinculante. Ello porque las mismas constituyen precedentes que deben ser seguidos por los tribunales de la misma manera como se deben atener a las normas jurídicas. Esto ha traído problemas en el sistema de administración de justicia venezolano por el carácter autoritario que ha sellado las decisiones jurisprudenciales; se ha creído que pueden dictar decisiones sin límites. No es así, y es lo que propongo exponer en las líneas que presento a continuación.

Las sentencias que dicta la SC son distintas a aquellas que provienen de la jurisdicción ordinaria¹, por dos razones. En primer lugar, porque no se basan necesariamente en el silo-

* Algunas de las ideas que presento en este trabajo forman parte de mi libro *El Precedente y la interpretación constitucional*. Editorial Sherwood, Caracas, 2005. Sin embargo, este texto es una versión con cambios, ampliaciones y añadidos para adaptarlo a la experiencia vivida en los últimos 14 años.

** Abogado *summa cum laude* (UCAB: 1974). Doctor en Derecho UCV (1990). Magister en Administración de Empresas (UCAB: 1997). Licenciado en Letras *magna cum laude* (UCV: 2016). Profesor Titular (jubilado) UCV y UCAB. Columnista del diario *El Nacional* y colaborador del portal web *Prodavinci*.

¹ Uso el término justicia constitucional como sinónimo de jurisdicción constitucional, tal como lo enseña Eisenmann, Charles: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*. Paris, Économica-Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1986, p. 2. No obstante, la doctrina nacional entiende que son dos conceptos diferentes. Véase Duque Corredor, Román José: *La Interpretación vinculante de la jurisdicción constitucional y los poderes correctivos de los jue-*

gismo; y, en segundo lugar, porque tienen, en principio, carácter vinculante, toda vez que son consecuencia de la interpretación de una norma o principio constitucional, según lo pauta el artículo 335 de la Constitución.

El carácter vinculante de la sentencia tiene especial importancia para la toma de la decisión judicial. Por esta razón, dedicaré la primera parte del trabajo a la delimitación del concepto precedente constitucional. En una segunda parte abordaré el tema tomando en cuenta el aporte de la doctrina jurídica; especialmente lo que sobre dicha materia han expuesto los estudiosos del sistema jurídico norteamericano. Después pasaré a examinar la doctrina venezolana a través del análisis de la sentencia N° 1077 de fecha 22-09-2001 (caso: *Servio Tulio León*) la cual estableció el criterio de la “gramática” interpretativa en el derecho constitucional de la revolución bolivariana. Seguidamente reflexionaré sobre si el carácter vinculante de los precedentes constituye un límite para el Poder Legislativo. En este crucial punto, he dividido la exposición en dos secciones: una para referirme al aspecto general; otra para examinar el caso concreto venezolano. Finalmente, se presentarán las conclusiones.

I. DELIMITACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El concepto de precedente constitucional vinculante no es al que se aplica a las partes del caso concreto, como efecto de la cosa juzgada, sino al precedente vinculante para otros casos, también denominado precedente obligatorio extensivo².

Así ubicado el concepto, puede afirmarse que el precedente constitucional tiene varios límites y uno de ellos está definido por el tema objeto de la decisión, es decir, por lo que el Tribunal se propone resolver. Es por ello que el posible valor de precedente está conectado con el *thema decidendum*.

Ahora bien, determinar lo que constituye el precedente no es tarea fácil, puesto que su existencia está determinada por la identidad del caso que le sirve de base, es decir, el antecedente o precedente. Por esta razón, la delimitación de los alcances de esa identidad entre los casos es lo que debe ser objeto de precisión.

Lo señalado resulta sencillo cuando se trata del sistema de derecho común, en los cuales se distingue, sobre la base del caso concreto, entre los tres sectores de la decisión, es decir, el *holding*, el *dictum* (o *dicta*) y el *rationale*, los cuales constituyen la estructura del precedente³.

ces. En: *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia*. Barquisimeto, XXVII Jornadas Domínguez Escovar, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2002, p. 2. Dice así este autor: “La *Justicia Constitucional* es la que ejercen todos los Tribunales de la República, a través del control constitucional difuso de la constitucionalidad de las leyes y de otras disposiciones normativas y la acción de amparo. Mientras que la *Jurisdicción Constitucional* de las leyes y de los demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. Véase igualmente Brewer Carías, Allan R: *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 13.

² Adrian Hernández, Tomás M: *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)*. En: *Revista de Derecho Constitucional*. Edit. Sherwood, N° 8, Caracas, 2003, p. 259.

³ Magaloni Kerpel, Ana Laura: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw Hill, Madrid, 2001, p. 80. En relación con este libro véase: Ahumada Ruiz, María Ángeles: *Stare Decisis y creación judicial de Derecho (Constitucional)*. A propósito de *El precedente*

El término *holding* equivale a nuestra *ratio decidendi*; y en lo que atañe a la distinción entre *holding* y *dictum* hay que señalar el nivel de discusión al cual se refiere el análisis de la sentencia. Para el tratamiento del asunto es necesario identificar lo que en el derecho norteamericano se define como *holding* o “*ratio decidendi*”⁴, es decir, la parte de la decisión que fundamenta el precedente. Este término se contrapone al *dictum* que se refiere a las motivaciones marginales, periféricas, circunstanciales o sobreabundantes⁵, las cuales carecen de carácter vinculantes con efectos *erga omnes*, pues estas últimas tan solo poseen carácter persuasivo.

Por lo anterior, la fijación de los límites de la sentencia constitucional puede lograrse con el uso del precedente judicial, concepto este que inspira al principio de *stare decisis*, esto es, el principio jurídico según el cual los tribunales deben seguir las decisiones previas que han resuelto el punto objeto de su decisión, es decir, el sistema basado en las reglas jurisprudenciales preexistentes⁶. Entonces, el *holding* o *ratio decidendi* es la parte de la sentencia que contiene el precedente y se equipara al concepto de precedente judicial del derecho civil⁷.

El término *rationale*, por su parte, alude a la motivación (*grounds of the holding*) que expone la decisión para fundamentar su conclusión y “tiene una especial relevancia para la elaboración de la doctrina vinculante”⁸.

La doctrina señala que los términos *holding* y *dictum* tienen distintos significados de acuerdo con diversos niveles de discusión, pero, entre ellos, destaca el examen de la decisión desde el punto de vista de la controversia decidida, lo que constituye un referente para futuros conflictos. En relación con el primero, es decir, la determinación del precedente de acuerdo con el conflicto decidido, el *holding* está constituido por la regla o principio que define el tribunal al decidir el caso concreto. Y el *holding* desde la perspectiva del posible valor normativo de la decisión, está delimitado por la regla que se considera vinculante. Dicho, en otros términos: en la primera visión (conflicto decidido), el *holding* es la regla establecida para decidir el caso; en el segundo, lo es la regla que se establece como vinculante para el

constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, N° 67, Madrid, Enero-Abril 2003, pp. 351.

⁴ El término *holding* es el usado en el sistema norteamericano y *ratio decidendi* en el sistema inglés. La doctrina iberoamericana utiliza ambos términos como sinónimos (Magaloni: *ob. cit.*, p. 81).

⁵ El término *dictum* (singular) o *dicta* (plural) *constituyen una abreviación de los términos obiter dicta u obiter dictum* (Magaloni: *Ibid.*).

⁶ *Stare decisis et non quieta movere*. Según el diccionario *Black's Law* se define como “*The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation*”. *Black's Law Dictionary*. St. Paul, West Publishing Co., seventh edition, 1999, p. 1414 Véase igualmente Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C: *Diccionario Jurídico. Law Dictionary*. Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1196, T. I, p. 711. También es traducido como: “Obligatoriedad de los precedentes judiciales” (*Ibid.*).

⁷ “The general orthodox interpretation of *stare decisis* ...is *stare rationibus decidendis* (‘keep to the *rationes decidendi* of past cases’) *Black's Law Dictionary: loc. cit.* Véase igualmente Moral Soriano, Leonor: *El Precedente Judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 16. En nuestro sistema, en materia de precedente judicial, hay que atender al alcance o ámbito (*scope*) del precedente sobre su fuerza (*strength*).

⁸ Magaloni: *Ob. cit.*, p. 82.

futuro⁹. En todo caso, la aplicación del precedente dependerá de la relación, por la similitud o diferencias fácticas, entre el caso en el cual se estableció el precedente y aquel en el cual se va a aplicar en el futuro.

II. DOCTRINAS SOBRE EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

En el sistema jurídico norteamericano, la delimitación del precedente constitucional ha sido concebida de manera diferente por las doctrinas *maximalista* y *minimalista*. Si bien ambas asumen una postura distinta en el enfoque del problema, se observa que las mismas cohabitan con armonía científica en la vida académica y judicial norteamericana, por lo cual la preferencia que pudiera tenerse por una de ellas se debe básicamente a aspectos de estrategia judicial.

Según la doctrina *maximalista*, la regla del precedente o el *holding* debe ser general y abstracta de manera que pueda abarcar a toda una categoría de asuntos en el futuro. Mientras que, para la visión *minimalista*, la regla o *holding* debe ser confeccionada para el caso concreto (*cases to the point*), en vista de que la regla de precedente se aplicará a casos idénticos con la ayuda del razonamiento analógico¹⁰.

Se considera que el criterio *minimalista* debe prevalecer en aquellos casos en los cuales el Tribunal se enfrenta a un asunto conflictivo hasta colocarlo en el centro del debate político¹¹. En cuanto al criterio *maximalista*, se debe aplicar cuando se trata de un caso que, si bien es de interés general, no padece de la dosis de conflictividad política cotidiana que como se señaló, es campo preferido por los minimalistas. En este sentido, en materia de segregación racial, aborto y derecho de los homosexuales conocidos como casos *Brown vs. Board of Education* (1954) y *Roe vs. Wade* (1973) y *Lawrence vs Texas* (2003), la Corte Suprema de los Estados Unidos se basó en la doctrina maximalista y luego elaboró reglas abstractas.

Para resolver el caso *Brown vs. Board of Education*, dictada el 17 de mayo de 1954, la Corte Suprema de Justicia declaró que la segregación en las escuelas públicas es contraria a la Constitución. Para la época, las escuelas de niños negros eran consideradas de inferior categoría que la de los blancos y ante la demanda propuesta por *Brown* la Corte Suprema proclamó, sin votos salvados, que “[...] en la esfera de la educación, la doctrina de ‘separados pero iguales’ está fuera de lugar”; y dictaminó que la segregación en las escuelas públicas les niega a los niños negros “la igualdad de la protección bajo las leyes, que es una de las garantías consagradas en la Decimocuarta Enmienda”¹².

En el caso *Roe vs Wade*, la Corte hizo abstracción de los hechos concretos alegados por Roe y prefirió pronunciarse sobre el tema del aborto de manera general¹³, para permitirlo antes del segundo trimestre del embarazo. También declaró esta decisión que los Estados no pueden prohibir el aborto antes del tercer trimestre, salvo cuando el aborto pueda poner en peligro la vida de la madre. Esta importante sentencia igualmente proclamó que el feto no es

⁹ *Ibid.*, p. 83.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 99-100. Estas doctrinas, *maximalista* y *minimalista*, cohabitan en la vida forense norteamericana (*Ibid.*, p. 89).

¹¹ *Cfr. Ibid.*, p. 123.

¹² Para un examen más detallado de estas decisiones véase Sullivan, Katahleen y Gunther, Gerald: *Constitutional Law*. New Cork, Foundation Press, 2001, p. 521-531 y ss y p. 639-647.

¹³ Véase Tribe, Lawrence y Dorf, Michael: *On Reading the Constitution*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991, p. 63.

persona constitucional y que la mujer tiene un derecho fundamental para decidir cuándo poner fin al embarazo, el cual corresponde al derecho a la privacidad (*right of privacy*). Por tal razón, el gobierno no puede interferir en ese derecho, salvo ante causas de mucho peso (*compelling reason*). En consecuencia, durante el primer trimestre del embarazo, el gobierno no puede interferir la voluntad de la mujer en esta materia¹⁴. En el segundo trimestre, el gobierno tiene la facultad de regular el aborto solo para preservar y proteger la salud de la mujer¹⁵.

La decisión *Roe vs. Wade* fue ratificada en su holding por la importante decisión *Planned Parenthood vs. Casey*¹⁶ del 22 de junio de 1992. Esta sentencia, con cinco votos a favor y cuatro en contra, dictaminó que la mujer tiene el derecho de decidir sobre el aborto antes de la “viabilidad” del feto, sin intervención del Estado, el cual puede intervenir luego de la viabilidad del feto, es decir, cuando este puede sobrevivir independientemente de la madre en situaciones de peligro para ella. Se afirma que el Estado tiene interés desde el inicio del embarazo para proteger el interés de la madre y la vida del feto.

Un aspecto importante en las decisiones sobre el aborto se centra en determinar si el feto debe ser considerado persona jurídica. Sobre este asunto, Dworkin entiende que el problema rebasa esta discusión y atañe a calibrar, explícitamente o intuitivamente, la idea de que la vida humana tiene objetivos y valores intrínsecos que rebasan los valores personales de cada cual; la discusión sobre estos aspectos es el verdadero nervio del debate sobre esta materia¹⁷.

La toma de posición sobre este asunto involucra el aspecto religioso. Por eso, afirma Dworkin que los grupos opositores (“*Pro lifes*” *groups*) que se oponen a la tesis defendida en la decisión *Roe vs. Wade*, están organizados bajo el patrocinio de la Iglesia Católica¹⁸. Para algunos en Venezuela, el asunto estaría resuelto por la letra del artículo 17 del Código Civil¹⁹. Sin embargo, pensamos que el problema es más complejo y nuestras creencias religiosas no pueden imponerse al resto de la sociedad. No es conveniente que los conflictos jurídicos sean decididos al amparo de los valores religiosos del intérprete, salvo en aquellas sociedades en las cuales hay identificación entre la Iglesia y el Estado, como son las teocracias.

En la sentencia sobre el caso *Lawrence vs Texas*, dictada el 26 de junio de 2003²⁰, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos dictaminó que los ciudadanos tienen, amparados en su derecho a la intimidad, la libertad de elegir su opción sexual y de ejercerla en la intimidad. Para llegar a tan esta decisión, se obvió el precedente contenido en un asunto

¹⁴ Tribe, Lawrence: *Abortion. The Clash of Absolutes*. New York, W.W. Norton & Company, 1990, p. 11.

¹⁵ *Ibid.*, p. 11-12.

¹⁶ Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/505/833.html>. Igualmente: Información sobre el caso *Planned Parenthood* y *Casey* disponible en www.oyez.org/oyez/resource/case/306/.

¹⁷ Dworkin, Ronald: *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York, Vintage Books, 1994, p. 67.

¹⁸ *Ibid.*, p. 7.

¹⁹ “El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo”.

²⁰ Disponible en: www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/02-102.pdf [Consulta, 28 de junio, 2003]. Una versión en español está disponible en www.salvador.edu.ar/juri/ua1-4-lvt.htm. [Consulta, 12 de octubre, 2004].

anterior, el caso *Bowers vs Hardwick*²¹, mediante una fina argumentación. Partiendo de la consideración que hizo al texto constitucional federal en cuanto a si concedía a los homosexuales el derecho a realizar actos sexuales entre ellos (sodomía) la Corte no consideró la decisión *Bowers*, que sostiene que la prohibición de conductas sexuales entre personas del mismo sexo encuentra apoyo en las “raíces ancestrales” del derecho de los Estados Unidos²², sentencia criticada por parte de la doctrina estadounidense.

En efecto, Lawrence Tribe sostiene que la Corte en este caso permite la penalización de las prácticas homosexuales privadas basados únicamente en su repudio moral a tales actos²³. La opinión de los académicos americanos ejerció influencia en la posición que asumió la Corte en el caso *Lawrence vs Texas* para declarar la separación entre el código moral de los Magistrados y la interpretación del derecho. El ponente Kennedy, apoyado en la decisión del caso *Planned Parenthood v Casey* (antes señalada), proclamó que “nuestra obligación es definir la libertad de todos, no el mandato de nuestro propio código moral”²⁴.

El caso *Lawrence*, además de abandonar el precedente *Bowers*, atendió otros dos asuntos. Primeramente, si la ley del Estado de Texas que criminalizaba la sodomía, esto es, actos sexuales entre personas del mismo sexo (no personas de distinto sexo) viola el derecho a la igualdad, el cual está protegido por la Enmienda catorce; segundo, si penalizar a quienes practican tales actos, viola el derecho a la libertad y a la privacidad²⁵.

La sentencia que se comenta concluyó que la ley de Texas era inconstitucional porque violaba el derecho a la privacidad, el cual está consagrado en la Enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos; y postuló que la penalización de la conducta de los homosexuales implica una discriminación contra ellos. Desde el punto de vista argumentativo, la decisión se apoya en el voto salvado consignado por el Magistrado Stevens en el caso *Bowers* el cual había destacado que el hecho de que la mayoría que gobierna en un Estado haya tradicionalmente considerado una conducta como inmoral, no es razón suficiente para sostener una ley que prohíba tal práctica. Las decisiones individuales de personas casadas, referidas a

²¹ Disponible en caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=478&invol=186. [Consulta, 22 de noviembre, 2004]. Para una explicación del caso véase *Bowers v. Hardwick* disponible en: www.sodomylaws.org/bowers/bowers.htm

²² Véase Perfil Actual de la Corte Suprema Estadounidense como Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina “*Lawrence v. Texas*”. Disponible en: www.conhist.org/Vol%20VI/sofiasagues.PDF [Consulta, 20 de octubre, 2004].

²³ Tribe: *On reading the Constitution ... cit.* pp. 55-56. Lo expone así este autor: ...where the Court held that the State of Georgia could criminalize consensual adult sodomy in private –at least where homosexual conduct was involved– without giving any reason beyond its moral revulsion to that act”.

²⁴ “Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code”. Véase página 10 de la sentencia. Disponible en: www.supremecourtus.gov/opinions/02-102.pdf [Consulta, 28 de junio, 2003].

²⁵ Una opinión sobre esta decisión puede consultarse en Nuñez Machado, Ana Cristina: *Reflexiones personales sobre la sentencia Lawrence et al v. Texas de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos*. Caracas, agosto 2004. Trabajo consignado en el seminario titulado *Justicia e Interpretación Constitucional*, realizado en el curso de Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, semestre marzo-agosto 2004, del cual fui profesor.

la intimidad de sus relaciones físicas, aunque no tengan la intención de reproducir, son una forma de libertad protegida por la *Due Process Clause* de la Enmienda Catorce²⁶.

Como consecuencia de lo señalado, se puede observar cómo, para llegar a la decisión del caso que se viene comentando, la Corte abandonó el precedente recogido en el caso *Bowers*²⁷. La Magistrado Sandra Day O'Connor, en su voto concurrente, no coincide con la mayoría en lo que atañe a abandonar el precedente *Bowers* y sostiene que el mismo debe mantenerse²⁸. Alega para ello que el caso *Lawrence* se plantean de manera distinta a los del caso *Bower*²⁹. En este último se sostuvo que la ley estatal que criminalizaba la sodomía no violaba el debido proceso sustantivo. Allí se discutía si el componente sustancial de la Cláusula del debido proceso (*Due Process Clause*) protege los derechos de los homosexuales para llevar actos sexuales entre ellos. En *Bowers*, sostiene O'Connor, no se decidió que el rechazo moral de un grupo es una base racional, según la *Equal Protection Clause* (Cláusula de igualdad), para penalizar la sodomía, bien sea entre homosexuales o heterosexuales. El caso *Lawrence*, en cambio, plantea un asunto distinto: si de acuerdo con el *Equal Protection Clause*, la desaprobación moral es un interés legítimo del Estado para prohibir la sodomía; y dice Connors que no lo es. Igualmente, fundamenta su opinión concurrente, en la *Equal Protection Clause* y no en la *Due Process Clause*, apelando a la opinión de los redactores de la Constitución, acogiendo, de esa manera, la visión originalista de interpretación constitucional. En todo caso, en lo grueso del asunto, la Magistrada O' Connors coincide con la mayoría, siendo el punto relevante de la diferencia lo que atañe a retirarle el carácter vinculante a la sentencia *Bowers*.

²⁶ Conviene aclarar que el *Due Process of Law* se fundamenta en las Enmiendas Quinta y Decimocuarta, cada una de las cuales postula que la vida, la libertad o la propiedad no pueden ser objeto de privación sin un debido proceso. A su vez, la *Due Process Clause* se refiere al concepto aquí señalado, es decir, que hay una prohibición constitucional que prohíbe al gobierno de privar arbitrariamente a los ciudadanos de la vida, la libertad. (Véase: *Black's Law Dictionary*. St. Paul, West Publishing Company, 7ª Edic, 2001, p. 517). Por su parte, la *Equal Protection Clause* está consagrada en la Enmienda Catorce que establece que el gobierno debe a las personas o grupos de personas de la misma manera como trata a las demás en circunstancias semejantes. Así, este principio de igualdad significa que las leyes que discriminan a personas o grupos deben basarse en un criterio racional para hacerlo. (*Black's Law Dictionary ...cit*, pp. 557-558).

También se distingue entre *Procedural Due Process* (Debido Proceso procesal) y *Substantive Due Process* (debido proceso sustantivo). El procesal significa que nadie puede ser privado de la vida, libertad o propiedad sin un proceso ajustado a la Constitución. El sustantivo significa que la Administración no puede arbitrariamente limitar o privar a los ciudadanos de sus Derechos Fundamentales sin apoyo en un motivo que lo justifique. (*Ibid.*, p. 517. Véase igualmente Esparza Leibar, Iñaki: *El Principio del Proceso Debido*. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 74-75). Este concepto de *sustantive due process*, alude al autocontrol por parte de la Administración pública (ESPARZA: *Ibid*).

²⁷ *Ibid.* *Bowers* no fue correcta cuando fue decidido, y no es correcta hoy. No puede seguir siendo un precedente vinculante. *Bowers v. Hardwick* debe ser y es abandonado" (*Bowers was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. Bowers v. Hardwick should be and now is overruled*).

²⁸ "I Joined *Bowers*, and do not join the Court in overruling it. Nevertheless, I agree with the Court that Texas' statute banning same-sex sodomy is unconstitutional".

²⁹ El caso *Bowers* se refería a determinar si la Constitución otorga derechos a los homosexuales a practicar entre ellos el acto sexual (sodomía) y, por tanto, si eran válidas las leyes estatales que penalizan dichas conductas.

Es de resaltar que para la consideración del caso *Lawrence*, la Corte tomó en cuenta escritos académicos y opiniones; algunas de las cuales fueron consignadas a título de *amicus curiae* e incorporadas en el contenido de la sentencia³⁰. Entre estas, resulta relevante la referencia a una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre un caso irlandés relacionado con un hombre que practicaba conductas homosexuales consentidas. Para la consideración de dicho caso, la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que aun cuando las leyes de Irlanda del Norte prohibían la conducta homosexual consentida, la ley no era considerada por la Convención Europea de Derechos Humanos³¹. El hecho de haber tomado en cuenta dicho criterio pone de manifiesto que la Corte de los Estados Unidos se inscribió como un Tribunal que tutela los derechos humanos dentro del orden internacional³².

El desarrollo del caso *Lawrence*, sirve para mostrar que la aplicación del precedente constitucional no es tarea fácil; y hacerlo exige de los jueces un amplio conocimiento del concepto y su delimitación, así como del medio y de las circunstancias en que se produce la decisión. Desde luego, que la prudencia no escapa a estos requisitos.

En cuanto a la doctrina vinculante de un fallo, hay que aclarar que no es necesario dirigirse al dispositivo, entre otras razones, porque el concepto *holding* no es sinónimo de dispositivo. Cuando se trata de la identificación del carácter vinculante de una decisión constitucional, conviene hacer un cuidadoso examen a la fundamentación de la decisión, debido a que es posible que en ella se encuentren pronunciamientos que pueden ser parte integrante del *holding*.

Conviene señalar que, en un sistema de derecho civil, como el nuestro, el establecimiento de una doctrina vinculante debe tener un carácter excepcional y, en principio, debe interpretarse en forma restrictiva³³. En este sentido, el carácter vinculante de la decisión solo sería aplicable en un caso futuro siempre y cuando exista identidad fáctica. Este es el criterio que debe aplicarse en los asuntos de repercusión política. Sin embargo, nuestra Sala Constitucional ha dado una fuerza al precedente que no tiene para resolver asuntos políticos en beneficio de un solo sector: la revolución bolivariana.

En cambio, si se trata de la interpretación de una norma o principio constitucional como el derecho a la defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva, la Sala podrá abstraerse de los hechos del caso concreto sometido a decisión para confeccionar reglas de aplicación general a otros casos, aunque no haya identidad total en los hechos. Así, cuando se trata de los derechos ciudadanos, como la libertad de expresión, estos deben interpretarse en forma extensiva y no restrictiva.

La solución sería viable mediante utilización de criterios minimalista y maximalista como los que se aplican en el sistema jurídico norteamericano, aunque como es de suponer,

³⁰ Véase páginas 7, 8 10, 11 y 12 de la sentencia.

³¹ Página 12 de la sentencia

³² Véase Neuman, Peral: *The Uses of International Law in Constitutional Interpretation*. En: *American Journal of International Law*. St. Louis, *The American Society of International Law*, vol. 98, N° 1, Enero 2004, pp. 82-90.

³³ Véase la acción de interpretación de fecha 25 de junio de 2002 propuesta por Hernando Díaz Candía y María Cecilia Rachadell en fecha 25.06.2002 y admitido en decisión número 1071 del 8.05.03 y pendiente de decisión a la fecha en que se termina este trabajo. Véase igualmente, Díaz Candía, Hernando: "El principio Stare Decis y el concepto de precedente vinculante a efectos del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999". En: *Revista de Derecho Constitucional*. Edit. Sherwood, N° 8, Caracas, 2003, pp. 219-229.

habría que estar muy atento al análisis para evitar que se considere como vinculante, doctrinas que no puedan serlo porque no se trate de interpretación de normas o principios constitucionales.

Conviene también recordar que nuestro sistema no se corresponde al del *case law* y cuando se hace referencia a la doctrina propia del modelo norteamericano, no se hace con la aspiración de copiar o trasladar el modelo a nuestro medio³⁴ sino para comparar los métodos de creación de derecho con especial acento en el juez y en el precedente.

El análisis de la doctrina de la Sala Constitucional del TSJ venezolano, requiere de una consideración especial y es aquella que tiene que ver con el papel asumido por dicha sala para crear e imponer sentencias con “efectos vinculantes”, hecho este ha sido objeto de rechazo por la comunidad jurídica tanto por inconstitucional, porque en un Estado de derecho, el juzgador no debe estar constreñido a seguir un precedente creado para imponer un criterio que viole los valores y principios constitucionales.

Par el derecho venezolano el asunto no es banal; se pueden mencionar algunas de las sentencias que mayor impacto han causado en la sociedad, entre ellas: la N° 180 de fecha 28.03.00 (caso: *Megaelecciones*), N° 1013 de fecha 12-06-00 (caso: *Elias Santana*) y la N° 1942, de 15-07-03 (caso: *censura previa*)³⁵ que pone trabas al ejercicio de la libertad de expresión, así como las sentencias en materia electoral que se dictaron en el año 2004. A estos ejemplos se pueden añadir el elenco de sentencias que se dictaron en el año 2017 para despojar a la Asamblea Nacional de sus facultades constitucionales. Buen ejemplo de ello es la decisión N° 156 del 29 de marzo de 2017 que disolvió la Asamblea Nacional, al tiempo que la Sala se atribuyó las facultades constitucionales de dicha Asamblea. Esta sentencia produjo una reacción internacional que obligó a los magistrados de la Sala a dar marcha atrás, y a los tres días dejarla sin efectos por medio de una aclaratoria. De esta manera, quedó evidenciado que la Sala Constitucional ratificó ser un instrumento al servicio de los intereses del gobierno de Nicolás Maduro, y no una instancia para impulsar los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Las decisiones señaladas en el párrafo anterior, no constituyen precedentes puesto que sus efectos son violatorios de los derechos democráticos de los venezolanos. En la labor de revisión de la SC se advierte la judicialización (*rectius*: constitucionalización) de las cuestiones políticas; y esa particular forma de creación jurisprudencial venezolana, afecta de manera protuberante, las competencias de los tribunales, lo cual produce la vulneración de la garantía a una justicia transparente.

Esa ampliación del horizonte constitucional, y la voracidad con la cual la SC actúa para producir sentencias, la ha llevado a decidir sobre la aplicación o no de “doctrinas” constitucionales, incluyendo declaraciones de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas y se ha apropiado de todo cuanto atañe a los amparos, sin tomar en cuenta la materia (sentencia N° 7, 01-02-00, caso: *José Amando Mejía*). En materia de interpretación se reservó amplias facultades al extremo de incluir la posibilidad de interpretar *in abstracto* la Constitución (sentencia 1077, 22-09-01, caso: *Servio Tulio León*), a lo cual no escapa la interpretación de

³⁴ Véase Aragón en el prólogo a la obra de Magaloni; El precedente constitucional... *cit.*, p. XXI.

³⁵ Esta sentencia número 1942 podría identificarse como caso: *Rafael Chavero*, pero creo que resulta más pertinente identificarla como caso: *censura previa*. De esta manera la conciencia jurídica del país podrá recordar más crudamente esta inédita manera de interpretar las normas y principios constitucionales. Hugo Chávez.

las normas contenidas en los Tratados relativos a los derechos humanos³⁶. En este último aspecto, la Sala se reserva la potestad única, lo cual ha sido repudiado por la doctrina especializada sobre la materia³⁷.

Por todo lo antes señalado, se hace necesario destacar la importancia que tiene una acción de interpretación sometida a la consideración de la Sala Constitucional propuesta en fecha 25 de junio de 2002³⁸, en la cual los accionantes solicitaron la interpretación del artículo 335 de la Constitución. Esta solicitud fue admitida el 8 de mayo de 2003 en decisión N° 1071³⁹. En ella se utilizan importantes argumentos recogidos en la referida decisión N° 1071 de la manera siguiente:

“En efecto, estimaron que los tribunales y los abogados en ejercicio deben tener certeza sobre si todo lo que decide esta Sala Constitucional, al referirse a normas constitucionales, es vinculante o si sólo la parte central del *thema decidendum* (“*holding*”) es vinculante, de modo que todas las aserciones incidentales (“*dictum*” o “*dicta*”), tienen sólo carácter persuasivo pero no vinculante, dado que la incertidumbre se refiere al carácter primario o secundario de la jurisprudencia de esta Sala como fuente del Derecho. Por ello, adujeron que de persistir la incertidumbre con respecto al contenido y alcance del artículo 335 de la Constitución, los tribunales “*podrían considerarse vinculados por todos los aspectos de las decisiones de esta Sala que mencionen disposiciones constitucionales (i.e. prácticamente todas), cuando, en realidad sólo algunas partes de dichas sentencias deben considerarse verdaderamente vinculantes*”.

Como se puede observar, la sentencia reproduce el argumento de la solicitud de interpretación en cuanto considera lo siguiente: (i) la interpretación constitucional no se hace *in abstracto* sino referida al caso concreto; (ii) las consecuencias vinculantes con efectos *ex nunc* “deben ser limitadas y restringidas”.

En forma muy resumida se puede decir que por la solicitud comentada se le pidió a la SC la interpretación del artículo 335 de la Constitución de manera restrictiva, con efectos *erga omnes*, para lo cual se deben cumplir concurrentemente con los dos requisitos siguientes: “(i) que se trate de interpretaciones realizadas por la Sala sobre el contenido o alcance de normas y principios constitucionales (tal como lo requiere la letra del artículo); y (ii) que se trate de principios jurídicos contenidos o desprendidos del *thema decidendum* central de la sentencia, y no de simples aserciones hechas por la Sala o cuestiones incidentales, aun referidas al contenido o alcance de normas y principios constitucionales”.

De los párrafos que anteceden se pone de relieve el punto central del problema: el carácter vinculante de la sentencia constitucional se centra en lo que constituye el núcleo de la motivación y no puede extenderse a los sectores marginales o periféricos de la motivación.

³⁶ Sentencia N° 1942, 15-07-03.

³⁷ Véase Faúndez Lezama, Héctor: *Los límites de la ignorancia*. En: El Nacional, 17-07-2003, p. A-6-

³⁸ Acción de interpretación propuesto por los abogados Hernando Díaz Candia y María Cecilia Rachadell.

³⁹ Contrasta con el caso Distribuidora Samtronic, que fue decidido en sentencia N° 1087 de fecha 9-05-03, ante una revisión propuesta contra la sentencia de la SPA de fecha 25-03-03. No hay criterios de selección, este último caso es de interés solo para las partes y allí la Sala fue rápida y contundente; mientras que en la acción de interpretación que se comenta, que sí es un tema de interpretación de interés general, la Sala es lenta. No se puede saber cuál es el criterio de rapidez en un caso de interés particular, y la lentitud en un asunto de interés general.

El asunto ya había ocupado la atención de nuestra doctrina que ha puesto de relieve que debe distinguirse entre lo que es la *esencia de la argumentación* de lo que constituyen *puntos marginales*⁴⁰ cuando se trata de la interpretación del contenido o alcance de normas y principios constitucionales. En cuanto a la apreciación judicial, el precedente constitucional se ubica en la fundamentación directamente conectada con el tema a decidir (*thema decidendum*).

III. LA INTERPRETACIÓN DEFINIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Existen distintos criterios de interpretación constitucional, pero en esta sección me voy a referir a la manera cómo lo ha entendido la SC.

La sentencia pionera en esta materia es la N° 1077 de fecha 22 de septiembre de 2000⁴¹ (caso: *Servio Tulio León*), en la cual la SC se otorgó amplias facultades interpretativas, al llegar a reservarse la potestad de interpretar *in abstracto* la Constitución, argumentando que se hace porque pueden surgir conflictos entre la norma constitucional con los “valores” que la informan. Estos “valores” resultaron ser los intereses políticos e ideológicos de la “revolución bolivariana”. Esta decisión fue un paso claro en el camino hacia la concentración de poderes “interpretativos”, lo que ha servido de sustento a los abusos que vinieron posteriormente. De esta manera la Constitución no es la que está escrita, sino la que va escribiendo la SC sobre la base de los “valores” (¡revolucionarios!): si la Constitución no se ajusta a los intereses del socialismo del siglo XXI, peor para la Constitución.

Con relación a la sentencia señalada en el párrafo que antecede, el significado es considerable y establece en términos concluyentes, lo siguiente:

Las sentencias que se dictan en sede de jurisdicción constitucional son distintas a las producidas en los demás tribunales que ejercen la “función jurisdiccional”.

Es posible que no exista propiamente un demandado, lo que haría “dudar de su carácter contencioso, pero como no se persigue mediante ellas la formación de nuevas situaciones jurídicas y el desarrollo de las existentes, los procesos que en ese sentido se instauren no pueden considerarse de jurisdicción voluntaria (artículo 895 del Código de Procedimiento Civil), por lo que ésta no es la naturaleza de las causas constitucionales”. (*sic*).

Los procesos constitucionales contienen “potencialmente” un conflicto de intereses entre el actor y “los otros componentes de la sociedad que tengan una posición contraria a él”, y esto no entraña una reclamación de derechos entre particulares. “Pero tal naturaleza, no elimina en las acciones constitucionales, procesos con partes que ocupan la posición de un demandado, como lo sería la sociedad encarnada por el Ministerio Público, o los interesados indeterminados llamados a juicio mediante edictos; o con litigantes concretos, como ocurre en los amparos constitucionales. Ni excluye sentencias que producen cosa juzgada, cuyos efectos, al igual que en el proceso civil, pueden ser absolutos o relativos”.

⁴⁰ Duque Corredor, Román José: *La interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces*. En: *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia*. XXVII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Colegio de Abogados e Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2002, p. 2.

⁴¹ Véase Haro, José Vicente: *La Interpretación de la Constitución y la Sentencia 1077 de la Sala Constitucional*. En: *Revista de Derecho Constitucional*. Editorial Sherwood, N° 2, Caracas, pp. 453-460. El texto de la sentencia, así como el voto concurrente se puede consultar en la *Revista de Derecho Constitucional... cit*, pp. 460-476; también disponible en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/1077-220900-00-1289.htm.

Las sentencias que se dictan en materia constitucional “pueden” ser declarativas de certeza, es decir, mero declarativas.

Las pretensiones constitucionales no tienen que fundarse en hechos concretos de aquellos subsumibles en un supuesto de hecho abstracto, “y esto la diferencia de otras pretensiones que originan procesos contenciosos, las cuales están fundadas en hechos que conforman los supuestos de hecho de las normas cuya aplicación se pide”.

La acción popular de inconstitucionalidad se fundamenta en la circunstancia en la cual “una ley o un acto, coliden con el texto constitucional”. Y esto es un asunto de mero derecho. Esta situación “no es exclusiva de todas las acciones constitucionales”, por cuanto ocurre también “en algunos amparos” y para ello basta que el accionante “afirme que la ley le reconoce el derecho a la actividad jurisdiccional, de allí la naturaleza popular”.

Ante la interrogante, ¿es posible que una persona solicite del Tribunal competente para ello la interpretación de la Constitución? recurre al concepto de acción, para luego aseverar que la Constitución prevé una acción para que “se interprete la ley”. Y esta es llamada recurso de interpretación, según lo dispone el numeral 6 del artículo 266 que tiene por objeto el contenido y alcance de los textos legales, “lo que podría ser interpretado en el sentido que el “recurso” se refiere a lo legal y no a lo constitucional”.

Señala que “El artículo 26 de la vigente Constitución establece con carácter constitucional, el derecho de acceso a la justicia, lo cual se logra mediante la acción”. Luego desarrolla conceptos sobre interés jurídico para distinguirlo de interés procesal. El primero lo ostenta quien desea defender hacia el futuro una situación jurídica. Y el segundo (interés procesal) lo ostenta quien desea “poner en práctica la garantía jurisdiccional”; es este último el que “fundamenta el llamado recurso de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley (numeral 6 del artículo 266 del vigente Constitución)” [...].

El interés legitimador tiene un carácter colectivo. “El interés constitucional (como interés legitimador) es de esta categoría de intereses generales, por lo que los fallos que se dicten aprovechan a toda la colectividad”.

1. Destaca el interés jurídico del solicitante cuando afirma que “quien solicita el llamado recurso de interpretación de ley, propone una demanda mero-declarativa, que la ley venezolana no ha regulado en plenitud, y que se funda en un interés jurídico del accionante”.
2. Otorga importancia a la acción popular por actos de inconstitucionalidad. “Por otra parte, existe en nuestro ordenamiento la acción popular de inconstitucionalidad, donde cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante” [...].
3. Considera a la acción interpretativa para resolver casos por colisión de leyes “un interés jurídico personal y directo en el accionante diverso al que se exige para proponer la acción de inconstitucionalidad, y es ese interés particular necesario para incoar una acción de interpretación de ley, el que también se requiere para el ejercicio del recurso de interpretación de la Constitución” [...].
4. Señala que la acción de interpretación entraña una tutela preventiva. Y su finalidad “sería una declaración de certeza sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y *formaría* un sector de la participación ciudadana, que *podría* hacerse

incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional *podría* despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión⁴². (Itálicas mías).

5. Destaca que el interés jurídico del solicitante es razón suficiente para solicitar la interpretación de una norma constitucional, y la sentencia que decide este tipo de recurso es de naturaleza mero-declarativa.
6. Considera que el recurso de interpretación está dirigido a la interpretación de la norma o principios constitucionales, cuando no resulten claros; “o de explicar el contenido de una norma contradictoria, oscura o ambigua; o del reconocimiento, alcance y contenido, de principios constitucionales”.

Apoyada en las consideraciones señaladas, la sentencia que se comenta define las situaciones en las cuales es posible la interpretación. Veamos:

1. Cuando se alegue que la norma constitucional choca con un principio también constitucional. En el supuesto de que existan “normas constitucionales inconstitucionales”⁴³, no es posible demandar la inconstitucionalidad de una norma constitucional el camino a resolver el problema es la interpretación.
2. Cuando la Constitución se remite a principios o doctrinas generales. En este caso se requiere precisar el principio o la doctrina a través del recurso de interpretación. También cuando se trata de principios relativos a derechos humanos que, sin aparecer en la Constitución, son objeto de tratados internacionales no convertidos en leyes.
3. Cuando exista un conflicto *endoconstitucional*, es decir, cuando dos normas constitucionales están en conflicto aparente.
4. Las normas emanadas de organismos multiestadales a las cuales se remiten los Tratados y Convenios Internacionales, también pueden ser objetos de interpretación por la Sala.
5. Cuando se trate de cumplir las decisiones que, en materia de derechos humanos, dicten los órganos internacionales.
6. También cabe la interpretación ante los “huecos legales” abiertos por el solapamiento entre normas constitucionales y normas del “régimen transitorio”.
7. Cuando se trate de normas de la Constitución, que carecen de “desarrollo legislativo”, ante lo cual los interesados pueden solicitar la determinación del alcance de esas normas.
8. Cuando se trate de normas constitucionales de contenido ambiguo.
9. Cuando hubiese un conflicto entre la norma constitucional y las facultades del constituyente.

Las situaciones previstas no guardan vínculo con el control de la constitucionalidad de las leyes para verificar y sancionar las violaciones de la Constitución. La pérdida de esta competencia es consecuencia de la potestad que se ha atribuido la SC para interpretar *in abstracto* y fijar los límites de la interpretación constitucional.

Este fenómeno requiere de una serena reflexión para evaluar las dificultades teóricas y las consecuencias prácticas que en la vida nacional genera esa situación. Es sabido que dentro del Tribunal Supremo de Justicia no hay equilibrio, sino control total por parte del chavismo-

⁴² Obsérvese la conjugación en condicional o potencial. Se trata de una fundamentación dubitativa.

⁴³ La sentencia cita la obra de García De Enterría, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Edit. Civitas, Madrid, 1994, p. 99.

madurismo. Por eso, resulta conveniente delimitar cuál es el sector vinculante de las sentencias constitucionales y cuándo es posible dictar un precedente constitucional.

La supuesta potestad que tendría la SC para de interpretar *in abstracto* la Constitución está claramente definida en la antes señalada decisión N° 1077, 22-09-00), sobre la cual hay que volver esta vez para destacar la manipulación del argumento de autoridad; la cual, en su parte pertinente, asevera *in verbis* lo siguiente:

“Ante la posibilidad de que normas constitucionales colidan con esos valores, “*normas constitucionales inconstitucionales*”, como nos lo recuerda García de Enterría (*ob. cit.* p. 99), y ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional, a la confrontación del texto con los principios que gobiernan la Constitución, de manera que el contenido y alcance de los principios constitucionales se haga vinculante, y evite los efectos indeseables de la anomalía”.

La opinión de García de Enterría es usada por los magistrados como argumento de autoridad con el propósito de otorgarse potestades para declarar inconstitucional una norma constitucional. Si bien es cierto que la idea es tomada del autor, también es cierto que se hizo uso selectivo de un párrafo de su obra de manera literal, es decir, sin tomar en cuenta que lo que hizo García de Enterría fue destacar el valor normativo superior de la Constitución como la más importante creación del constitucionalismo norteamericano, cuya doctrina fundamentó la instrumentación de la revisión judicial.

Del mismo modo, cuando se analiza el siguiente párrafo se encuentra que el concepto “normas constitucionales inconstitucionales”, que utiliza, se refiere a la primacía interpretativa de los principios de la Constitución, pero en ningún caso señala que una Sala Constitucional tiene la potestad de interpretación *in abstracto* la Constitución.

“El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho Bachof y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles <<normas constitucionales inconstitucionales>> (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite (constitucional, como hemos visto: art. 168) que suponen a la reforma constitucional.

Esos principios, cuyo alcance no es posible, naturalmente, intentar determinar aquí, si se destacan como primarios en todo el sistema y protegidos en la hipótesis de reforma constitucional, presentan, por fuerza, una <<enérgica pretensión de validez>>, en la frase de Bachof que más atrás hemos citado, y constituyen, por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma”.

El análisis de los textos señalados permite mostrar que García de Enterría no dice en su obra que la Sala pueda interpretar *in abstracto* la Constitución y convertirse en una suerte de poder constituyente permanente⁴⁴. Lo que predica es que se debe adaptar la norma constitucional a los principios que inspiran la Constitución.

Por lo tanto, en caso de que surjan dudas en la inteligencia de una norma constitucional, “debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma” y se sostiene la doctrina que *la norma constitucional inconstitucional* puede existir en el orden de los valores, pero no

⁴⁴ Y en nuestro caso, de un origen de dudosa constitucionalidad, pues sus magistrados no han sido elegidos siguiendo los mecanismos constitucionales, como ocurrió en diciembre de 2015.

ocurre en el plano formal⁴⁵. Para buscar esa concordancia hay que tomar en cuenta que, en la Constitución, no todas las normas son iguales. Como se sabe hay normas programáticas que requieren de reglamentación, normas más precisas y otras que tienen el carácter de transitorias. Sin embargo, es posible encontrar dentro de ese universo de normas, a dos de ellas que recojan valores encontrados; y cuando eso ocurra, el intérprete constitucional tendrá que ponderar los valores a través del ejercicio de la argumentación.

En consecuencia, la acción de privilegiar unos valores sobre otros para solucionar casos de colisión de normas sólo es posible con la ponderación a través de la argumentación. Como botón de muestra puede señalarse que en caso de que se encuentren normas que consagren los derechos humanos y otras normas que acojan un valor de corte autoritario, se debe privilegiar aquella que beneficia los derechos humanos de los ciudadanos. Pero a veces sucede lo contrario, tal como aconteció en la sentencia número 1942 de fecha 15-07-03 (caso: *censura previa*). Así sucedió en el grupo de sentencias dictadas en el año 2017 que permitieron despojar a la Asamblea Nacional de sus facultades constitucionales.⁴⁶

IV. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE AL PODER LEGISLATIVO

Lo señalado en las secciones anteriores, permite sostener que el precedente constitucional está referido a la motivación que sirve de soporte al *thema decidendum*. Las motivaciones marginales o periféricas no son parte del precedente.

Aclarado lo anterior, ahora corresponde determinar si el precedente constitucional, producto de las interpretaciones constitucionales elaboradas por la SC, constituye un límite al poder legislativo⁴⁷. Para ello se debe precisar si la Asamblea Nacional puede dictar una ley sin tomar en cuenta lo que sobre la materia había sido objeto de interpretación en la SC como es el caso de la decisión que se tomó cuando esta dictaminó sobre la materia contenida actualmente en el artículo 49 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para autorizar litisconsorcio impropio. Como es conocido, dicha modalidad permite que varios trabajadores demanden al mismo patrono, interpretación que contrasta con lo que hacían los tribunales en el pasado cuando declaraban como violatorio al derecho de defensa esta práctica.

El asunto perdió interés, en vista de que los demandados no alegan la improcedencia de esta figura, puesto que resultaba más conveniente para un demandado llevar en un solo expediente distintas reclamaciones, que tener que llevarlas en expedientes separados.

⁴⁵ Véase, García Belaunde, Domingo: *La Interpretación Constitucional como problema*: En: *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, octubre-diciembre 1994, N° 86, p. 31.

⁴⁶ Al redactar una sentencia, el juez juega un papel fundamental no sólo como agente expresivo de una opinión sino como actor importante del proceso judicial. Para garantizar la actuación independiente de los jueces se debe buscar, a su vez, la designación del juez constitucional. Una designación viciada compromete la imparcialidad del juez constitucional y el requisito de *autoritas* que debe ser la impronta de la justicia.

⁴⁷ Véase, Martín Ponte, Rafael: *El precedente constitucional como límite al poder legislativo. La discusión entre Fallon y Paulsen sobre la doctrina Roe vs. Wade y su aplicación al caso venezolano*. Trabajo presentado en el seminario Justicia e Interpretación Constitucional. UCV, Caracas, 2004, inédito.

Sin embargo, la SC en sentencia número 2458 de fecha 28 de noviembre de 2001⁴⁸, proclamó, interpretando el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, la “doctrina vinculante” siguiente:

“Tomando en cuenta que, según lo que se ha sentado en esta decisión, la acumulación de demandas contraria a lo que permite el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil transgrede lo que disponen los artículos 26, 49 encabezamiento, y 253, primer aparte, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional, con fundamento en lo que dispone el artículo 335 *eiusdem*, en cuanto a la naturaleza vinculante de las interpretaciones que ella establezca sobre el contenido o alcance de normas y principios constitucionales, dispone que las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República apliquen, de inmediato, los criterios acogidos y dispuestos en esta sentencia para todos los procedimientos en curso, laborales o no, sometidos a la regulación del citado artículo 146 del Código de Procedimiento Civil”...

Aun cuando dicha “doctrina es vinculante” la misma no fue considerada por la Asamblea Nacional para permitir acciones de distintos trabajadores contra un mismo patrono, tal y como lo contempla el artículo 49 de la LOPT. En la referida decisión número 2458 de fecha 28-11-2001, la SC señaló que el litisconsorcio activo impropio era inconstitucional porque contrariaba la ley, pero no estableció que fuese inconstitucional en esencia, sino que lo era porque contrariaba la ley.

Y si la SC señala que el litis consorcio activo impropio en materia laboral es contrario a la ley (CPC) puede el legislador, a quien la sentencia no establece ninguna limitante, dictar una la ley (LOPT) y permitir mediante una disposición expresa el litisconsorcio. Visto así el asunto, el legislador antes que rebelarse contra el precedente judicial lo acató. Entonces, el legislador razonó así: “La SC tiene razón y el CPC no permite el litisconsorcio por eso voy a dictar la LOPT que sí lo permita”. De esta manera no se plantearía un conflicto entre poderes, pero de no ser esta la interpretación, pensamos que el carácter vinculante de los precedentes constitucionales como límite al poder legislativo debe verse con prudencia.

En el derecho comparado los autores norteamericanos Michel Stokes Paulsen⁴⁹ y Richard Fallon⁵⁰ polemizan sobre esta materia y hacen girar sus argumentos amparados en el caso *Roe vs. Wade*. El primero de ellos (Paulsen) defiende la tesis según la cual es posible que el Parlamento modifique la regla de derecho establecida *Roe vs. Wade*; el segundo (Fallon) defiende la posición contraria.

Paulsen sostiene que de acuerdo con la sentencia recaída en el caso *Planned Parenthood vs. Casey* (antes citada), la regla de derecho que recoge un precedente constitucional no es

⁴⁸ Disponible en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2458-281101-00-3202.htm. [Consulta en varias oportunidades, entre otras: 11 de enero, 2005].

⁴⁹ Paulsen, Mitchel Stokes: *The Irrepressible Myth of Marbury*. Michigan, Michigan Law Review, Constitutional Theory Colloquium Series, February 2004, Vol. 101, p. 602. Disponible en: <http://www.law.northwestern.edu/mainpages/curriculum/colloquium/Michael%20Paulsen.pdf>. [Consulta, 29 de Agosto, 2004].

⁵⁰ Fallon, Richard: *Stare Decisis and Constitution: An essay on Constitutional Methodology*. New York, New York University Law Review, May 2001. Disponible en: Fuente: <http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/facdir.php?id=17&show=bibliography>. [Consulta, 29 de Agosto, 2004].

absoluta⁵¹, y que la del precedente constitucional, más que una regla de derecho, entraña una “política” constitucional.

En sentido contrario, Fallon califica de inconstitucional el hecho de que el Congreso pueda abolir un precedente constitucional. Afirma que el *stare decisis* no es una política subconstitucional (*subconstitutional policy*)⁵². Fundamenta su análisis en el examen del caso *Marbury vs. Madison* y postula el rango constitucional del *stare decisis* y la limitación que este principio impone al poder legislativo en relación con la posibilidad de apartarse de un precedente establecido por la Corte. También invoca el criterio de seguridad jurídica para predicar la validez del precedente.

En relación con este importante debate, pienso que la posición de Paulsen debería imponerse al caso venezolano –no por creer que todo lo que viene del mundo exterior es mejor que lo vernáculo–, por las razones jurídicas y políticas que expondré a continuación.

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. En consecuencia, todas las ramas del Poder Público deben avenirse a los dictados constitucionales⁵³. 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 la tarea de esta es la de interpretar normas y principios constitucionales con carácter vinculante “para las otras Salas del Tribunal Suprema de Justicia y demás Tribunales de la República”⁵⁴ (artículo 335 de la Constitución). Ciertamente que la norma no establece que el carácter vinculante se extienda hasta el Poder Legislativo.

En segundo lugar, como lo apunta Martín Ponte⁵⁵, la Asamblea Nacional debe respetar las decisiones de la SC sobre la base del artículo 136 de la Constitución⁵⁶ que establece el principio de colaboración entre los poderes. Además, la regla contenida en el artículo 334 de la Constitución⁵⁷ el cual adhiere al principio de supremacía constitucional, permite señalar

⁵¹ 505 US 833, 857 (1992). En esta decisión se lee lo siguiente: “[it] is common wisdom that the rule of *stare decisis* is not an “inexorable command...”. Sostiene Paulsen que esta decisión es la más ambiciosa exposición de la Corte en relación con la doctrina del *stare decisis*” (“[The] Supreme Court’s most ambitious exposition of the doctrine of *stare decisis*”) (Paulsen: *ob. cit.*, p. 626, nota 73). Véase la explicación que presenta Martín Ponte: *ob. cit.*, p. 7.

⁵² Fallon: *Ob. cit.*, p. 591.

⁵³ Así lo establece el artículo 7 de la Constitución cuando dispone: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

⁵⁴ Artículo 335 de la Constitución. No hay una norma equivalente en la Constitución Norteamericana.

⁵⁵ *Ob. cit.*, p. 16.

⁵⁶ “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaboración entre sí en la realización de los fines del Estado”.

⁵⁷ “Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

que los Tribunales, y sobre manera, la SC no pueden dictar decisiones que violen la Constitución, tal como ocurriría si se dictara un “precedente” que imponga la pena de muerte o la cadena perpetua o que ordene al Legislativo que consagre esas penas. Tampoco puede constituir un precedente una decisión de la SC que disuelva la Asamblea Nacional, o que le arrebatase sus facultades constitucionales. Nada de esto puede ser vinculante para el Poder Legislativo, porque son decisiones que van más allá del marco constitucional.

V. REFLEXIÓN ADICIONAL SOBRE SI EL PRECEDENTE ES VINCULANTE PARA EL PODER LEGISLATIVO

A las razones anteriores, cabe agregar otras de carácter político. Aquí conviene referir lo ocurrido en diciembre del 2004 y 2015 en la elección de los magistrados del TSJ.

En efecto, el 13 de diciembre de 2004, la Asamblea Nacional nombró los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo la nueva configuración del TSJ diseñada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En dicha designación, que con mucha probabilidad fue precedida por motivos políticos, de adoptaron criterios distintos a los constitucionales recogidos en el artículo 263 de la Constitución que exige, entre otros requisitos, poseer título de postgrado en materia jurídica “y tener la categoría de profesor o profesora titular”. Al contrario, y como fuera informado a los cuatro vientos por los dirigentes del partido Quinta República, se tomó en cuentas otras exigencias y requerimientos como lo fueron, la incondicionalidad y lealtad al proyecto político que dirige el Presidente de la República, todo lo cual permitió la conformación de una TSJ leal y sumiso frente al gobierno, en contradicción con lo que postula el artículo 254 de la Constitución cuando señala que el Poder Judicial es independiente.

La situación descrita en el párrafo que antecede fue aún más grave cuando en diciembre del año 2015 –y luego de que la oposición ganara la Asamblea Nacional– el parlamento que estaba de salida, “eligió” los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que habían “pedido la jubilación” o a quienes estaba por vencerse su período. Esto se hizo sin respetar los plazos constitucionales y sin atender los méritos de los candidatos⁵⁸.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella”.

⁵⁸ La cabeza del sistema jurídico de Venezuela es el Tribunal Supremo de Justicia y, por eso, sus integrantes tienen que ser elegidos en estricto cumplimiento de los requisitos planteados en el artículo 263 de la Constitución Nacional que exige, entre otros, poseer título de posgrado en materia jurídica, tener un mínimo de quince años en el ejercicio profesional, o en la cátedra universitaria con el rango de profesor titular, y en el caso de los jueces, tener una experiencia de quince años en la magistratura. Especial mención merece lo exigido para los jueces que se postulan, los cuales deben ser especialistas en la materia que corresponde a la sala para la cual aspiran a ser elegidos. Esto quiere decir que la Constitución repudia la elección de un juez penal para ocupar un puesto en la Sala Civil o Social, pues para estas salas deben elegirse magistrados especialistas en materia civil y laboral, respectivamente. Lo mismo ocurre con la Sala Constitucional, la “súper sala” a la cual corresponde interpretar la Constitución. Para llegar a ser magistrado de esta Sala se requiere ostentar los títulos que califiquen para poder, con imparcialidad y buen criterio, interpretar la Constitución. Es por esto que un activista político no puede ser elegido miembro de la Sala Constitucional,

El procedimiento de elección de los magistrados tiene que ser limpio, claro, transparente y cumplir con las formalidades exigidas en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En su momento (2015) se le imputaron vicios que afectaban el procedimiento de elección de magistrados; entre otros: la no publicación del baremo, la elección de miembros activos del PSUV e, incluso, de un parlamentario, la violación de los lapsos para presentar las impugnaciones y no haber publicado las vacantes producidas en el TSJ. Además, las irregularidades de la propia Asamblea Nacional que estaba de salida al hacer convocatorias para sesiones de un día para otro y, finalmente, convocatorias para el mismo día.

Sobre este asunto la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, expuso su criterio a la opinión pública por medio del pronunciamiento de fecha 10 de diciembre de 2015⁵⁹. En dicho pronunciamiento se señaló, en su numeral segundo, lo siguiente:

“El desconocimiento por parte de la actual Asamblea Nacional de la voluntad expresada por los ciudadanos, se vería agravada por las circunstancias en las cuales se obtuvo las vacantes anticipadas por la jubilación de los 13 Magistrados que deben ser sustituidos. En esas condiciones, una elección de Magistrados realizada a pocos días de la finalización del período de los actuales integrantes de la Asamblea Nacional que han sido sustituidos estaría teñida por la sospecha de cálculos políticos cuya consecuencia sería una flagrante violación a la voluntad popular y a la propia Constitución”.

Esta reflexión no puede pasar inadvertida porque pone de bulto la conducta antidemocrática de la anterior Asamblea, ya que una vez que el electorado había decidido sustituirla, estaba obligada a limitarse a actuaciones de rutina y no adentrarse en la elección autoritaria de los miembros del máximo tribunal del país.

Por todo lo anterior, ni desde el punto de vista jurídico ni político que los magistrados elegidos por un proceso violatorio de la Constitución puedan dictar precedentes que vinculen al parlamento.

De acuerdo con lo que señalado los “precedentes vinculantes” que han sido dictados en sentido contrario al espíritu constitucional y al sentido común constitucional, pueden ser anulados por la Asamblea Nacional que fue elegida en diciembre de 2015

Como se puede observar, la tesis de Paulsen en cuanto a que el Parlamento puede modificar la regla de derecho establecida en un precedente es una necesidad legislativa en nuestro país y, por esa razón, es posible sostener que dicha tesis se amolda a nuestra realidad

Si a la proliferación de leyes se le añade la oferta legislativa de la Sala Constitucional, podríamos decir que estamos ante una especie de “populismo constitucional” que altera el necesario equilibrio de poderes, “clave de bóveda” del Estado de Derecho⁶⁰.

ni mucho menos un burócrata que no tenga experiencia en la magistratura, la cátedra universitaria o el ejercicio profesional.

⁵⁹ Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>

⁶⁰ Véase Tushnet, Mark: *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, Princeton University Press, 1999, Cap. 1, pp. 6-7. En relación con el principio de separación de poderes, véase Tarre Briceno; Gustavo: “El principio de la separación de poderes: La preeminencia de la función legislativa”. En: *Reflexiones sobre La Constitución (tres décadas de vigencia)*. Fundación Procuraduría General de la República, 1991, pp. 71-89.

CONCLUSIÓN

Luego de veinte años de experiencia de vida con el “socialismo del siglo XXI”, los venezolanos estamos en capacidad de elaborar una conclusión inapelable: se trata de un sistema populista-militarista de inspiración cubana que ha significado un retroceso, no solo en lo que atañe a la calidad de vida, sino también en los derechos constitucionales de los ciudadanos.

El estudio que se ha realizado permitió reflexionar sobre el precedente como una herramienta para el control político de la revolución bolivariana, en detrimento de los valores de la democracia. Se utiliza con frecuencia para imponer “doctrinas” y consolidar políticas dictatoriales.

Cuando la Sala Constitucional del TSJ crea “derecho” de acuerdo con orientaciones políticas parcializadas, se produce un desencuentro entre los valores de la sociedad con las “doctrinas vinculantes”, lo que crea un ambiente constitucional de inestabilidad y tensión social. Esto ha conculcado derechos humanos, el derecho de participación política, la libertad de expresión, a lo cual se une la amenaza y la encarcelación por razones políticas. Asimismo, el modelo socialista afecta el derecho a la educación, salud y alimentación, por las políticas impuestas; muchas de ellas respaldadas por sentencias judiciales.

En ese contexto, lo ocurrido en el Poder Judicial, con su control total por parte de un sector ideológico y partidista, ha producido una gran inseguridad jurídica, la cual es de mayor calado en lo que atañe a la justicia constitucional, por sus consecuencias letales sobre la libertad.

Se ha pretendido defender la tesis de que la Sala Constitucional tiene el poder absoluto y que está habilitada para dictar decisiones en todo tipo de materias. Para ello se ha apelado a una distorsión del concepto de precedente constitucional, para sostener que la interpretación constitucional que puede desarrollar la SC es ilimitada. Para ello se usa una noción indefinida, sin precisar, del concepto de precedente constitucional.

En este ensayo he pretendido presentar un ensayo jurídico que sostiene que la interpretación constitucional sí tiene límites. Ella no puede utilizarse para restringir derechos ciudadanos que limiten la libertad humana. Tampoco puede utilizarse para acabar con la democracia e implantar un régimen dictatorial de estirpe socialista-marxista, al estilo del fracasado modelo cubano. Ojalá que este texto constituya una modesta contribución para reflexionar sobre este asunto crucial para la vida de los venezolanos.