



EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN SOCIAL:

**LA CONTROVERSIA SOBRE
EL CARACTER VINCULANTE
DE LA JURISPRUDENCIA DE
CASACIÓN EN EL PROCESO
LABORAL Y DE PROTECCIÓN
DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES**

KHW1789
B6629
e. 2

Natalia Boza Scotto
Abogada *Summa Cum Laude* - UCV, 2001

REPÚBLICA BOLIVARIANA
DE VENEZUELA
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

25 NOV 2010

BIBLIOTECA CENTRAL

EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN SOCIAL

*La controversia sobre el carácter vinculante
de la jurisprudencia de casación en el proceso laboral
y de protección de niños, niñas y adolescentes*



Tribunal Supremo de Justicia
Colección Nuevos Autores N° 15
Caracas/Venezuela/2010

DONACIÓN

REPUBLICA BOLIVARIANA
DE VENEZUELA
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

BIBLIOTECA CENTRAL

25 NOV 2010

KHW1789
B6629

Boza Scotto, Natalia
El valor de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social: La controversia sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia de casación en el proceso laboral y de protección de niños, niñas y adolescentes – Natalia Boza Scotto – Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2010.

104 p. – (Colección Nuevos Autores N° 15)

1. Derecho laboral – Venezuela. 2. Casación – Venezuela. 3. Jurisprudencia laboral – Venezuela.

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas por la autora.

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Nuevos Autores N° 15
Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal If: 84720103403723
ISBN: 978-980-6074-61-3

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño
*Presidenta del Tribunal
y Presidenta de la Sala*

Dr. Francisco Antonio Carrasquero López
Vicepresidente de la Sala

Dr. Jesús Eduardo Cabrera

Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz

Dr. Marcos Tulio Dugarte Padrón

Dra. Carmen Zuleta de Merchán

Dr. Arcadio Delgado Rosales

SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Presidenta de la Sala

Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

Vicepresidenta de la Sala

Dr. Levis Ignacio Zerpa

Dr. Hadel Mostafá Paolini

Dr. Emiro Antonio García Rosas

SALA ELECTORAL

Dr. Luis Alfredo Sucre Cuba
*Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala*

Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala

Dr. Rafael Aristides Rengifo Camacaro

Dr. Juan José Núñez Calderón

Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dra. Yris Armenia Peña Espinoza
Presidenta de la Sala

Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez
Vicepresidenta de la Sala

Dr. Antonio Ramírez Jiménez

Dr. Carlos Oberto Vélez

Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
*Primer Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala*

Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala

Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero

Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez

Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Presidente de la Sala

Dra. Deyanira Nieves Bastidas
Vicepresidenta de la Sala

Dra. Blanca Rosa Mármol de León

Dr. Héctor Manuel Coronado Flores

Dra. Miriam del Valle Morandy Mijares



Palabras Preliminares

En el marco de las iniciativas de este Tribunal Supremo de Justicia, orientadas a la difusión de los valores científicos y culturales, debe destacarse la labor encomendada a la Fundación Gaceta Forense, consistente en su cotidiana labor de publicación y difusión de trabajos, ensayos y estudios, producto del intelecto de nuestra comunidad jurídica, enmarcados todos dentro de un sano espíritu de contribución académica y profesional de la ciencia del Derecho.

Es así como la Fundación Gaceta Forense ha venido desplegando un trabajo editorial publicando diversas colecciones y series que han obtenido un elevado prestigio y aceptación en nuestro foro, dentro de las que destacan: i) Colección Estudios Jurídicos; ii) Colección Nuevos Autores; iii) Colección Libros Homenaje; iv) Serie Eventos; v) Colección Doctrina Judicial; vi) Serie Normativa; vii) la Revista de Derecho; y viii) Varios.

Todas y cada una de tales colecciones y series se publican respetando los conceptos y expresiones usadas por sus autores, pero eximiendo,

de igual forma, de toda solidaridad, responsabilidad o vinculación formal para con este digno Tribunal Supremo y a sus autoridades.

Con lo cual, es así como esperamos que esta nueva publicación – que por las presentes palabras preliminares se introduce en la ya extensa biblioteca de ediciones de nuestro digno Tribunal–, sea acogida con entusiasmo y beneplácito por nuestra comunidad jurídica, y logre enriquecer también su rigor científico y académico para el beneficio de nuestro foro.

Caracas, diecisiete de agosto de 2010

Luisa Estella Morales Lamuño

Índice

Agradecimientos	9
Prólogo	11
Introducción	17
Capítulo I	
El precedente judicial y la jurisprudencia	25
1. El sistema jurídico anglosajón y el precedente judicial	25
2. El sistema jurídico romanista y la jurisprudencia. Su valor como fuente de Derecho	32
Capítulo II	
Valor de la jurisprudencia en la jurisdicción constitucional	41
1. La incorporación del precedente en el Derecho venezolano.	41
2. Incidencia del efecto vinculante de las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre la consideración de la jurisprudencia como fuente de Derecho	46
Capítulo III	
Valor de la jurisprudencia en la jurisdicción ordinaria ...	53
1. El recurso de casación y la uniformidad de la jurisprudencia.	53

2. El recurso de control de la legalidad como mecanismo que completa el sistema recursivo en el proceso laboral y de protección de niños, niñas y adolescentes	57
3. El valor tradicional de la jurisprudencia en Venezuela: artículo 321 del Código de Procedimiento Civil	62
4. La novedosa obligatoriedad de seguir la jurisprudencia de casación en materia laboral y de protección a niños, niñas y adolescentes	66
4.1 Posiciones de la doctrina patria sobre la redacción del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: críticas al carácter vinculante de la jurisprudencia de casación	67
4.2 Incidencia del carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social establecida en casos análogos, sobre su consideración como fuente de Derecho	71
4.3 Dificultad que plantea la aplicación de la norma contenida en los artículos 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 489-J de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: cómo determinar cuál es la "doctrina de casación"	72
4.4 La denuncia de infracción de jurisprudencia ante la Sala de Casación Social mediante los recursos de control de la legalidad y de casación	82
4.4.1 La contravención de jurisprudencia en el recurso de control de la legalidad	82
4.4.2 La denuncia de infracción del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en el recurso de casación	86
4.4.3 Acerca de la posibilidad de denunciar ante la Sala de Casación Social, la falta de seguimiento de la jurisprudencia constitucional por parte del juez de instancia	89
5. Posición de la Sala Constitucional: de los intentos de limitar el valor vinculante de la jurisprudencia de casación, hasta la finalización de la polémica mediante la desaplicación del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por control difuso de la constitucionalidad	92
6. Consecuencias prácticas de la desaplicación del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo por parte de la Sala Constitucional	98
Conclusiones	102

Agradecimientos

El presente estudio está basado en el Trabajo Especial de Grado propuesto como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Procesal en la Universidad Central de Venezuela, el cual obtuvo la calificación "excelente". En su elaboración, se contó con la meritoria tutoría de Ramón Escovar León, cuya prolija producción jurídica constituye un importante aporte al estudio del valor de la jurisprudencia en el país, uno de sus temas de investigación.

Mis palabras de agradecimiento también se dirigen a Luis Aquiles Mejía Arnal y Lourdes Wills Rivera, quienes, como integrantes del Jurado al que correspondió la evaluación del Trabajo presentado, realizaron valiosas observaciones y reflexiones que permitieron perfeccionar la última versión del mismo.

Igualmente, aprovecho para expresar mi gratitud a Emilio Spósito Contreras, interlocutor de diarias discusiones jurídicas.

Prólogo

Según Alexander Bickel, “el Tribunal debe declarar como derecho vinculante sólo aquellos principios capaces de lograr –en su momento, pero previsiblemente en el futuro inmediato– general aceptación”¹. Esta conocida expresión plasma la idea de lo complejo de la tarea del jurista que debe delimitar lo que constituye la regla de derecho que, con carácter vinculante, constituye un precedente jurisprudencial. Este tema, ha introducido alguna complejidad práctica y teórica en el foro venezolano.

Se acepta que las sentencias de la Sala Constitucional que interpretan normas o principios constitucionales tienen ese carácter vinculante *ex artículo 335 de la Constitución*. Sin embargo, resulta más complejo determinar cuándo estamos ante un criterio o regla vinculante y cuándo se trata sencillamente de una jurisprudencia que carece de dicho carácter.

El trabajo que presento de la licenciada en comunicación social (UCAB) y abogada (UCV) Natalia Boza Scotto, **El Valor de la Jurispruden-**

¹ Bickel, Alexander M.: **The Least Dangerous Branch**. New Haven, Yale University Press, 1962, p. 239. Dice en la versión original: “(...) *the Court should declare as law only such principles as will –in time, but in a rather immediate foreseeable future– gain general assent*” (traducción de quien suscribe).

cia de la Sala de Casación Social, aborda con rigor metodológico, claridad expositiva y precisión gramatical este importante y complejo tema que se hace presente en el Derecho venezolano a partir de la Constitución de 1999 y de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo del 13 de agosto de 2002 (*Gaceta Oficial N° 37.504*).

Según la distinción tradicional, el precedente equivale a jurisprudencia o doctrina vinculante y es inherente a los sistemas del *common law*; mientras que la jurisprudencia corresponde al sistema continental, y por tener valor persuasivo, carece de fuerza vinculante. No obstante, en nuestro sistema el valor persuasivo es relativo, por cuanto el juez que no siga un criterio jurisprudencial, verá anulada su decisión.

Este es un tema que pone de frente a los positivistas radicales con los iusnaturalistas moderados: si el juez al interpretar la ley crea Derecho. Aquí conviene recoger las expresiones del recordado profesor catalán, José Puig Brutau, quien afirmó que cuando "se afirma que los jueces crean Derecho a pesar de que el legislador tiene dispuesto que no lo hagan, no expresamos la creencia de que ello sea conveniente, sino que llamamos la atención acerca del hecho de que tal cosa ocurre casi siempre, en gran medida, por encima de todas las preferencias"³. Este tema es explicado por la autora al exponer las distintas posiciones de la doctrina nacional y foránea al respecto. De la lectura de su trabajo no queda duda de que para la autora la jurisprudencia es fuente indirecta de Derecho, digan lo que digan los conservadores y defensores del positivismo radical.

Cabe señalar, y siguiendo el orden del libro que presento a manera de prólogo, que la mejor doctrina (Michele Taruffo) enseña que la diferencia entre jurisprudencia y precedente –si se admite que ha existido– no ofrece ya ningún valor descriptivo. En efecto, en el sistema anglosajón se usa constantemente la ley escrita, al punto que varias áreas de estos sistemas están "codificados", como acontece con el de-

³ Puig Brutau, José: *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*. Barcelona, Bosch, 2ª edición, con Estudios Introdutorios, Edic. Homenaje a José Puig Brutau, 2006, p. 88.

recho mercantil y con el derecho procesal³. En el sistema del Derecho civil, como ocurre en el caso venezolano, se usan insistentemente ambos conceptos, al punto que, las más de las veces, se solapan.

No es ajena a las Salas de Casación la utilización combinada de ambos vocablos cuando se refiere al "precedente jurisprudencial"⁴. Como lo demuestra Natalia Boza Scotto, las Salas del TSJ utilizan "precedente" como sinónimo de "jurisprudencia", lo cual, de entrada, autoriza a sostener que la diferencia en nuestro sistema entre ambos conceptos, si la hay, es muy sutil.

En su análisis la autora usa como referencia el contenido de los artículos 321 del Código de Procedimiento Civil (CPC), 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) y 489-J de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA). El primero señala que los jueces "procurarán acoger la doctrina" de la Sala de Casación Civil que haya sido aplicada en casos análogos con el propósito de "defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia". No se trata de que los jueces estén obligados a seguir las decisiones de la casación, pero, en la práctica, si no lo hacen, sus fallos serán probablemente casados por apartarse de la jurisprudencia, como lo señaló incluso la sentencia de la Sala Constitucional N° 401 del 19.03.04.

El segundo (artículo 177 de la LOPT) que utiliza el vocablo "deberán" en lugar del "procurarán" utilizado en el CPC, lo cual le da un carácter vinculante al concepto de jurisprudencia y así lo convierte en precedente, es decir, jurisprudencia obligatoria.

El tercero (489-J LOPNNA) sigue el modelo de la LOPT pero, esta Ley –al igual que su modelo procesal laboral– reproduce en el arti-

³ Taruffo, Michelle: *Precedente y Jurisprudencia*, en: Páginas sobre Justicia Civil, Madrid, Marcial Pons, 2009, Cap. 34, p. 557.

⁴ Véase, entre otras, sentencia N° 441 de la Sala de Casación Civil, de fecha 20 de mayo de 2004, en la cual se lee: "La Sala reitera este precedente jurisprudencial, y deja sentado (...)" (Negritas de la Sala).

culo 490 el motivo del recurso de control de legalidad al establecer la violación de la "reiterada doctrina jurisprudencial" de la Sala de Casación Social⁵.

Siendo así el asunto, la autora reseña la evolución sin contratiempos del concepto de precedente laboral hasta que la Sala Constitucional en su sentencia número 1.380 de fecha 29 de octubre de 2009 desaplicó en ejercicio del control difuso, el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo por considerarlo inconstitucional, y al afirmar que el único precedente que debe seguirse con carácter vinculante es el que dicta la SC al interpretar normas y/o principios constitucionales.

Según la SC, el esquema venezolano queda reducido a un sistema gobernado por el precedente sólo en materia constitucional y por la jurisprudencia en las demás áreas, lo cual la autora desarrolla con énfasis y claridad a partir de la interpretación de la referida sentencia número 1.380 de esa Sala.

Bueno es advertir que el trabajo que comento, expone la evolución jurisprudencial desarrollada por la Sala Constitucional en lo que atañe a las diferencias delineadas entre precedente y jurisprudencia. Se refiere y examina la sentencia de la Sala Constitucional N° 401 del 19.03.04 que postuló que las jueces *deben procurar acoger* las sentencias, y ello lo fundamentan en los artículos 321 del Código de Procedimiento Civil y 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. De manera que —agregamos— al quedar equiparados por la Sala Constitucional los conceptos recogidos en los artículos 321 y 177 mencionados, se produce como efecto que serán anuladas las sentencias que no acojan las doctrinas de la Salas establecidas en casos análogos.

Entonces en lo laboral es posible denunciar la infracción, por falta de aplicación del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil en aquellos casos en los cuales el sentenciador no haya acogido la doctrina de

⁵ El artículo 489-J de la LOPNNA equivale al artículo 177 de LOPT y el 178 de ésta equivale al 490 de aquella.

la Sala en situaciones donde el criterio jurisprudencial es determinante para el control de casación, como sucede en los casos de simulación de la relación laboral. En esta materia, y en vista de que se trata de un desarrollo jurisprudencial convertido en precedente, la vía ahora es la denuncia del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil por cuanto los jueces, en aplicación de dicha norma, *deben procurar acoger* sus respectivas jurisprudencias.

Este trabajo de Natalia Boza Scotto, presentado como tesis para optar al título de especialista en Derecho Procesal en la Universidad Central de Venezuela, premiado con Mención Excelencia, constituye sin duda un aporte a la bibliografía jurídica venezolana, por la solvencia literaria e intelectual de la autora. Además de los enormes méritos académicos de este trabajo, no vacilo en agregar lo que más me ha atrapado: está escrito con inteligencia y plasma las ideas y reflexiones de la autora con envidiable claridad. En esto aplica con acierto el pensamiento de Ludwig Wittgenstein: "Cuanto puede siquiera ser pensado, puede ser pensado claramente. Cuanto puede expresarse, puede expresarse claramente"⁶. El trabajo de Natalia Boza Scotto está pensado y expresado con claridad. Este es su mérito extraordinario.

Caracas, once de agosto de 2010

Ramón Escovar León

⁶ Ludwig Wittgenstein: *Tractatus Logico-Philosophicus*. Madrid, Alianza Editorial, traducción de Jacobo Muñoz e Isidoro Requena, reimpresión 1999, p. 67.

Introducción

Entre las diversas clasificaciones que los teóricos del Derecho Comparado han intentado de los sistemas jurídicos, al agrupar variados ordenamientos normativos de acuerdo con realidades étnicas, ideológicas, económicas y características jurídico-formales comunes⁷, interesa destacar aquella que distingue entre dos grandes grupos de Derecho: el romanista⁸ y el anglosajón.

La doctrina patria señala que, al estar inmersos ambos sistemas en la cultura occidental, no existe entre ellos una oposición ideológica profunda en cuanto a la concepción de la vida y la organización social y

⁷ Catalano, Pierangelo: *Sistemas jurídicos, Sistema jurídico latinoamericano y Derecho Romano*, en Revista general de legislación y jurisprudencia, Tomo LXXXV de la segunda época, N° 3, Madrid, 1982, p. 163.

⁸ Los autores hablan del sistema continental, de tradición civilista o *civil law* para referirse al sistema jurídico que se desarrolla con base en el Derecho Romano; sin embargo, parece preferible descartar la denominación *civil law*, no solamente porque es innecesario acuñar frases en idiomas foráneos, sino, sobre todo, porque ese es el nombre que se le da en el marco del sistema anglosajón; también se desecha la denominación de sistema *continental*, porque lo vincula únicamente con la Europa continental —enfrentándolo así al Derecho inglés—, menospreciando la influencia que ha ejercido en importantes áreas, entre ellas la de América Latina. Por lo tanto, se optará por llamarlo sistema romanista, por reflejar con fidelidad su fuente de inspiración.

económica, sino de construcción y técnica jurídica, de metodología y de interpretación del Derecho⁹. No obstante, si bien estos dos sistemas nacen en la cultura occidental, es notoria su expansión a áreas culturales diversas, entre las cuales pueden mencionarse países como Japón o Turquía, donde se extendió el sistema romanista¹⁰; y como Sudáfrica, Israel, India y Pakistán, donde rige un sistema mixto con influencia del *common law*¹¹.

A pesar de las diferencias, ambos sistemas afrontan un mismo problema, relativo a la certeza del Derecho, esto es, la predictibilidad de las decisiones judiciales para lograr la igualdad de trato de los particulares que se encuentren en situaciones análogas¹²; según otros doctrinarios, se trata de reducir la libertad del juez en el ejercicio de la función que le es propia, la función jurisdiccional¹³.

⁹ Olaso, Luis María: *Curso de Introducción al Derecho*, Tomo II, 2ª edición. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1994, p. 100. Goodhart también considera que hay una diferencia metodológica radical entre los dos sistemas, aunque Zweigert y Kötz sostienen que sería inexacto concluir que hay una insuperable oposición entre sus métodos, y ello únicamente enfatizaría las tendencias dominantes de cada sistema (Vid. Legarre, Santiago y Julio César Rivera (h). *Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'*. En *Revista Chilena de Derecho*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 33, N° 1, 2006, pp. 109-124, nota 8 [Consultado en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007&lng=e&nrm=iso&tlng=e, en fecha 5 de junio de 2009]).

¹⁰ Catalano, art. *Cit.*, pp. 167-168. Incluso, este autor sostiene que "El encuentro del sistema romanista con el sistema musulmán se produce notablemente en los países árabes de África del Norte, así como en el Líbano, en Siria (a pesar de los cortes debido a la penetración del sistema anglosajón), en Jordania y en Irak" (Vid. p. 168).

¹¹ Galgano, Francesco: *El precedente judicial en Civil Law*, en Francesco Galgano, coordinador: *Atlas de Derecho Privado Comparado*, traducido por Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 76. Catalano también refiere "(...) los fenómenos de penetración de este sistema [el anglosajón] en algunos países del Derecho musulmán, y sobre todo la recepción del Derecho inglés en la India" (Vid. art. *Cit.*, p. 167).

¹² Galgano, art. *Cit.*, p. 76.

¹³ de Otto, Ignacio: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª edición, 7ª reimpresión. Editorial Ariel, Colección Ariel Derecho. Barcelona, 1999, pp. 287-288.

Para comprender mejor la situación que se plantea, debe considerarse que la función jurisdiccional está atribuida a una diversidad de órganos¹⁴, entre los cuales no existe una relación jerárquica en la que un superior pueda dar órdenes a sus subordinados; por el contrario, se presenta una *titularidad múltiple*¹⁵, debido a que todos y cada uno de los jueces gozan de autonomía e independencia¹⁶ al momento de juzgar las controversias sometidas a su conocimiento, lo que se manifiesta, no sólo frente a las otras ramas del Poder Público, sino además respecto del resto de los integrantes del Poder Judicial. No obstante, los tribunales aparecen estructurados de forma piramidal —en cuya cúspide se encuentra, en Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia—, pues las causas se revisan en sucesivos grados o instancias judiciales, estableciéndose una "jerarquización" que únicamente implica diferencias entre los jueces desde el punto de vista de su competencia —en este caso, funcional—, pero jamás permitiría aseverar que alguno de ellos está subordinado a otro, aunque éste sea del más alto Tribunal.

Entonces, cada uno de los sistemas jurídicos adopta una solución distinta para hacer frente a una misma problemática: por una parte, en el sistema romanista se acude al principio de sumisión del juez a la ley, en la cual encontrará las pautas para dictar su decisión; y por la otra, en el sistema anglosajón se establece la obligación del juez de ajustar su decisión a los casos resueltos con anterioridad por él mismo o por otros jueces, creándose de esta forma un sistema de precedentes que

¹⁴ El artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, objeto de enmienda en 2009, establece, en su primer aparte, que corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

¹⁵ De Otto, *Ob. Cit.*, p. 301.

¹⁶ La doctrina califica la independencia judicial como difusa, al pertenecer "(...) en su totalidad e integridad a todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales" (Vid. Gimeno Sendra, Vicente: *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª edición. Editorial Colex, Madrid, 2004, p. 88).

limita la libertad del juzgador al ejercer su función¹⁷. En ambos casos se logra que el juez, independiente al dictar su decisión, no resuelva los asuntos que se le plantean de manera arbitraria, sino ajustándose a reglas predeterminadas.

En este orden de ideas, se destaca como una de las principales características que diferencian los sistemas jurídicos romanista y anglosajón, el grado de vinculación de los jueces a las decisiones judiciales dictadas previamente, menor en el primer caso, y mayor en el segundo¹⁸; además, dependiendo del grupo al cual se adscriba cada ordenamiento jurídico, se habla de *jurisprudencia* o de *precedente*.

Sin embargo, en un mundo cada vez más interrelacionado y globalizado, estos dos sistemas se encuentran en constante interacción, produciéndose en ocasiones la recepción de instituciones jurídicas de un sistema foráneo¹⁹⁻²⁰. En este sentido, algunos autores comentan la progresiva recepción de la figura del precedente en países del grupo romanista, especialmente manifiesta en la jurisdicción constitucional, sea

¹⁷ Buendía Canovas, Alejandro: *La casación civil. Estudio doctrinal sobre los fines casacionales*. Ediciones Jurídicas DJUSA, Madrid, 2006, p. 107. En el *common law*, a través de la fuerza vinculante de los precedentes se garantizan valores intrínsecos al *rule of law*, como la predictibilidad y certeza jurídicas, o el trato igualitario entre casos similares (Magaloni Kerpel, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw Hill, Madrid, 2001, pp. 185-186).

¹⁸ En la doctrina se afirma: "la principal diferencia entre el derecho anglosajón y el derecho continental radica en la institución del precedente judicial obligatorio como regla de derecho" (Vid. Legarre y Rivera, art. cit.).

¹⁹ Según Catalano, Los historiadores del Derecho y los comparatistas elaboran, de diferentes maneras, conceptos como "difusión", "penetración", "recepción", "resistencia", para comprender y describir los fenómenos de relaciones entre los diferentes ordenamientos y sistemas jurídicos" (Vid. art. Cit., p. 166).

²⁰ Magaloni Kerpel indica: "Cada vez resulta menos claro que las diferencias que existen entre las dos tradiciones jurídicas se encuentren en el papel preponderante que juega el legislador vs. los jueces, o en la existencia de un derecho codificado vs. un derecho de creación judicial" (Ob. Cit., p. XXIV).

ejercida por un Tribunal Constitucional o por una Sala integrante del máximo Tribunal²¹.

En Venezuela, que no es ajena a esta realidad, la aprobación por *referendum* de un nuevo Texto Fundamental en 1999, puso en vigencia una norma completamente novedosa en la tradición jurídica del país, que estableció el efecto vinculante de determinadas interpretaciones realizadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para las restantes Salas de ese Tribunal y para todos los jueces de la República.

Así, la Carta Magna no sólo generó una transformación y una evolución en el ámbito procesal, que se había anquilosado en una perspectiva formalista olvidando el *desideratum* de la justicia, sino que además produjo una metamorfosis al consagrar el carácter vinculante de una jurisprudencia en particular, en una corriente de pensamiento que, a pesar de la superación de la tesis exegética del siglo XIX que concebía al juez como un mero aplicador del Derecho, como la boca que pronunciaba las palabras de la ley²², aún fundamenta la estructura política en la tesis de la separación del Poder Público en distintas ramas, aunque no del modo rígido que postuló Montesquieu, sino reconociendo la colaboración entre ellas. Tal situación ha sido examinada por un sector de la doctrina como la recepción del precedente, propio del sistema anglosajón, o al menos, de un elemento emparentado con aquél.

Ahora bien, se advierte que incluso obviando la supuesta recepción de esa figura, algunos autores sustituyen el término jurisprudencia por el

²¹ Sostiene Jesús María Casal que, en el tratamiento de los efectos de las sentencias constitucionales, "Juega (...) un papel relevante (...) la noción de precedente constitucional, que ha sido utilizada en distintos ordenamientos, incluso en países con tradición jurídica romano-canónica (*civil law*)" (Vid. *Constitución y justicia constitucional*, 2ª edición ampliada, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, p. 246).

²² Montesquieu: *Del espíritu de las leyes* [traducido del francés por Nicolás Estévez]. Editorial Claridad, Biblioteca de grandes obras famosas, volumen 3. Buenos Aires, 1971, p. 194, describe el rol del juzgador, de la siguiente manera: "(...) los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley (...)".

de precedente, únicamente por la influencia ejercida por el sistema anglosajón en el lenguaje jurídico empleado en el marco del sistema romanista, lo cual debe ser objeto de críticas, por cuanto existe entre dichas figuras una diferencia cualitativa, más allá del aspecto meramente terminológico²³.

Inmersos en una nueva visión –constitucionalizada– del proceso, avanzado el 2002 sorprendió el legislador venezolano con una norma, sometida a una *vacatio legis* de un año: los jueces de instancia *deben* acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos; y cinco años después, a finales de 2007, repitió la misma norma en otro texto legal. De este modo, tanto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de 2002²⁴, como en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2007²⁵, el legislador descartó la fuerza persuasiva que tradicionalmente ha tenido la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico patrio, imponiendo al juez un sistema rígido de vinculación a ésta.

Las ideas esbozadas en las líneas anteriores describen a grandes rasgos la problemática que se aborda en el presente trabajo; el recorrido por el tema comienza con una explicación sobre el sistema jurídico anglosajón y la fuerza vinculante asignada a las decisiones judiciales, a través de un sistema de precedentes judiciales fundamentado en la re-

²³ Se sigue la opinión de Legarre y Rivera, quienes, después de observar que tanto la doctrina como la jurisprudencia emplean el término *precedente* para referirse a la *jurisprudencia* en el sistema romanista, consideran que esa palabra debe reservarse para el sistema anglosajón (*Vid. art. Cit.*).

²⁴ Sometida a una *vacatio legis* de un año, salvo en lo que respecta al litisconcorcio activo y pasivo, y al recurso de control de la legalidad.

²⁵ Con relación a la vigencia de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, su artículo 685 dispone que entraría en vigencia de forma inmediata; no obstante, ello debe entenderse referido al aspecto sustantivo de la Ley, toda vez que el artículo 680 *eiusdem* establece que “Las disposiciones procesales de esta Ley de Reforma Parcial entrarán en vigencia a los seis meses después de su publicación (...), sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia podrá, mediante resolución motivada, diferir la entrada en vigencia de la presente Ley por seis meses adicionales. Asimismo, podrá diferir su entrada en vigencia en aquellos circuitos judiciales donde no estén dadas las condiciones mínimas indispensables para su efectiva aplicación”.

glia *stare decisis*²⁶; a continuación, se procede a examinar la jurisprudencia en el sistema romanista y la interminable polémica sobre su reconocimiento como fuente de Derecho; luego, situados en el Derecho patrio, se aborda el tema del carácter vinculante de la jurisprudencia en materia constitucional –entendido por numerosos doctrinarios como la incorporación de la figura del precedente en dicha jurisdicción–; y por último, sobre la base de este marco conceptual, se procede a analizar la norma que establece la obligación de los jueces de instancia de seguir la jurisprudencia de casación, para lo cual se expone la postura que frente a ella ha asumido la doctrina patria, así como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

²⁶ Nombre abreviado de la doctrina *stare decisis et quiescit non movere*, que significa estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto (*Vid. Legarre y Rivera, art. Cit.*).

Capítulo I

El precedente judicial y la jurisprudencia

1. El sistema jurídico anglosajón y el precedente judicial

En los países del sistema anglosajón, o del *common law*, se utiliza en el lenguaje técnico-jurídico el término *precedente* (*precedent*) para aludir la sentencia anterior a un caso concreto que será empleada para solucionar casos posteriores²⁷; o, como lo define la doctrina patria, la decisión judicial o conjunto de ellas, en este caso del mismo tenor, que establecen un principio normativo²⁸. Ahora bien, para comprender cómo funciona el sistema del precedente judicial es preciso diferenciar el precedente vinculante u obligatorio (*binding precedent*) del persuasivo o convincente (*persuasive precedent*), según la fuerza obligatoria que

²⁷ Moral Soriano, Leonor: *El precedente judicial*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002, p. 127.

²⁸ Olaso, *Ob. y t. Cit.*, p. 102.

éste tenga para el juez posterior²⁹, la cual variará de acuerdo con una serie de criterios cuya sistematización se intenta a continuación:

En primer lugar, de acuerdo con la posición jerárquica del tribunal que emitió la decisión anterior y del que sigue el criterio allí sentado, pueden diferenciarse hasta tres modalidades de precedente, a saber: a) el vertical, referido al seguimiento de las decisiones de los órganos judiciales superiores; b) el horizontal, que versa sobre el respeto de las sentencias de tribunales homólogos, esto es, del mismo nivel jerárquico; y c) el autoprecedente, que consiste en el seguimiento por un tribunal de sus propios criterios, sentados en casos anteriores³⁰.

No obstante, entre las tres categorías indicadas, las que presentan mayor importancia –tanto teórica como práctica– son la primera y la última; en cuanto al precedente vertical, refiere la doctrina que generalmente se denomina *precedente* –sin calificativos– a los criterios jurisprudenciales de los más altos tribunales, cuya observancia se ordena o recomienda a los jueces inferiores, quienes decidirán las causas conforme a las sentencias emitidas en casos iguales o análogos por los órganos jurisdiccionales superiores³¹. Respecto a la última categoría, que aquí se ha denominado *autoprecedente*, conviene aclarar que algunos autores le dan el nombre de *precedente horizontal* –obviando la segunda modalidad señalada anteriormente³², o fusionándola con

²⁹ Magaloni Kerpel, *Ob. Cit.*, p. 32.

³⁰ Moral Soriano, *Ob. Cit.*, p. 133; y Gascón Abellán, Marina: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 35.

³¹ Gascón Abellán, *Ob. Cit.*, p. 11.

³² Por ejemplo, Francisco de P. Blasco Gascó: *La norma jurisprudencial [nacimiento, eficacia y cambio de criterio]*. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 64), omite el seguimiento de las decisiones emanadas de otros tribunales de la misma categoría a la del juez que decidirá el caso posterior, al señalar que el sistema del precedente vinculante se puede entender respecto del mismo órgano judicial que dictó la decisión anterior, o respecto de los órganos judiciales inferiores a aquél. Magaloni Kerpel diferencia el *stare decisis* vertical, que opera respecto de los precedentes de otros tribunales –de superior jerarquía, según se desprende del calificativo empleado– y el *stare decisis* horizontal, referido a la autovinculación de cada tribunal a sus propias decisiones (*Ob. Cit.*, p. 38).

la tercera³³–; en todo caso, lo importante es conocer el contenido que se le asigna a la categoría –llámese autoprecedente o precedente horizontal–, más que los términos utilizados para designarla.

Ciertamente, los jueces están sometidos a las decisiones emanadas de los tribunales superiores³⁴; pero la distinción entre los sentidos en que se mueve el precedente –vertical u horizontal–³⁵ resulta insuficiente para lograr una noción adecuada de éste; a tal efecto, es indispensable indicar que no todas las razones aportadas por el juez a fin de sustentar su decisión, se erigen como precedente. La determinación del contenido que deviene obligatorio para casos posteriores exige el análisis de las declaraciones realizadas por el juez, para lograr diferenciar la *ratio decidendi* o *holding* –términos sinónimos, proveniente el primero de ellos del Derecho inglés, y el segundo, del norteamericano³⁶–, del *obiter dictum*.

En primer lugar, las razones básicas que fundamentan el dispositivo del fallo configuran la *ratio decidendi*, norma jurisprudencial que se incorpora al Derecho a través de la figura del precedente; es ésta la *rule of law* de obligatoria aplicación a otros casos de especie, la regla de derecho abstracta –desprovista de las consideraciones particulares del caso– que le permite al juez decidir. Por otra parte, las declaraciones que si bien están contenidas en la parte motiva del fallo, no son absolutamente necesarias, sino sólo menciones incidentales, complementarias o tangenciales, conforman el *obiter dictum*, cuyo valor es úni-

³³ A juicio de Casal: *Ob. Cit.* (Constitución...), p. 274, "El precedente puede serlo vertical u horizontalmente, dependiendo de si vincula a los tribunales que se encuentran en niveles inferiores de la escala judicial, o a los tribunales situados en un mismo grado, incluyendo al que establece el precedente".

³⁴ Jolowicz, J.A.: *Derecho inglés*, Publicaciones de la Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 63.

³⁵ Buendía Canovas lo describe gráficamente al señalar que "(...) el carácter vinculante de un precedente es directamente proporcional al órgano judicial que lo dicta, en función de su ubicación en la jerarquía de Tribunales, es decir, se trata de una estructura piramidal en la que el precedente se mueve de arriba hacia abajo (...)" (*Íbid. Ob. Cit.*, p. 101).

³⁶ Magaloni Kerpel, *Ob. Cit.*, p. 81.

camente persuasivo, dependiendo del prestigio del juez que lo pronunció y de la exactitud de su análisis³⁷.

Nótese que en el párrafo anterior se hace referencia al carácter obligatorio o tan sólo persuasivo del precedente judicial; en efecto, el término *precedente, per se*, no implica necesariamente que el juez que decide el caso posterior se encuentre obligado a seguirlo: dependiendo de las circunstancias –la categoría del órgano jurisdiccional que dictó la sentencia inicial y del que ha de seguirla, y que las razones aportadas por el juez constituyan la *ratio decidendi* o el *obiter dictum*–, el grado de vinculación del juez respecto del precedente será mayor o menor, y de ahí la distinción que se hace entre el precedente vinculante y el persuasivo.

La doctrina nacional sostiene que el precedente vinculante, precedente obligatorio para otros casos de especie u obligatorio-extensivo, es “la aplicación obligatoria de una interpretación jurisprudencial de especie a otros casos de especie análogos o similares”³⁸; por argumento a contrario, el precedente persuasivo es aquel en el cual, la aplicación de esa interpretación jurisprudencial no está revestida de obligatoriedad, pero merece ser tomada en cuenta³⁹ según –se reitera– la reputación que goce el juez o la fuerza de convicción argumentativa del fallo.

La figura del precedente judicial es propia del sistema anglosajón, cuyo origen y paradigma se encuentra en Inglaterra; por ello, para explicar el funcionamiento del precedente y su relación con otras fuentes de Derecho, se hará abstracción de las particularidades de cada ordena-

³⁷ Adrián, T. 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*, Editorial Sherwood, N° 8, julio-diciembre 2003, p. 269. También en Casa: *Ob. Cit.*, (Constitución...), p. 274; Escobar León, Ramón: *El precedente y la interpretación constitucional*: Editorial Sherwood, Caracas, 2005, p. 19; Olaso, *Ob. y t. Cit.*, p. 102.

³⁸ Adrián, art. *Cit.*, p. 259.

³⁹ Olaso, *Ob. y t. Cit.*, p. 102.

miento jurídico⁴⁰ y se considerará la situación del Derecho inglés, donde coexisten tres clases de Derecho Objetivo⁴¹ o fuentes formales⁴².

Fundamentalmente impera el *common law* o Derecho común, que es “El conjunto de las decisiones de los jueces y tribunales dotadas de fuerza vinculante, no sólo para el caso que las originó, sino también para todos aquellos de la misma clase que posteriormente se presenten”⁴³, imperando el principio de *stare decisis*; de ahí la relevancia de la figura del precedente. Se trata de un Derecho judicial, que es confeccionado por los jueces, quienes deben decidir cada caso conteste con la solución asumida en un caso similar por un tribunal superior o por ese mismo tribunal⁴⁴.

Con base en lo anterior, sostiene la doctrina que se trata de un Derecho de creación judicial (*case law*) por cuanto el principio *stare decisis* (“ya está decidido”), según el cual se atribuye fuerza vinculante al criterio utilizado previamente por el mismo u otro tribunal para resolver casos iguales al de especie, otorga al precedente el valor de regla de derecho, que debe ser aplicada en la solución de los casos ulteriores; de esta forma, se configura el sistema del precedente vinculante, el cual opera en sentido vertical, al exigirse que los tribunales inferiores decidan conforme al criterio sentado por los tribunales superiores, variando la fuerza del precedente según la clase de tribunal de que se trate;

⁴⁰ “(...) el *Common Law* de nuestros días no es un sistema único de derecho; cada país en el mundo del *Common Law* posee un derecho propio y, aun cuando éste pueda estar influenciado por su parentesco o vinculación con el derecho inglés, no se puede presuponer que adopte sobre una determinada materia la solución de éste” (Vid. Jolowicz, *Ob. Cit.*, p. 17).

⁴¹ Olaso, *Ob. y t. Cit.*, p. 100.

⁴² Rodiere, R.: *Introducción al Derecho Comparado*, Asociación Internacional de Derecho Comparado, Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Instituto de Derecho Comparado del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona, 1967, pp. 41-42.

⁴³ Olaso, *Ob. y t. Cit.*, p. 100.

⁴⁴ “¿Pero cuándo hay similitud? Este es uno de los grandes puntos de discusión del Derecho inglés, de discusión teórica y de dificultades prácticas. Hay similitud cuando los hechos esenciales, sobre los cuales el juez había fundamentado su sentencia son los mismos que los del caso que se le somete” (ver Rodiere, *Ob. Cit.*, pp. 43-44).

y también en sentido horizontal, al estar los tribunales vinculados a sus propias decisiones anteriores –no así a las de otros tribunales de igual rango–, aunque de un modo más sutil⁴⁵.

El origen de un sistema con tales características, lejos de ser casual o arbitrario, encuentra su justificación en la forma en que se organizó históricamente la sociedad inglesa, cuyas normas de conducta derivaban de costumbres locales que sucesivamente fueron uniformadas por los jueces. Así, “en ausencia de un texto legislativo es (...) en el conjunto de las decisiones y sólo en ese conjunto, que se puede descubrir lo que es derecho”⁴⁶; en este sentido, la doctrina patria sostiene:

(...) el sistema del precedente en los países de tradición anglosajona nace y se desarrolla con la finalidad de establecer el contenido de las reglas de derecho en ciertos países en los que no había existido históricamente –al menos en los primeros tiempos de su evolución jurídica– un poder centralizado que tuviese la competencia de legislar sobre innumerables materias atinentes a las relaciones entre los individuos y el contenido de sus derechos patrimoniales. Y ante la multiplicidad de costumbres locales, resultaba necesario establecer una cierta uniformidad de las reglas de derecho. Es por ello que se impone un sistema en el cual ciertos elementos –pero no todos– de las decisiones tomadas por ciertos jueces se convierten, por vía inductiva, en una regla de derecho de imperativa aplicación para ciertos jueces inferiores⁴⁷.

Según refiere la doctrina nacional, la revisión de la historia del Derecho inglés muestra cómo, paralelamente al Derecho común y con el propósito de corregir el formalismo, la insuficiencia de remedios y la resistencia a la adaptación de aquél, surgió un conjunto de nuevas reglas legales y nuevas soluciones, que integran el denominado *equity law* o Derecho de equidad. Desde sus inicios, el Derecho de *equity* fue aplicado por un sistema de administración de justicia distinto e independiente al del *common law*, ejercido por la Corte de Cancillería

⁴⁵ De Otto, *Ob. Cit.*, pp. 290-291.

⁴⁶ Jolowicz, *Ob. Cit.*, p. 62.

⁴⁷ Adrián, *art. Cit.*, p. 260.

(*Court of Chancery*), que juzgaba con base en la *aequitas romano-canónica*; durante siglos, la jurisdicción de *equity* se mantuvo al margen de la regla del precedente, pero progresivamente fue implementando el principio del *stare decisis* a fin de propiciar la uniformidad en las soluciones⁴⁸; al respecto, se relata que:

(...) El Canciller consideraba que los casos de conciencia podían siempre dar lugar a un nuevo examen y que se (sic) podía entonces, mostrarse más exigente en el plano de la conciencia de lo que se había estado algunos años antes, de tal manera que no se podía pretender obligar al Canciller con las soluciones de Equity que había adoptado anteriormente.

Hasta finales del siglo XIX se buscaría en vano una decisión de Equity fundada exclusivamente y en derecho sobre un precedente. No obstante, la jurisdicción de equity era naturalmente sensible a la necesidad que tiene todo cuerpo de mostrarse lógico consigo mismo, y coherente en sus manifestaciones judiciales. Muy naturalmente, las jurisdicciones de Equity adoptaron soluciones análogas a las que habían adoptado anteriormente. Pero no estaban obligadas a hacerlo (...).

No obstante, las jurisdicciones de Equity conocieron bien pronto una práctica análoga a la de las jurisdicciones de *Common Law*, la del *report*, según la cual los especialistas comentaban en revistas decisiones tomadas por los jueces de Equity. A partir del momento en que las decisiones de los jueces de Equity dejaron de ser desconocidas del público y fueron presentadas al conocimiento de todo el mundo en las Recopilaciones de Comentarios Judiciales, se reunían las condiciones previas para la eventual aplicación del principio del *Authoritative precedent*. La reforma de 1873 intervino antes de que el proceso no se terminara por sí mismo⁴⁹.

En la segunda mitad del siglo XIX, se fusionaron las jurisdicciones del *common law* y del *equity law*⁵⁰, aunque las normas de éste tienen un carácter accesorio frente a aquél⁵¹.

⁴⁸ Adrián, *art. Cit.*, pp. 266-267.

⁴⁹ Rodiere, *Ob. Cit.*, p. 48.

⁵⁰ Rodiere, *Ob. Cit.*, p. 50; Olaso, *Ob. y l. Cit.*, p. 101.

⁵¹ Adrián, *art. Cit.*, pp. 267-268.

Adicionalmente, rige en el sistema anglosajón el *statute law* o *written law*, Derecho promulgado por el Parlamento y otros órganos competentes para estatuir el Derecho⁵². Refiere la doctrina que en la actualidad, la paulatina ampliación del perímetro del *statute law*, consecuencia de la progresiva aprobación de leyes formales en materias antes regidas por el *common law* o que escapan de su ámbito, apareja la concomitante restricción de la regla de Derecho consuetudinario, aplicable a través del precedente vinculante⁵³; máxime si se considera que el precedente está subordinado a la legislación, "puesto que (...) las reglas del *common law* pueden verse privadas de su status de derecho por una ley"⁵⁴.

2. El sistema jurídico romanista y la jurisprudencia. Su valor como fuente de Derecho

Frente al sistema jurídico anglosajón, el sistema romanista se caracteriza por la existencia desde tempranas épocas históricas de normas generales de Derecho impuestas por los poderes públicos, con la consiguiente relegación de la costumbre en el catálogo de las fuentes del Derecho, como una fuente subsidiaria, así como la negación del carácter obligatorio de las interpretaciones judiciales por parte de otros jueces, por ser ésta innecesaria⁵⁵.

En el marco de este sistema jurídico, y visto que los jueces no están obligados a aplicar directamente las decisiones judiciales previas, se habla de *jurisprudencia*⁵⁶ en vez de *precedentes*, aunque actualmen-

⁵² Olaso, *Ob. y t. Cit.*, p. 100.

⁵³ Adrián, *art. Cit.*, p. 261.

⁵⁴ Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho*, 2ª edición (reimpresión), traducido por Genaro Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 126. También en Adrián, *art. Cit.*, p. 270.

⁵⁵ Adrián, *art. Cit.*, p. 261.

⁵⁶ Al emplear el término en el presente estudio, se excluye el sentido que entiende por Jurisprudencia, la ciencia jurídica. "Los romanos atendían al concepto etimológico, y de allí que sostuvieran, que la jurisprudencia era la ciencia de la sabiduría del Derecho (*iuris-ars*, Derecho; *prudencia*-ae, ciencia, sabiduría, conocimiento)", ver Hernández Gordils, José Rafael: *Introducción al Derecho*, 2ª edición. Legis Editores, Caracas, 2004, p. 289).

te se afirma la recepción de esta última figura en distintos ordenamientos jurídicos.

Así las cosas, la jurisprudencia puede definirse –en una de sus acepciones, ya que no es un término unívoco– como el conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los tribunales⁵⁷; o bien, el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo, o el conjunto de sentencias de éste, por las que se revela el modo uniforme de aplicar el Derecho⁵⁸. En el mismo sentido, se define como el conjunto de normas jurídicas que emanan de las sentencias dictadas por los tribunales⁵⁹, o también como:

[El] Conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, emitidas con ocasión de los juicios sometidos a su resolución, las cuales, aún no teniendo fuerza obligatoria, se imponen por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del que emanan⁶⁰.

En efecto, los órganos jurisdiccionales resuelven los conflictos sometidos a su consideración a través de sentencias; pero los criterios sostenidos en éstas podrán considerarse *jurisprudencia*, en principio, cuando sean constantes y uniformes, lo cual implica que se dicte más de una decisión en el mismo sentido; de ahí que la jurisprudencia se forma paulatinamente –salvo excepciones, como se verá *infra*–, independientemente de la voluntad del juez que decide un caso concreto. La expresión *línea jurisprudencial*, también empleada en la práctica forense, alude a esta continuidad y uniformidad del criterio.

Determinado lo anterior, se procederá a continuación a bosquejar las distintas posturas que se han planteado acerca del valor de la jurisprudencia.

⁵⁷ García Maynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, 31ª edición revisada. Editorial Porrúa, México, 1982, p. 68.

⁵⁸ Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo I, 6ª edición. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, p. 74.

⁵⁹ Olaso, *Ob. y t. Cit.*, p. 73.

⁶⁰ Couture, Eduardo: *Vocabulario jurídico*, 6ª reimpresión. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 372.

dencia como fuente de Derecho en los países del sistema jurídico romanista, y en particular en Venezuela, con la advertencia de que una de las grandes complejidades del tema se origina en las diversas posiciones ideológicas y el contenido que se le otorga a conceptos fundamentales como "Derecho", "norma jurídica", "fuente normativa" o "jurisprudencia"; por tanto, una sistematización de la materia no podría pretender ser absoluta ni definitiva. En este orden de ideas, se propone una perspectiva de aproximación al tema que, a riesgo de parecer simplista, muestra el asunto de forma aprehensible, aportando un esquema que permite alcanzar conclusiones, que a su vez hagan posible la progresiva profundización.

Las fuentes del Derecho objetivo positivo, entendidas como "los 'modos de manifestación de la voluntad jurídica predominante en el pueblo'"⁶¹, pueden ser históricas, reales –también denominadas materiales– o formales⁶²; las primeras, son los documentos históricos relativos al Derecho; las segundas, los factores de la realidad histórica, de diversa naturaleza, que son objeto de regulación y por ende determinan el contenido de las normas jurídicas; por último, las fuentes formales constituyen los modos de manifestación externa del Derecho objetivo positivo, aunque también pueden ser entendidas en otros sentidos estrechamente relacionados con el anterior, como el órgano del Poder Público que es reconocido como competente para producir las normas jurídicas, o como el proceso de formación de éstas⁶³.

De acuerdo con otra clasificación, entre las fuentes del Derecho objetivo positivo se distinguen las directas, que contienen en sí mismas las normas jurídicas, y las indirectas, también llamadas auxiliares, que ayudan a producir y comprender esas normas, pero sin darles existencia⁶⁴. En la doctrina patria, algunos autores consideran las fuentes directas e indirectas como subcategorías de las fuentes formales⁶⁵, mientras que

⁶¹ Olaso, *Ob. y t. Cit.*, pp. 5-6.

⁶² García Maynez, *Ob. Cit.*, p. 51.

⁶³ Olaso, *Ob. y t. Cit.*, pp. 8-9.

⁶⁴ Castán Tobeñas, *Ob. y t. Cit.*, p. 59.

⁶⁵ Olaso, *Ob. y t. Cit.*, pp. 9-10; Hernández Gordils, *Ob. Cit.*, p. 261.

otros incluyen a las fuentes formales indirectas en la categoría de fuentes materiales⁶⁶.

El catálogo de las fuentes formales del Derecho es un tema polémico, y no existe unanimidad entre los teóricos sobre la inclusión de la jurisprudencia en el mismo⁶⁷, aunque en Venezuela se reconoce la actual tendencia a conferirle mayor relevancia en la producción jurídica⁶⁸.

En primer lugar, pese a que el objeto del presente estudio es la *jurisprudencia* –criterios uniformes y reiterados que emanan de las sentencias– y no las decisiones judiciales individualmente consideradas, puede hacerse el siguiente planteamiento: si se incluye en la noción de normas jurídicas a aquellas de contenido particular, que constituyen actos de aplicación de las generales, debe concluirse que las sentencias son una fuente formal directa de normas individualizadas, al establecer una norma de conducta obligatoria en el caso concreto, dentro de los límites de la cosa juzgada⁶⁹. No obstante, para otros doctrinarios la

⁶⁶ Así lo reseña Aguilar Gorrondona, José Luis: *Derecho Civil I: Personas*, 21ª edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p. 26.

⁶⁷ Este debate no se presenta en el sistema jurídico anglosajón, en el cual la jurisprudencia constituye fuente formal directa de Derecho, a través del precedente obligatorio (*Id.* Olaso, *Ob. y t. Cit.*, p. 103; y Hernández Gordils, *Ob. Cit.*, p. 293).

⁶⁸ Así se afirma en Olaso, Luis María y Jesús María Casal: *Curso de Introducción al Derecho*, Tomo II, 4ª edición, revisada y ampliada por Jesús María Casal y Alma Chacón, con la colaboración de Arturo Peraza, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 127.

⁶⁹ A esta opinión se adhieren, por ejemplo, García Maynez, quien sólo la califica como fuente formal, conteste con la clasificación que postula (*Ob. Cit.*, p. 75); y Nino, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª edición, 14ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 149, entre otros. En Venezuela, cabe mencionar a Olaso (*Ob. y t. Cit.*, p. 98); Hernández Gordils, quien señala: "(...) la jurisprudencia (...) genera normas individualizadas, que vinculan sólo a las partes que intervienen y a los terceros cuyos Derechos se vean afectados por la sentencia (...), ya que en nuestro país, no constituyen 'verdaderos precedentes', como ocurre en el sistema anglosajón" (*Ob. Cit.*, p. 290); y Egaña, Manuel Simón. *Notas de Introducción al Derecho*, Editorial Criterio, Caracas, 1963, pp. 155-156, 158, quien no diferencia entre las fuentes formales directas e indirectas, y por ende considera las sentencias como fuente formal de normas individualizadas, agregando que tal carácter deriva además de la posibilidad de que un juez superior ordene a uno inferior que decida el caso concreto en un determinado sentido, lo que sucede en el caso de la casación con reenvío.

generalidad es un atributo esencial de la norma jurídica⁷⁰, y en consecuencia la decisión judicial debe excluirse de las fuentes del Derecho⁷¹.

Pero, más allá de la consideración de las normas jurídicas individualizadas que dimanar de las decisiones judiciales, interesa analizar su valor como fuente de normas jurídicas generales –o simplemente normas jurídicas, para aquellos que no incluyen entre éstas a las de contenido individual–, tema en el que no hay una opinión concluyente.

En la doctrina nacional, se ha propuesto agrupar las distintas posiciones sostenidas por los teóricos del Derecho en torno al valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho, de la siguiente forma: Los autores que siguen la teoría legalista reconocen en la ley, la fuente única, formal y directa de Derecho, y postulan que cuando la jurisprudencia cumple su función creadora e integradora del Derecho, lo hace de acuerdo a las disposiciones de la ley y sólo tiene el valor que ésta le concede; otros, por el contrario, destacan que, de hecho, la jurisprudencia constituye una fuente directa de Derecho, porque a través de ella se alcanzan nuevos resultados. Finalmente, se concluye que si bien la jurisprudencia no constituye una fuente formal directa de Derecho, visto que los tribunales aplican el Derecho creado por los órganos legislativos y no intervienen directamente en la creación de normas jurídicas generales, en la práctica es difícil establecer un límite entre la aplicación y la creación de Derecho, de modo que la jurisprudencia es la “forma viva” del Derecho⁷².

⁷⁰ Este es el criterio, por ejemplo, de Demófilo De Buen (*Introducción al estudio del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s.f., p. 266) quien considera que la norma jurídica se caracteriza por su generalidad, y por ende ha de ser aplicable a cuantas personas se encuentren en un supuesto determinado, debiendo reservarse el nombre de *negocio jurídico* a las declaraciones de voluntad privadas, y de *actos de autoridad*, sea ésta legislativa, administrativa o judicial, a las declaraciones de los Poderes públicos que no reúnen el referido carácter de generalidad.

⁷¹ En el país, así opinan Aguilar Gorrondona (*Ob. Cit.*, pp. 25-26) y Francisco Hung Vaillant, (*Derecho Civil I*, 3ª edición puesta al día y aumentada. Vade! Hermanos Editores, Caracas, 2007, p. 42) que si bien no hace un señalamiento expreso acerca de la jurisprudencia, le niega al contrato el carácter de fuente de Derecho por ser tan sólo una norma particular.

⁷² Olaso, *Ob. y t. Cit.*, p. 97.

Los autores patrios que no diferencian entre las fuentes formales directas e indirectas, niegan que la jurisprudencia sea una fuente formal y la incluyen entre las fuentes materiales de Derecho –haciendo mención aparte en el caso del control constitucional o legislativo de una norma⁷³–, entendiéndola así como un factor que contribuye a determinar el contenido de las normas jurídicas, no sólo porque sirve de orientación al legislador cuando crea nuevas normas jurídicas o modifica las preexistentes, sino además porque el juez normalmente acoge las decisiones que otros jueces han dictado antes en casos similares, pero no por estar obligado a seguir el mismo criterio, sino por su fuerza de convicción⁷⁴. En el mismo sentido, un sector de la doctrina opina que en el ordenamiento jurídico venezolano, la sentencia no es una fuente formal de Derecho, por cuanto de ella no derivan normas generales y abstractas de obligatoria observancia por todos; sin embargo, es una “fuente indirecta o material de Derecho, pues los precedentes judiciales, si bien no son de obligatoria observancia por los jueces, constituyen base fundamental para la interpretación de la ley y para la integración del Derecho”⁷⁵; según se explica, en la actividad de juzgamiento el juez crea la premisa mayor que aplicará en su decisión, a partir de la ley, completando el marco legal con la jurisprudencia, la doctrina científica y las máximas de experiencia⁷⁶.

⁷³ Con relación a los efectos de las sentencias de control de la constitucionalidad, se remite al estudio realizado por Jesús María Casal: *Ob. Cit.*, (*Constitución...*).

⁷⁴ Egaña, *Ob. Cit.*, pp. 154-158.

⁷⁵ Mejía Arnal, Luis Aquiles: *Creación judicial de Derecho*, en Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República, N° 6, Caracas, 1992, pp. 189-190. La opinión se repite posteriormente en Abreu Burelli, Alirio y Luis Aquiles Mejía Arnal: *La Casación Civil*, 2ª edición actualizada, Editorial Homero, Caracas, 2005, p. 629.

⁷⁶ Explicación aportada por Luis Aquiles Mejía Arnal en el *Taller de Casación Civil* que imparte en el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, entre otras universidades, repetida en la *Tertulia sobre El precedente y la jurisprudencia como fuentes del Derecho*, organizada por la Cátedra de Derecho Procesal Civil de la Escuela de Derecho de esa misma Facultad y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, realizada el día 13 de abril de 2010 en las instalaciones de la Universidad Central de Venezuela.

Sin pretender generalizar, puede señalarse que la opinión más frecuente es aquella que atribuye a la jurisprudencia el valor de fuente formal indirecta de Derecho, lo que supone, por una parte, negar que por sí misma determine la existencia de normas jurídicas generales, y por otra parte, aceptar que contribuye a la interpretación y comprensión de éstas. De forma coincidente, el calificar a la jurisprudencia como una fuente material y no formal de Derecho —para aquellos que no distinguen las fuentes formales directas e indirectas— implica que incide en el contenido de las normas jurídicas, sin llegar a determinar su existencia.

Con relación a lo anterior, resulta interesante la distinción que propone un sector de la doctrina foránea respecto de las fuentes del Derecho, al diferenciar la creación deliberada de normas jurídicas, de la espontánea. En primer lugar, se crean normas jurídicas de forma deliberada cuando se sancionan ciertas reglas por medio de actos ejecutados por órganos competentes con la intención de establecer tales reglas, como sucede cuando se sentencia un caso concreto —al respecto, recuérdese que previamente se admitió que las decisiones judiciales son fuente formal directa de normas jurídicas particularizadas—. En segundo lugar, las formas espontáneas de creación de normas jurídicas son aquellos actos que no se realizan con la intención de establecer normas, pero tienen ese efecto; así ocurre en el caso de la jurisprudencia o los precedentes judiciales. Según se explica, los jueces al sentenciar toman en cuenta una determinada norma preexistente, como la ley o la costumbre, pero muchas veces consideran además determinados criterios generales de razonabilidad, equidad, etcétera, que ni emanan del legislador ni de la costumbre, y que pueden ser tomados en cuenta por otros jueces al resolver un caso análogo; entonces, cuando esos criterios son adoptados por los jueces para fundamentar sus decisiones y el apartarse de ellos es motivo de crítica, se originan ciertas normas jurídicas, que los jueces pueden considerar tanto o más obligatorias que las leyes, como ocurre en ordenamientos del sistema anglosajón. Por lo tanto, se concluye que los jueces en conjunto pueden dar origen a normas jurídicas generales, aunque no las sancionen deliberadamente⁷⁷.

⁷⁷ Nino, *Ob. Cit.*, pp. 148-151.

Por otra parte, el valor de la jurisprudencia puede variar en un mismo ordenamiento jurídico, según la rama del Derecho. Por ejemplo, la doctrina destaca su importancia en el Derecho Administrativo al calificarla como una fuente *real o fáctica*, en virtud de la *sacralización* de la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y de la Corte Primera —ahora, Cortes Primera y Segunda— de lo Contencioso Administrativo que, en la práctica, se han convertido en “verdaderas referencias normativas”⁷⁸.

Contrariamente, en el Derecho Civil venezolano⁷⁹ la ley es la única fuente formal directa conteste con lo establecido en el artículo 4 del Código Civil, del cual se desprende que el silencio de la ley se suple en primer término con otras disposiciones de la misma ley, y si aún hubiere duda, con los principios generales del Derecho, que deben ser inferidos de la propia ley; en este contexto, la jurisprudencia constituye una fuente formal indirecta, por cuanto no crea la norma jurídica sino que ayuda a precisar su contenido⁸⁰.

Son numerosos los estudios de la jurisprudencia como fuente de Derecho; pero otros autores prefieren dejar a un lado esta discusión y aproximarse al estudio de la jurisprudencia desde el punto de vista de su uso

⁷⁸ Peña Solís, José: *Manual de Derecho Administrativo (adaptado a la Constitución de 1999)*, Volumen Primero. Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Estudios Jurídicos. Caracas, 2000, p. 675.

⁷⁹ “La importancia de determinar el orden de prelación de las fuentes en el Derecho civil, es que el mismo podrá ser aplicado en aquellas ramas, donde no exista un orden establecido al efecto” (Vid. Hernández Gordils, *Ob. Cit.*, p. 261).

⁸⁰ Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.*, p. 29. A esta opinión se adhiere Hung Vaillant (*Ob. Cit.*, p. 42). “En Venezuela, tenemos un sistema cerrado de normas jurídicas, en vista de que existe el principio de la plenitud hermética del ordenamiento, mediante el cual se tienen previstas soluciones para todos los casos que surjan en la realidad. Efectivamente, si no hay ley aplicable a una determinada situación, se podrá acudir a la analogía y a los principios generales del Derecho y de esta manera integrarlo al cuerpo normativo”; en consecuencia, se afirma que en el país es restringida la función de integración y creación que desempeña la jurisprudencia (Vid. Hernández Gordils, *Ob. Cit.*, p. 291).

argumentativo por parte del juez que, al resolver las controversias jurídicas que se le plantean, acude a ella a fin de justificar su decisión; desde esta perspectiva, se evidencia un acercamiento entre los sistemas jurídicos anglosajón y romanista⁴¹.

⁴¹ Moral Soriano, *Ob. Cit.*, p. 130. Para el estudio del tema, que no será abordado en el presente trabajo, se remite a la obra de esta autora; de Percelman, Ch. y L. Ofbrechts-Tyteca: *Tratado de la argumentación*, traducción española de Julia Sevilla Muñoz, 1ª edición, 2ª reimpresión. Biblioteca Románica Hispánica, Editorial Gredos, Madrid, 1989; y de Zerpa, Levis Ignacio y José M. Delgado Ocando, coordinadores: *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos, Nº 3. Caracas, 2001.

Capítulo II

Valor de la jurisprudencia en la jurisdicción constitucional

1. La incorporación del precedente en el Derecho venezolano

Entre las innovaciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, está la creación de la Sala Constitucional dentro del Tribunal Supremo de Justicia –y no como un órgano autónomo– para que ejerza la jurisdicción constitucional, como máxima y última intérprete de la Constitución, con la correlativa asignación de un destacado valor a sus criterios –dentro de ciertos límites, como se verá– al quedar establecido en el artículo 335, que sus interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República. Ello ha sido entendido por la doctrina patria como la consagración del precedente judi-

cial constitucional, precedente constitucional vinculante o precedente obligatorio extensivo⁸².

Pese a que un análisis exhaustivo sobre el precedente constitucional excede de los límites del presente trabajo, es menester esbozar los principales planteamientos que han hecho autores patrios sobre el tema, en especial respecto a la delimitación del significado y alcance del efecto vinculante de las interpretaciones de la Sala Constitucional.

Resulta de gran utilidad el estudio realizado por Casal, quien aborda los efectos de las sentencias constitucionales diferenciando tres categorías empleadas en el Derecho Procesal Constitucional: 1) la cosa juzgada, que representa un impedimento para la introducción de nuevos recursos en relación con el mismo litigio previamente resuelto; pero en la jurisdicción constitucional presenta peculiaridades que la hacen más bien flexible, sobre todo en los procesos de control de la constitucionalidad de las leyes, en los que se cuestiona la aplicabilidad de dicha institución; 2) el efecto vinculante, que consiste en la obligación de respetar y acatar lo establecido en las sentencias dictadas en los procesos constitucionales, lo cual no sólo comprende la observancia del mandato que tales decisiones puedan dirigir a alguna autoridad, sino también el sometimiento de todos los organismos públicos a las consecuencias jurídicas del pronunciamiento; se diferencia de la cosa juzgada porque sobrepasa los límites subjetivos de ésta, llegando a tener un alcance general; y 3) la fuerza de ley, o eficacia general o *erga omnes*, atribuida en algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán o el español, a las sentencias que versan sobre el control de la constitucionalidad de las leyes, cuya eficacia se extiende a los particulares, y no sólo a los tribunales y demás órganos del Poder Público; en el caso de España, para algunos autores esta eficacia general implicaría el discutible reconocimiento a las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una norma legal, de una fuerza especial semejante a la de la ley, aunque de signo contrario.

⁸² Escovar León: *Ob. Cit.*, (El precedente...), 2005, p. 18.

Concluye el autor que esta categoría no agrega aspectos relevantes que no estén comprendidos en el efecto vinculante, más allá de la publicación del fallo o de su dispositivo, en el boletín o la gaceta oficial, según los ordenamientos jurídicos, y de la extensión de la obligatoriedad de las sentencias a los particulares⁸³.

Casal reseña la posición asumida por la Sala Constitucional en sentencia N° 1.309 del 19 de julio de 2001 (caso: *Hermann Escarrá*), en la cual distinguió dos vertientes del efecto vinculante de sus decisiones: la *jurisdictio*, relativa a la interpretación de la Carta Magna al resolver casos concretos y cuya obligatoriedad sólo podría invocarse conforme a la técnica del precedente; y la *jurisdatio*, referida a la interpretación abstracta y directa del Texto Fundamental, con efectos *erga omnes*. Afirma el autor que, aunque en esa oportunidad la Sala otorgó mayor importancia a la *jurisdatio* en cuanto a su repercusión en la interpretación vinculante de la Constitución, en la práctica destacan las interpretaciones sentadas al decidir casos concretos, que deliberadamente lo trascienden y que ha conllevado el desarrollo de la jurisdicción normativa —establecimiento de criterios con valor *erga omnes* destinados a colmar vacíos o insuficiencias existentes en la legislación, por su falta de adaptación a la nueva Constitución—, principalmente, en el marco de las acciones de amparo⁸⁴.

De acuerdo con la opinión de Casal, el alcance del efecto vinculante consagrado en el artículo 335 constitucional se circunscribe a la interpretación de las normas y principios constitucionales, es decir, de normas constitucionales de cualquier índole, incluso de principios constitucionales no escritos, dimanantes del ordenamiento jurídico-constitucional. Por lo tanto, quedan excluidas de la fuerza vinculante las interpretaciones de normas legales que realice la Sala Constitucional, mas no sus pronunciamientos sobre la interpretación constitucionalmente

⁸³ Casal: *Ob. Cit.*, (Constitución...), pp. 246-254. También en "Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional" en *Revista de Derecho Constitucional*, Editorial Sherwood, N° 8, julio-diciembre 2003, pp. 194-199.

⁸⁴ Casal: *Ob. Cit.*, (Constitución...), pp. 265-266, 270.

válida de un precepto legal, o aquella que debe rechazarse por contrariar el Texto Fundamental⁸⁵.

Sostiene además que la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se traduce, en primer lugar y fundamentalmente, en la aplicación de la regla del precedente obligatorio; esto implica que la *ratio decidendi* o *holding* de las sentencias que resuelvan disputas constitucionales debe ser seguida por todos los tribunales. Según el autor, la jurisprudencia constitucional vinculante debe construirse principalmente a través del precedente constitucional, figura que se ha desarrollado en el sistema del *common law* y que exige identificar cuál es la *ratio decidendi* de las decisiones para determinar los contenidos de éstas que resultan obligatorios en procesos futuros. En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional vinculante comprende, dentro de ciertos límites, las interpretaciones constitucionales sentadas expresamente por la Sala Constitucional al resolver controversias de esa índole, aunque no se circunscriban estrictamente a la *ratio decidendi* del fallo, siempre que estén relacionadas directamente con el caso sometido a su consideración⁸⁶.

Conteste con la opinión de Peña Solís, el carácter vinculante de las interpretaciones de la Sala Constitucional no sólo se extiende a todos los órganos del Poder Judicial, incluyendo a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, sino además a todos los órganos del Poder Público, por cuanto están sujetos al texto constitucional conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Carta Magna, y además, porque la determinación del alcance y sentido de las normas y principios constitucionales se integran a éstos⁸⁷⁻⁸⁸.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 272.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 268-269, 274.

⁸⁷ *Ob. y vol. Cit.*, p. 680.

⁸⁸ "(...) las normas no son los enunciados lingüísticos de que constan los textos legales, sino el significado que se les confiere, lo cual sólo tiene lugar a través de la interpretación, que precisa, limita o amplía su sentido; de tal forma que el contenido real de las normas no radica en lo que dice su texto, sino en lo que los tribunales dicen que dicen" (Vid. Santamaría Pastor, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, 3ª edición, 2ª reimposición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Colección Ceura. Madrid, 2004, p. 167).

Por su parte, Escovar León plantea que uno de los límites del precedente constitucional deriva de su conexión con el *thema decidendum*, puesto que el mismo se restringe al *holding* o *ratio decidendi* de la sentencia, que goza de carácter vinculante, mientras que el *obiter dictum* únicamente es persuasivo. Asimismo, expone las dos doctrinas que sobre dicha figura coexisten en el sistema jurídico norteamericano, a saber, la maximalista, que postula que el *holding* debe ser general y abstracto, de manera que pueda abarcar a toda una categoría de asuntos en el futuro; y la minimalista, según la cual éste debe elaborarse para el caso concreto, pues su aplicación a casos idénticos se hará mediante el razonamiento analógico. En este sentido, después de considerar que el establecimiento de una doctrina vinculante debe ser excepcional y por ende de interpretación restrictiva, expone el autor que el carácter vinculante de las sentencias constitucionales solamente debe aplicarse al caso futuro cuando exista identidad fáctica; inclusive, propone que se combinen las visiones minimalista y maximalista, y así, por ejemplo, cuando se trate de la interpretación de una norma o principio constitucional relativos a los derechos a la defensa, al debido proceso o a la tutela judicial efectiva, se haga abstracción de los hechos del caso concreto y se confeccionen reglas de aplicación general a otros casos, aunque no exista total identidad en los hechos⁸⁹.

La tesis de la interpretación restrictiva del artículo 335 de la Constitución también es apoyada por Díaz Candia, entre otras razones, porque atenúa el principio de separación de los Poderes al suponer que la función jurisdiccional ejercida por la Sala Constitucional complementa la función normativa, reservada en principio al Poder Legislativo, y más aun, la función ejercida por el Poder Constituyente del que emanó la Constitución de 1999. Según su opinión, el carácter vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional sólo se manifestará respecto de

⁸⁹ Escovar León, Ramón: *El precedente constitucional: definición y límites*, en *Revista de Derecho Constitucional*, Editorial Sherwood, N° 8, julio-diciembre 2003, pp. 231-257.

las interpretaciones constitucionales que se desprendan del *thema decidendum*, y no de cuestiones incidentales⁹⁰.

2. Incidencia del efecto vinculante de las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre la consideración de esa jurisprudencia como fuente de Derecho

En el escenario jurídico del país ha existido coincidencia en la doctrina en cuanto al reconocimiento de la jurisprudencia como una fuente de Derecho, pero no una fuente formal directa, creadora de la norma jurídica a aplicar, como sucede en el sistema anglosajón⁹¹; más bien, ha sido concebida como una fuente formal indirecta –o fuente material, según algunos autores–, que aporta valiosas orientaciones en la interpretación de las normas preexistentes.

En la consideración del valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se ha entendido como un hito relevante, porque habría determinado la revalorización de la jurisprudencia, al atribuirle en su artículo 335, efecto vinculante a las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales.

Los autores patrios han llegado a sostener la posible inclusión de la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho Constitucional⁹², destacando que con anterioridad a la Constitución de 1999, era considerada una fuente material de producción de normas jurídicas porque sólo contribuía a determinar el contenido de éstas, pero a partir del vigente Tex-

⁹⁰ Díaz Candía, Hernando: *El principio stare decisis 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*, Editorial Sherwood, N° 8, julio-diciembre 2003, pp. 219-229.

⁹¹ En ese sistema jurídico, los jueces son órganos de creación de Derecho porque las sentencias con valor de precedente no se limitan a determinar los criterios de aplicación de las normas preexistentes, sino que configuran un *Derecho nuevo* (Véase Magaloni Kerpel, *Ob. Cit.*, p. 25).

⁹² Casal: *Ob. Cit.*, (Constitución...), p. 266.

to Fundamental, las sentencias de la Sala Constitucional se convierten en verdadera fuente de Derecho, constituyéndose dicha Sala en un centro de producción normativa⁹³. De este modo, la jurisprudencia constitucional es catalogada como una fuente formal directa de Derecho⁹⁴.

Conteste con esta opinión, la Sala Constitucional atribuyó el carácter de fuente –formal directa– de Derecho a sus interpretaciones constitucionales, después de distinguir entre aquellos criterios a los cuales se atribuye carácter vinculante conteste con el artículo 335 constitucional, de los restantes criterios jurisprudenciales; al respecto, la Sala sostuvo:

(...) es claro que en nuestro ordenamiento jurídico, con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala, la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho. Sin embargo, la motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso *sub iudice*, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de

⁹³ Molina Galicia, René: *Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?*, Ediciones Paredes, Caracas, 2002, pp. 137-138, 140-141.

⁹⁴ Olaso y Casal, (*Ob. y t. Cit.*, pp. 207, 209, afirman: "en Venezuela, como en los países del sistema continental, la jurisprudencia no es fuente formal directa de Derecho, salvo el caso de las interpretaciones constitucionales sentadas por la Sala Constitucional (...)". Peña Solís considera que las interpretaciones de la Sala Constitucional con carácter vinculante, se erigen en una efectiva fuente del Derecho, interpretaciones que configuran jurisprudencia sin necesidad de reiteración, esto es, aun cuando estén contenidas en una única sentencia (*Ob. y vol. Cit.*, pp. 680, 682); en *Las fuentes del Derecho en el marco de la Constitución de 1999* (Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2009, pp. 163-164), el autor considera a la jurisprudencia constitucional como una "verdadera" fuente de Derecho, partiendo de una concepción bastante amplia de este concepto, al comprender en el mismo tanto la creación como la modificación y extinción del Derecho, precisando en tal sentido que la sentencia de inconstitucionalidad y la interpretativa innovan el ordenamiento jurídico. Hung Vaillant señala que en el país, "las fuentes formales directas del Derecho se reducen a la Ley o Derecho escrito (...). Por vía excepcional, la jurisprudencia dictada por la Sala Constitucional del TSJ sobre interpretación y aplicación de las normas constitucionales, son vinculantes para las otras Salas del TSJ y demás Tribunales de la República" (*Ob. Cit.*, p. 41).

este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, deben procurar acoger para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Por ello, la doctrina de casación, sin ser fuente formal del Derecho, en virtud de que sienta principios susceptibles de generalización, cuya desaplicación puede acarrear que la decisión proferida en contrario sea casada, se constituye en factor fundamental para resolver la *litis* y, en los casos en que dicha doctrina establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdaderas normas generales⁹⁵.

Del fragmento citado, se desprende que la Sala Constitucional niega a la jurisprudencia –excluidas sus interpretaciones constitucionales– el carácter de fuente de Derecho; aunque se advierte que en un inicio señala que no es fuente *directa* de Derecho, y luego, que no es fuente *formal*, de donde puede concluirse que la Sala primeramente contrapuso la categoría de fuentes *directas*, a la de fuentes *indirectas* –siendo la jurisprudencia una de éstas, por argumento a contrario–, y posteriormente, contrastó las fuentes *formales*, a las *materiales* –donde se entendería ubicada la jurisprudencia–. De cualquier forma, visto que se reconoce la importancia de la jurisprudencia de casación, podría afirmarse que ésta es una fuente *formal indirecta* de Derecho sin que ello implique contradecir a la Sala Constitucional, que en otra decisión señaló nuevamente que la jurisprudencia pacífica y reiterada, “aun cuando (...) no constituye fuente formal de derecho, (...) orienta la actuación de los operadores de justicia”⁹⁶. Se advierte, sin embargo, cierta oscuridad, cuando la Sala afirma que “en los casos en que dicha doctrina [la doctrina de casación] establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdade-

⁹⁵ Sentencia N° 401 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional (TSJ- SC, en lo sucesivo), del 19 de marzo de 2004 (caso: *Servicios La Puerta, S.A.*), ratificada en diversas oportunidades, *verbi gratia*, las N° 1.046 del 7 de julio de 2008 (caso: *Freddy Alexis Madriz Morín*) y 31 del 30 de enero de 2009 (caso: *Alejandro Humberto Sosa*).

⁹⁶ Sentencia TSJ-SC N° 4.651 del 14 de diciembre de 2005 (caso: *Seguros La Seguridad C.A.*).

ras normas generales”, estableciendo así una suerte de equiparación entre los efectos de la jurisprudencia casacional y las “verdaderas normas generales”, máxime si se considera la necesidad de diferenciar entre los efectos que produce la jurisprudencia según la naturaleza adjetiva o sustantiva de las normas interpretadas⁹⁷.

Una vez expuesta la posición asumida por la doctrina patria y por la Sala Constitucional acerca del desplazamiento ascendente de la jurisprudencia constitucional en el cuadro de las fuentes de Derecho, en razón del efecto vinculante previsto en el artículo 335 constitucional, surge la interrogante acerca de la relación entre el establecimiento de tal efecto y el carácter de fuente de la jurisprudencia, es decir, ¿la obligatoriedad de seguir la jurisprudencia la convierte en una fuente formal directa de Derecho?

Definitivamente, la respuesta es negativa⁹⁸. Sin desconocer la actividad creadora del juez, debe afirmarse que ésta es siempre de índole interpretativa, lo cual supone que hay una norma anteriormente establecida, y que el juez no crea una norma nueva, antes inexistente, como ocurre en el sistema jurídico anglosajón, donde, en el marco del *common law*, las normas derivan de los precedentes judiciales, y el juez debe acudir a ellos a fin de encontrar la norma jurídica aplicable; por el contrario, en los ordenamientos jurídicos que se adscriben al sistema romanista, como el venezolano, impera el principio de sumisión del juez a la ley, que no experimenta alteración alguna porque la propia ley prevea el carácter vinculante de la jurisprudencia, obligatoriedad esta que podría eliminar un cambio legislativo –o constitucional, en este

⁹⁷ Resulta curiosa la sentencia N° 705 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa, del 18 de junio de 2008 (caso: *Municipio José Gregorio Monagas del Estado Anzoátegui*), en la cual sorpresivamente se asevera que los criterios jurisprudenciales emanados de esa Sala son de obligatoria aplicación por parte de los tribunales con competencia en materia contencioso administrativa y tributaria, y que por ende los jueces tienen el deber general de aplicarlos; asimismo, se atribuye un carácter normativo a aquellos criterios que establezcan trámites procesales, afirmándose su efecto vinculante; ello pretende justificarse en la labor de unificación de la jurisprudencia que corresponde a esa Sala.

⁹⁸ Aclaran los autores que no deben confundirse la noción de fuente formal de Derecho y su carácter vinculante (*Vid.* Olaso y Casal, *Ob. y t. Cit.*, p. 124).

caso— pues ella no respondería a una convicción arraigada en los operadores del sistema de justicia, a un paradigma jurídico imperante, sino a una norma positiva⁹⁹.

En este orden de ideas, la propia Constitución atribuye el efecto vinculante a determinadas interpretaciones de la Sala Constitucional, de modo que aquéllas tendrán ese valor sólo porque así está consagrado en el ordenamiento jurídico; pero además, la norma constitucional delimita cuál será la naturaleza de la actuación de la referida Sala: interpretativa, y si bien la erige como la máxima intérprete de la Constitución, especifica que tal interpretación versará sobre las normas constitucionales o los principios que de ellas se extraen, siempre dentro del marco creado por el constituyente¹⁰⁰. Inclusive al adaptar nor-

⁹⁹ "La naturaleza de la función jurisdiccional y el modo como los jueces conciben su papel están condicionados por las características y postulados del paradigma jurídico del lugar en donde operan tales jueces. En la Europa continental, los jueces parten de la premisa, propia de las teorías normativistas, de que el Derecho es un dato, una formalización normativa, abstracta y general que les viene dada. El juez está obligado a fallar de acuerdo con ciertas normas o estándares preexistentes y conocidos por las partes (...). La legitimación de su sentencia se deriva precisamente de su sumisión a la voluntad popular plasmada en la ley y demás normas jurídicas creadas por los órganos democráticamente legitimados para legislar (...). ¿Qué sucede con la función jurisdiccional cuando el Derecho se concibe como un cuerpo de reglas abierto y dinámico, y en un sistema jurídico en donde los jueces no están enteramente subordinados al legislador? Para el juez norteamericano (...), el Derecho no es un dato que le venga dado, más bien es algo que tiene que buscar y construir para dar una solución justa al caso que tiene enfrente. Los conflictos de intereses son el punto de arranque de todo el Derecho y de toda la actividad jurídica. (...) el Derecho no puede ser concebido como un producto terminado que le viene dado al juez. Por el contrario, desde la perspectiva norteamericana, los jueces operan bajo la premisa de que el Derecho es incompleto, dinámico y maleable" (Magaloni Kerpel, *Ob. Cit.*, pp. 63-64, 66). En el mismo sentido, Casal señala que en el Derecho norteamericano, "tradicional y naturalmente rige, sin necesidad de fórmula legal o constitucional expresa, el *stare decisis*" (*Ob. Cit.*, *Constitución...*, p. 269).

¹⁰⁰ "(...) la Constitución no autoriza a dicho órgano [la Sala Constitucional] para dar Derecho constitucional de modo similar o aproximado a la forma como lo hace un cuerpo constituyente, por lo que no le corresponde adoptar una posición para o cuasiconstituyente. Sin perjuicio de la faceta creativa que acompaña la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y, en particular, de la posible inclusión de la jurisprudencia constitucional entre las fuentes de esta rama del Derecho, las funciones de la Sala Constitucional han de ser jurisdiccionales, y en ejercicio de la misma ésta siempre ha de someterse a los dictados constitucionales, así éstos sean genéricos o indeterminados y, por consiguiente, abiertos a una dialéctica permanente con la realidad y con las situaciones que debe regir" [Casal: *Ob. Cit.*, (*Constitución...*), p. 266].

mas preconstitucionales, o colmar lagunas normativas, la actividad de esa Sala se despliega en el ámbito interpretativo, porque aun al integrar las lagunas del Derecho el juez se basa en el ordenamiento jurídico —sea que acuda a la interpretación por analogía o a los principios generales del Derecho—, sin que tenga esa Sala la libertad insita a la función legislativa, cuyo único límite es la Constitución.

Aun más, la Sala Constitucional no sólo está sometida a la Constitución —verdad de Perogrullo— sino también a la ley; su competencia para actuar como legislador negativo o para determinar cuál es la interpretación constitucionalmente correcta de una norma legal, no la excluye del sometimiento a la ley, máxime si se toma en cuenta que lo contrario supondría la impensable existencia de un órgano exceptuado de su aplicación, únicamente sometido a la Constitución —cuyo sentido en definitiva es establecido por él mismo—; a título ilustrativo, basta con imaginarse qué sucedería si el legislador regula la jurisdicción constitucional a través de una ley formal que no obligase a la Sala Constitucional, o en el ordenamiento jurídico vigente, qué ocurriría si esa Sala no estuviese sujeta al cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, o bien al reglamento que de ésta se elaborara. Entonces, la incuestionable sujeción a la ley —y no sólo a la Constitución— de la Sala Constitucional, implica que ésta no puede, válidamente, realizar interpretaciones que contradigan los preceptos legales.

Así las cosas, visto que la jurisprudencia constitucional conserva su condición de fuente formal indirecta de Derecho, pese a que el ordenamiento jurídico contempla su fuerza obligatoria, se pone en duda que haya operado en el país la recepción de la figura jurídica del precedente, propia de un sistema de Derecho ajeno, que funciona según un paradigma jurídico desconocido. Por lo tanto, en vez de intentar extrapolar una institución que trastoca convicciones básicas de nuestro Derecho, como los principios de separación de los Poderes y de sumisión del juez a la ley, el tema del carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional ha de explicarse desde la perspectiva del sistema romanista, sobre todo porque la forma en que sea concebido determinará los límites de actuación de la instancia competente para aportar la interpretación oficial de la Constitución.

Capítulo III

Valor de la jurisprudencia en la jurisdicción ordinaria

1. El recurso de casación y la uniformidad de la jurisprudencia¹⁰¹

Conteste con lo previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todas las personas son iguales ante la ley, lo que significa, según la máxima y última intérprete del Texto Fundamental, “brindar el mismo trato a todas las personas que se encuentren en idénticas o semejantes condiciones”¹⁰². Como una consecuencia necesaria de la igualdad de todos frente a la ley, ésta

¹⁰¹ Algunos autores consideran que la uniformidad de la jurisprudencia no es el fin fundamental de la casación, sino el medio a través del cual se materializa la defensa del ordenamiento jurídico, esto es, la función nomofiláctica o de protección de la ley de la casación (Vid. Buendía Canovas, *Ob. Cit.*, pp. 115-116).

¹⁰² Sentencia TSJ-SC N° 2.490 del 21 de diciembre de 2007 (caso: *Dílder Enrique Contreras Camargo*), aunque esa misma afirmación se ha hecho en muchos otros fallos.

debe aplicarse de forma uniforme por los órganos encargados de resolver las controversias jurídicas¹⁰³; de allí que la doctrina nacional refiera la conveniencia de lograr la unidad de la interpretación judicial de la ley, resaltando que ésta debe materializarse en el espacio –de modo simultáneo–, logrando que los tribunales distribuidos en el territorio nacional entiendan la norma en un mismo sentido, mas no necesariamente en el tiempo –de forma sucesiva–, porque ello podría obstaculizar la adaptación del Derecho a las necesidades sociales de la realidad histórica¹⁰⁴.

Ahora bien, visto que uno de los caracteres definatorios del Poder Judicial es la independencia, tal como está consagrado en el artículo 254 constitucional, podría pensarse que existe dificultad –si no imposibilidad– de conseguir la deseada coincidencia de criterios entre los tribunales de las distintas instancias. Pero tal complicación queda subsanada por la función unificadora que cumple la jurisprudencia, “*al establecer el sentido exacto de las leyes*”¹⁰⁵, aseveración que exige algunas explicaciones a fin de precisar cómo la reiteración de criterios emitidos por los jueces de mayor jerarquía, respecto a una materia particular, consigue que el resto de los administradores de justicia interpreten las normas en el mismo sentido, materializando el principio de igualdad de trato ante la ley.

Al inicio del presente estudio, se mencionó que el Poder Judicial está configurado de forma piramidal, en instancias que permiten a los justiciables la revisión del caso planteado por parte de distintos jueces; así, el tribunal de primera instancia asumirá la competencia según los criterios de la materia, cuantía y territorio, y su decisión podrá ser revisada por jueces de grados superiores, quienes tendrán una competencia funcional, cuando las partes procesales ejerzan los recursos contemplados legalmente, de acuerdo con el procedimiento de que se trate. Dentro de esta estructura, la cúspide la ocupa el Tribunal

¹⁰³ “El Derecho, al ser aplicado a casos iguales, no debe ser objeto de interpretaciones diferentes; debe dársele una interpretación uniforme” (Olaso y Casal, *Ob. y t. Cit.*, p. 204).

¹⁰⁴ Sarmiento Núñez, José Gabriel: *Casación Civil*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998, pp. 42, 45-46.

¹⁰⁵ Olaso y Casal, *Ob. y t. Cit.*, p. 204.

Supremo de Justicia, conformado por distintas Salas –Plena, Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social–, conforme a lo establecido en el artículo 262 constitucional.

Partiendo de la premisa anterior, y pese a que en Venezuela tradicionalmente no se ha consagrado un fuerte grado de vinculación de los tribunales frente a la jurisprudencia, lo cual es cónsono con lo que sucede como regla general en los ordenamientos jurídicos del sistema romanista, resulta palmaria la importancia de la jurisprudencia emanada de los más altos tribunales. De ahí que algunos autores estimen esencial en la definición de la jurisprudencia, considerar la jerarquía del tribunal que le da origen, razón por la cual sostienen:

(...) rechazamos la calificación de jurisprudencia que se atribuye a los fallos emanados de cualquier Tribunal, pues pensamos que únicamente, teniendo en cuenta la función que ella juega en la corrección de los criterios dispares que en ejercicio de su independencia judicial emanan los órganos judiciales (uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley), pueden calificarse como tales, los dictados por los máximos órganos judiciales, o mejor dicho, a los que corresponda emanarlos en última o única instancia¹⁰⁶.

Asimismo, cuando la doctrina patria aborda lo que ha denominado “precedente constitucional”, reconoce que la figura del “precedente” no es del todo ajena a los ordenamientos jurídicos del sistema romanista, sobre todo en su modalidad de “precedente persuasivo”, refiriendo como tales, los que emanan de las sentencias de las Cortes o Salas de Casación o, en general, de los tribunales ubicados en la cúspide de la organización judicial¹⁰⁷. En efecto, la función de unificación de la jurisprudencia se produce principalmente en sentido vertical –respecto de tribunales inferiores–, aunque la doctrina nacional también admite

¹⁰⁶ Peña Solís, *Ob. y vol. Cit.*, p. 672.

¹⁰⁷ Casal: *Ob. Cit.*, (Constitución...), p. 273. Cabe acotar que el autor se refiere al precedente persuasivo que emana de las Salas de Casación; al respecto, el uso del término *precedente* parece inadecuado y demuestra la influencia que ha tenido el Derecho anglosajón en el lenguaje jurídico; no obstante, no puede pretenderse una equiparación de las figuras del precedente y de la jurisprudencia, y es ésta la que aplica en el ámbito de los sistemas de base romanista.

que opera en sentido horizontal –respecto de tribunales de la misma instancia, e incluso en cuanto al mismo tribunal–, indica,

(...) aun cuando entre nosotros no exista la obligatoriedad del precedente, sin embargo, las decisiones de los tribunales suelen ser mantenidas de hecho por el propio tribunal que las dicta y por otros tribunales de igual o inferior categoría. Esto conduce a una uniformidad en la manera de aplicar el Derecho (...).

El tribunal unificador por excelencia es la Corte Suprema de Justicia [ahora, Tribunal Supremo de Justicia]; ella unifica la jurisprudencia de todo el país. Sus decisiones son obligatorias para el tribunal que dictó el fallo recurrido y son tomadas en consideración por todos los tribunales de la República, por el alto rango que tiene la Corte¹⁰⁸.

En este orden de ideas, en los procesos en que se consagra el recurso de casación, éste representa el mecanismo que ha permitido al ordenamiento jurídico patrio el logro de la uniformidad jurisprudencial, reconociéndose tal finalidad entre los fundamentos de dicho recurso desde su incorporación en Venezuela, en el año 1876¹⁰⁹.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el juez es absolutamente independiente al juzgar los casos sometidos a su consideración, sin que se admita que los jueces de instancias superiores puedan impartirle órdenes acerca del modo en que debe hacerlo¹¹⁰, podría dudarse que la estructuración del Poder Judicial en forma piramidal contribuya a la unificación de la jurisprudencia¹¹¹.

Sin embargo, efectivamente existe un grado de vinculación del juez respecto de los criterios emanados de los más altos tribunales, el cual será

¹⁰⁸ Olaso, *Ob. y t. Cit.*, p. 96.

¹⁰⁹ Sarmiento Núñez, *Ob. Cit.*, p. 41; Abreu Burelli y Mejía Arnal, *Ob. Cit.*, p. 129.

¹¹⁰ Los jueces superiores “no pueden siquiera efectuar la más mínima insinuación de cómo deba resolverse ese asunto” (*Vid. Gimeno Sendra, Ob. Cit.*, p. 88).

¹¹¹ Refiriéndose a la función de protección a la ley, se afirma: “(...) si en virtud del principio de independencia los jueces son totalmente libres en sus decisiones jurisdiccionales, sin que en ellas exista el menor grado de vinculación o persuasión respecto a las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, ninguna eficacia nomofiláctica tendrá su jurisprudencia, pues ninguna influencia ejercerá sobre las futuras decisiones que en casos semejantes se adopten”. (*Vid. Buendía Canovas, Ob. Cit.*, p. 158).

mayor o menor de acuerdo con el ordenamiento jurídico, e incluso según la rama del Derecho de que se trate. Resulta de utilidad la diferenciación que hace la doctrina, al señalar que la vinculación puede ser meramente intelectual, jurídicamente débil, basada en la convicción o fuerza persuasiva de las decisiones anteriores, sin que existan mecanismos de exigibilidad; rigurosa, similar a la fuerza de la ley; o bien puede asumir un grado intermedio, configurándose una vinculación disuasoria en que las decisiones anteriores tienen una fuerza persuasiva, de forma que el juez no está sometido *a priori* a seguirlas pero el no hacerlo puede acarrear la nulidad de su decisión¹¹².

Por otra parte, si bien la relevante función unificadora que cumple la jurisprudencia se logra a través del recurso de casación –en aquellas áreas competenciales en que está contemplado ese medio de impugnación–, uno de los aspectos que según la doctrina patria impide el éxito en la consecución de ese fin deriva del acceso a dicha sede, de “una notoria minoría de los procesos que exceden del límite de la cuantía fijada para el recurso”¹¹³⁻¹¹⁴.

2. El recurso de control de la legalidad como mecanismo que completa el sistema recursivo en el proceso laboral y de protección de niños, niñas y adolescentes

El sistema recursivo se completa en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo –y gracias a la influencia de ésta, también en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes– con el novedoso

¹¹² Según refiere Buendía Canovas (*Ob. Cit.*, pp. 159-160).

¹¹³ Sarmiento Núñez, *Ob. Cit.*, p. 46.

¹¹⁴ Con relación a la cuantía exigida para acceder a la sede de casación, véase sentencia TSJ-SC N° 1.573 del 12 de julio de 2005 (caso: *Carbonell Thielsen, C.A.*), en la cual determinó que “la cuantía necesaria para acceder a casación, debe ser la misma que imperaba para el momento en que se interpuso la demanda”; criterio establecido con carácter vinculante a partir del 12 de agosto de 2005, cuando se publicó el fallo en *Gaceta Oficial* N° 38.249. Véase además sentencia N° 580 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social (TSJ-SCS, en lo sucesivo), del 4 de abril de 2006 (caso: *Fernando Leal y otros contra Servicios Técnicos Mecánicos, C.A.*), en la cual se adaptó el criterio de la Sala Constitucional en el proceso laboral, visto que la ley especial que lo regula prevé el recurso de control de la legalidad, paralelamente al de casación.

recurso de control de la legalidad¹¹⁵⁻¹¹⁶, de tal forma que aquellas decisiones de segunda instancia que no sean susceptibles de impugnación en sede casacional, lo serán a través de esta vía. El encabezado del artículo 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, es prácticamente del mismo tenor que el artículo 178 de la ley adjetiva laboral, disposición que establece, en su encabezado, lo siguiente:

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social podrá, a solicitud de parte, conocer de aquellos fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo, que aun y cuando no fueran recurribles en casación, sin embargo, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación.

El nuevo recurso, si bien requiere igualmente el impulso procesal de parte para que la Sala de Casación Social quede facultada para conocer de la causa, porque no se prevé posibilidad alguna de atraer de oficio el conocimiento de la misma, permite el control y revisión por parte de esa Sala, de una multiplicidad de sentencias que anteriormente quedaban excluidas –revisión que era ejercida, antes de la entrada en vigor de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por la Sala de Casación Civil, cuya competencia abarcaba la que hoy corresponde a la de Casación Social, salvo lo que respecta al contencioso agrario, que correspondía a la Sala Político Administrativa–; entre ellas, las dictadas en juicios de menor cuantía, lo cual implica superar la diferenciación que en virtud del *quantum* demandado establece el recurso de casación, criticado por la doctrina al señalar que "(...) la casación funciona mayormente para los *ricos*, pues para los pobres es

¹¹⁵ Regulado en los artículos 178 y 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y 490 y 490-A de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

¹¹⁶ La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, Capítulo IV, incorpora el recurso especial de jurisdicción, a través del cual la Sala Político Administrativa podrá revisar las sentencias definitivas de segunda instancia que transgredan el ordenamiento jurídico, conforme con lo establecido en el artículo 95 de la citada Ley; corresponderá a los estudiosos de la materia analizar las coincidencias y divergencias entre este recurso y el de control de la legalidad.

casi siempre inaccesible¹¹⁷; así como las decisiones judiciales no recurribles en casación por estar dicho recurso negado por la ley, como sucede, por ejemplo, en los juicios de estabilidad laboral¹¹⁸ o en el curso de la fase de ejecución del proceso¹¹⁹.

Por lo tanto, la consagración del recurso de control de la legalidad completa el sistema recursivo en materia laboral y de protección del niño, niña y adolescente, por cuanto al existir dos mecanismos procesales –excluyentes entre sí– que permiten atacar las decisiones de segunda instancia a fin de lograr su revisión por parte de la Sala de Casación Social, ninguna decisión de alzada queda excluida del control de ésta; en este mismo sentido, se habla de la *figura de la concurrencia de impugnaciones*, que supone la ampliación de los recursos de impugnación de los fallos¹²⁰.

En otros países del sistema romanista, el obstáculo de la cuantía como limitación de acceso al recurso de casación, ha intentado subsanarse a través de otras vías, que sin duda influyeron en el legislador patrio al concebir el recurso de control de la legalidad.

Es el caso de España, donde la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 innovó al incluir el denominado *interés casacional* como una compuerta que posibilita el ejercicio del recurso de casación en las causas cuya cuantía no supera los 150.000 euros –cantidad criticada por ser excesiva–, y que existe, entre otros supuestos, cuando se alega contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo cual evidencia una similitud con el recurso de control de la legalidad, cuya regulación contempla la contravención de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social¹²¹.

¹¹⁷ Sarmiento Núñez, *Ob. Cit.*, p. 75.

¹¹⁸ De conformidad con los artículos 123 de la Ley Orgánica del Trabajo –hoy derogado– y 188 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

¹¹⁹ Conforme al artículo 186 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

¹²⁰ Carrasquero López, Francisco: *El recurso de control de la legalidad en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, en Fernando Parra Aranguren, editor: *Ley Orgánica Procesal del Trabajo –Ensayos–*, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Serie Normativa, N° 4. Caracas, 2004, p. 903.

¹²¹ Nieva Fenoll, Jorge: *El recurso de casación civil*, Editorial Ariel, Colección Ariel Derecho. Barcelona, 2003, p. 70.

Los autores españoles encuentran los antecedentes del *interés casacional* en el Derecho austriaco y en el alemán. En el primero de ellos, sólo puede interponerse el recurso de casación si la sentencia resuelve una cuestión jurídica que tenga *carácter relevante* para la unidad jurídica, la seguridad jurídica o la evolución del ordenamiento jurídico, lo que es ilustrado por el legislador cuando señala que el *carácter relevante* se verifica, por ejemplo, si el fallo recurrido contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o ésta es inexistente o contradictoria; el requisito del *carácter relevante* de la cuestión jurídica se acumula al de la cuantía, aunque ésta no es elevada. En el Derecho alemán, antes de la Ley de reforma del 27 de julio de 2001, se establecía una detallada regulación en que el *carácter fundamental* de la cuestión jurídica era determinante para la admisión del recurso de casación, incluso en las causas que superasen la cuantía establecida, sin que el legislador precisara ni ejemplificara qué debía entenderse por la expresión *carácter fundamental*¹²².

El legislador venezolano se inspiró en los modelos expuestos –o al menos en alguno de ellos–, optando por crear otro recurso procesal, con características propias, entre las cuales resalta la posibilidad de denunciar la contravención de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social, además de la violación o amenaza de violación de normas de orden público.

Con relación a la naturaleza de las dos denuncias permitidas, se observa que, mientras en el recurso de casación están claramente diferenciados los presupuestos de admisibilidad de los motivos en que puede fundamentarse el recurso –errores *in procedendo* o *in iudicando*–, en el recurso de control de la legalidad se presenta cierto paralelismo entre unos y otros. La violación o amenaza de normas de orden público y la contravención de la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Social, son requisitos de admisibilidad del recurso; pero además, si se analiza cuáles son sus motivos de procedencia, ha de concluirse que son esos dos. Se trata, por tanto, de presupuestos de admisibilidad y motivos de procedencia del recurso, simultáneamente.

¹²² Nieva Fenoll, *Ob. Cit.*, pp. 185-193, Buendía Canovas, *Ob. Cit.*, pp. 327-331.

La doble naturaleza de las denuncias del recurso de control de la legalidad, permite comprender por qué la admisión del mismo corresponde a la Sala de Casación Social y no al Juzgado Superior, como sucede en el recurso de casación.

En este orden de ideas, el legislador permite a la mencionada Sala negar la admisión del recurso *in commento* sin motivación alguna¹²³⁻¹²⁴; a pesar de esa previsión legal, un análisis de las decisiones de la referida Sala evidencia que ésta motiva la inadmisibilidad del recurso cuando deriva del incumplimiento de otros presupuestos de admisibilidad¹²⁵, no así cuando se trata de la violación o amenaza de normas de orden público, o la contravención de la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Social, casos en que omite las explicaciones o éstas son la-

¹²³ Los artículos 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establecen que la declaración de inadmisibilidad del recurso de control de la legalidad se hará constar en forma escrita por auto de la Sala, sin necesidad de motivación.

¹²⁴ En el Derecho alemán se establecía, antes de la reforma del 27 de julio de 2001, que la decisión de inadmisión del recurso de casación podía adoptarse mediante auto, "sin necesidad de vista" (Nieva Fenoll, *Ob. Cit.*, p. 189). En el Derecho patrio, la situación ha sido asimilada a la "discrecionalidad" de la Sala Constitucional, establecida por vía jurisprudencial, respecto de la revisión constitucional (*Vid.* Escovar León, Ramón: *La nueva casación laboral*, en Fernando Parra Aranguren, editor: *Ob. y vol. Cit. (Ley Orgánica...)*, p. 949), cuyo origen se encuentra en el *writ of certiorary* del Derecho anglosajón. La Sala Constitucional sostiene que, "en atención a la discrecionalidad que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo le otorgó a la Sala de Casación Social para la inadmisión, sin motivación alguna, del recurso de control de la legalidad, no procede, en ese supuesto, la revisión de los fallos que inadmitan dicha impugnación extraordinaria"; en esos casos, la revisión procedería contra el fallo de segunda instancia objeto del recurso, el cual habría adquirido firmeza (*Vid.* sentencia N° 1.530 del 10 de agosto de 2004, caso: *Formiconi C.A.*). Sobre la revisión de sentencias por parte de la Sala Constitucional, se remite al estudio de Portocarrero, Zhaydee Alessandra: *La revisión de sentencias: Mecanismo de control de la constitucionalidad, creado en la Constitución de 1999*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores, N° 8. Caracas, 2005.

¹²⁵ A título ilustrativo, pueden citarse las sentencias TSJ-SCS N° 408, 1.834 y 993 emitidas los días 10 de marzo de 2006, 6 de noviembre de 2006 y 18 de junio de 2009, en su orden (casos: *Daniel Enrique De Nóbrega Plaza y otro contra Consorcio Contuy Medio Grupo "A"*; *Florencia de Las Mercedes Tinedo Martínez y otros contra Schlumberger Venezuela, S.A. y otro*; y *Misdalis Mariezel Pulvert Vallenilla contra Princa Construcciones, C.A.*, respectivamente), en las cuales se declaran inadmisibles los recursos de control de la legalidad por su ejercicio extemporáneo, por ser recurrible en casación la sentencia en virtud de la cuantía, y por no ostentar el recurrente la cualidad de parte procesal.

cónicas; al respecto, puede afirmarse que, si éstos son presupuestos de admisibilidad y al mismo tiempo motivos de procedencia, justificar el rechazo *in limine* del recurso obligaría a exponer razones de fondo, más bien referidas a su improcedencia.

Una vez esbozados algunos elementos característicos del nuevo recurso procesal contemplado por el legislador, deben destacarse las positivas repercusiones que éste genera respecto del acceso a la justicia, y sobre todo de la igualdad ante la ley, al garantizar a los justiciables el derecho a los recursos¹²⁶ —que forma parte del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva—, obviando distinciones insostenibles que en el régimen del Código de Procedimiento Civil se hacen con base en la cuantía de lo litigado, y ampliando la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa.

Desde el punto de vista de la unificación de la jurisprudencia, las ventajas son inconmensurables: por una parte, la Sala de Casación Social tendrá la oportunidad de corregir la dispersión de criterios por parte de los jueces de instancia en una ingente cantidad de causas que hubieran quedado fuera de su control; y por la otra, en la medida en que dicha Sala resuelva los recursos interpuestos en causas que se refieran a materias excluidas de la sede casacional —como la de estabilidad laboral—, irá creando jurisprudencia en tales materias. Por consiguiente, pese a que la falta de impulso procesal de parte impida a esa Sala de Casación el control de todas las sentencias judiciales de segunda instancia, es obvio que se amplía considerablemente la cantidad —y cualidad— de las causas que acceden a esa sede, lo que se traduce indefectiblemente en el reforzamiento de la función unificadora de la jurisprudencia, mediante dos recursos que en este sentido pueden afirmarse complementarios: casación y control de la legalidad.

3. El valor tradicional de la jurisprudencia en Venezuela¹²⁷; artículo 321 del Código de Procedimiento Civil

En Venezuela, de acuerdo con el régimen contenido en el Código de Procedimiento Civil vigente, es posible hacer una diferenciación de

¹²⁶ A pesar de los cuestionamientos que ha hecho la doctrina acerca de la posibilidad de negar la admisión del recurso de control de la legalidad sin motivación alguna, según se señaló *supra*.

¹²⁷ Con exclusión de la materia penal, en que impera el principio de legalidad.

los efectos de la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil o Social, en este último caso, cuando corresponda la aplicación de ese cuerpo normativo.

En primer lugar, el Código de Procedimiento Civil contempla un supuesto de vinculación estricta a la sentencia de casación, en el caso concreto: se trata de aquella que opera frente al juez de reenvío, quien, al decidir nuevamente la causa antes conocida en casación, debe respetar el criterio de ésta. En efecto, conforme con lo dispuesto en el artículo 322 del referido Código, si el recurso de casación es declarado con lugar por un error de juzgamiento, la doctrina del fallo, tanto estimatoria como desestimatoria, será vinculante para el juez de reenvío, quien se limitará a dictar sentencia en la causa con total sometimiento respecto a lo decidido por la Sala de Casación¹²⁸. Paralelamente, en el artículo 323 del Código se consagra el recurso de nulidad, a través del cual las partes pueden evidenciar ante el Tribunal Supremo de Justicia que el juez de reenvío no acató lo decidido por ella¹²⁹; de ser así, el fallo será anulado y será necesaria una nueva decisión; además, el juez será personalmente responsable, al establecerse la posibilidad de imponerle una multa, "sin perjuicio de la responsabilidad que las partes puedan exigir al Juez"¹³⁰.

Pero, más allá de los efectos del fallo de casación en el caso concreto, el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil establece que "Los jueces de instancia *procurarán acoger* la doctrina de casación esta-

¹²⁸ Según la doctrina, "(...) la sentencia de casación por errores de juicio anula la sentencia recurrida, (...) [y] ordena la reconstrucción de la sentencia conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de Justicia" (Vid. Abreu Burelli y Mejía Arnal, *Ob. Cit.*, p. 636).

¹²⁹ "El recurso de nulidad procede contra la decisión de reenvío originada en la casación del fallo por errores de juicio, como una consecuencia lógica de los efectos vinculantes de este tipo de casación" (Vid. Abreu Burelli y Mejía Arnal, *Ob. Cit.*, p. 636).

¹³⁰ La Ley Orgánica Procesal del Trabajo y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se apartan del tradicional modelo de la casación con reenvío, con el propósito de evitar que los juicios se extiendan innecesariamente como consecuencia de la casación múltiple, o del ejercicio de recursos de nulidad cuando previamente se hubiera conocido un recurso por razones de fondo o de juzgamiento; en consecuencia, es la Sala de Casación Social la que decide el mérito del asunto una vez anulada la sentencia recurrida, salvo que excepcionalmente sea menester reponer la causa, lo que en principio ocurre ante un quebrantamiento de formas sustanciales de los actos procesales que menoscaben el derecho a la defensa.

blecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia" (resaltado añadido), norma que versa sobre el –menor– grado de vinculación al que se someten todos los administradores de justicia, respecto de la "doctrina de casación", al resolver otros casos.

Como se aprecia, el legislador emplea el verbo *procurar*, con lo cual reviste a la norma de una ambigüedad que da lugar a diversas interpretaciones, aunque la doctrina y la jurisprudencia han concluido de forma unánime que la jurisprudencia de casación no es obligatoria para los jueces de instancia. No obstante, al intentar precisar en qué se traduce el que los jueces "procurarán acoger la doctrina de casación", se ha considerado que la citada disposición sólo contiene una insinuación o sugerencia¹³¹, o una *sana* recomendación¹³², lo que indica que el seguimiento o no de la jurisprudencia es una facultad o potestad del juzgador; aunque un sector de la doctrina patria le da una fuerza mayor a las palabras del legislador, estimando que se trata de una exhortación¹³³, o un mandato debilitado que "coloca al juez en una situación o posición de deber frente a la ley, que no llega a constituir obligación, pero que vincula, de alguna manera, su voluntad"¹³⁴; con respecto a esta última aserción, se afirma:

Existe afinidad entre lo que (...) se ha denominado "mandato debilitado" y el planteamiento del (sic) Dworkin, de acuerdo con el cual,

¹³¹ Sarmiento Núñez, *Ob. Cit.*, p. 46.

¹³² Sentencia N° 729 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil (TSJ-SCC, en lo sucesivo), del 1° de diciembre de 2003 (caso: *Manuel Ramos Tejera y otro contra Unión de Conductores Ayacucho C.A. y otro*). En sentencia N° 474 del 20 de julio de 2005 (caso: *Jesús Gustavo Hurtado Power y otra contra Juana Graciela Salazar y otra*), esa misma Sala sostuvo: "(...) la citada norma [la contenida en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil] en modo alguno impone a los jueces de instancia la obligación de acoger la doctrina emanada de la Sala de Casación, sino que constituye una recomendación a fin de que la interpretación y aplicación de las reglas de derecho sea unívoca, en el supuesto de que la hipótesis de hecho que le haya sido planteada sea idéntica (...) sólo establece un patrón de conducta para los jueces de instancia con el fin de que se mantenga la integridad de la legislación y la unidad de la jurisprudencia, en casos análogos".

¹³³ Peña Solís, *Ob. y vol. Cit.*, p. 673. Siguiendo el Diccionario de la Lengua Española, *exhortación* significa la acción de exhortar, esto es, incitar a alguien con palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer algo; o bien la advertencia o aviso con que se intenta persuadir (*Vid. Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I [a/g], 22ª edición, Real Academia Española, Madrid, 2001, p. 1.018).

¹³⁴ Abreu Burelli y Mejía Arnal, *Ob. Cit.*, p. 628.

al lado de las normas existen directrices y principios que también son derecho.

Si se deja de lado la diferencia entre las fuentes del derecho anglosajón y del derecho venezolano, de raíz continental, en el cual priva la regla legal, se puede observar en las leyes, al lado de preceptos de obligatorio cumplimiento, la consagración de principios y de directrices. Tal es el caso del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, que establece una directriz o pauta de conducta para los jueces, dirigido a alcanzar el objetivo de unidad de la jurisprudencia, que el legislador considera socialmente beneficioso¹³⁵.

Llama la atención que un sector autorizado de la doctrina patria considere una limitación que obstaculiza el éxito de la función uniformadora de la jurisprudencia por parte de la casación, que su jurisprudencia sólo sea obligatoria en el caso concreto y no para casos similares futuros¹³⁶, con lo cual pareciera sugerir la conveniencia de establecer un fuerte grado de vinculación del juez hacia la jurisprudencia casacional.

En esta misma línea, en la doctrina española se menciona al constitucionalista Ignacio de Otto, entre los defensores del sometimiento de los jueces a las reglas jurisprudenciales del Tribunal Supremo, apoyando por tanto el reconocimiento del valor vinculante de la jurisprudencia¹³⁷. En efecto, el autor mencionado sostiene que las decisiones judiciales se fundamentan en premisas de aceptación general, exigencia que se logra a través de la sumisión del juez a la ley y, en la medida en que ésta no predetermina el contenido de la decisión, mediante las reglas de aplicación, entre las cuales se encuentra la jurisprudencia a la que el ordenamiento jurídico confiera fuerza vinculante. Esas reglas de aplicación, en su opinión, son indispensables para reducir el margen de libertad del juez, lo que es esencial para salvaguardar la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la unidad del Derecho. Así como en el sistema anglosajón la libertad del juez se restringe median-

¹³⁵ Abreu Burelli y Mejía Arnal, *Ob. Cit.*, pp. 628-629.

¹³⁶ Sarmiento Núñez, *Ob. Cit.*, p. 46.

¹³⁷ Ferreres Comella, Víctor: *El papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado*, en *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, 2ª edición con estudios introductorios. Academia de Jurisprudencia i Legislació de Catalunya, Editorial Bosh, Barcelona, 2006, p. 76.

te el principio *stare decisis*, en el sistema romanista –y concretamente en España– se ha atribuido al Tribunal Supremo la tarea de elaborar una jurisprudencia que precise la interpretación que debe darse a la ley, aproximándose así al sistema del precedente del *common law*; al respecto, agrega el autor que el Tribunal Supremo tiene el deber de crear esa jurisprudencia, sentenciando conforme lo ha hecho en casos anteriores, y correlativamente los demás jueces tienen el deber de respetarla, decidiendo conforme a aquélla¹³⁸.

4. La novedosa obligatoriedad de seguir la jurisprudencia de casación en materia laboral y de protección niños, niñas y adolescentes

El valor de la jurisprudencia en la jurisdicción ordinaria –por oposición a la jurisdicción constitucional¹³⁹–, se ha convertido en tema de discusión en el país, en virtud de dos cuerpos normativos de rango legal –ambos, leyes formales y de contenido orgánico– que al regular el asunto, han modificado la redacción de la norma contenida en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, citada *supra*.

Se trata en primer lugar de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la cual establece en su artículo 177 que “Los Jueces de instancia *deberán acoger* la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia” (resaltado añadido), con lo cual se impone a los destinatarios de la norma el deber de acoger dicha doctrina, según se señala en la Exposición de Motivos del referido cuerpo normativo.

En segundo lugar, en el año 2007 se reformó la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998¹⁴⁰, cuyos redactores

¹³⁸ De Otto, *Ob. Cit.*, pp. 288-298.

¹³⁹ Recuérdese que el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela atribuye efecto vinculante a las interpretaciones de la Sala Constitucional relativas al contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, lo que ha sido entendido por la doctrina como el establecimiento de la figura del precedente obligatorio en esa materia.

¹⁴⁰ Si bien se publicó en *Gaceta Oficial* en el año 1998, quedó sometida a una *vocatio legis* de, prácticamente, un año y medio, entrando en vigencia el 1º de abril de 2000.

se inspiraron, en el aspecto procesal, en las innovaciones incorporadas en la ley adjetiva laboral¹⁴¹, recogiendo la norma citada en el párrafo anterior, en el artículo 489-J de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes –como se denomina la Ley reformada–, disposición que versa sobre los fines del recurso de casación y establece que “Los jueces y juezas de instancia *deben acoger* la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia” (resaltado añadido).

Destaca de las disposiciones transcritas, que el verbo *deber* sustituye al de *procurar*, acuñado por el legislador del Código de Procedimiento Civil, de modo que, tanto en materia laboral como de protección de niños, niñas y adolescentes, el juzgador de instancia *debe acoger* la doctrina de casación establecida en casos análogos.

4.1 Posiciones de la doctrina patria sobre la redacción del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo¹⁴²: críticas al carácter vinculante de la jurisprudencia de casación¹⁴³

En general, la doctrina patria ha notado la nueva redacción de la norma que antes estaba contenida en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, y ahora lo está, en materia laboral, en el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aunque predominan los señalamientos descriptivos, que se limitan a mencionar la modificación

¹⁴¹ Así lo demuestra la aplicación supletoria de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo –además del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil– en la regulación del procedimiento ordinario, según preceptúa el artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

¹⁴² Para la fecha de elaboración del presente trabajo, no se encontró ningún examen doctrinario ni jurisprudencial sobre el artículo correspondiente de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, pero serían aplicables los mismos comentarios que se han hecho en materia laboral, toda vez que ambas disposiciones contienen en definitiva la misma norma.

¹⁴³ Algunos autores acuñan la expresión *precedente* para aludir a la vinculación estricta del juez respecto de la jurisprudencia de casación; si bien no se modificará el término empleado por cada uno de ellos, cabe recordar que la figura presente en el marco del sistema romanista es la *jurisprudencia*.

incorporada por el legislador, resultando escasos los análisis valorativos sobre el tema, a diferencia de la profusión de estudios en cuanto al artículo 335 constitucional, que consagra lo que la doctrina ha denominado precedente constitucional.

Destaca un trabajo de Oscar Hernández Álvarez, quien enfatiza la independencia del Poder Judicial dentro del Estado de Derecho, especialmente en su perspectiva interna, referida a la autonomía que ha de tener el juez al decidir el caso concreto. Después de reconocer que la independencia del juez no puede ser absoluta porque debe sentenciar dentro de los límites establecidos por la ley, sostiene que el recurso de casación no debe comportar sujeciones jerárquicas, criticando aquellos sistemas en que el alcance de dicho recurso pueda llegar a obstaculizar el ejercicio independiente de la función judicial y el desarrollo del poder creador de la jurisprudencia de instancia¹⁴⁶.

El autor afirma, además, que en el caso de Venezuela, fue la Constitución de 1999 la que incorporó un elemento emparentado con el sistema de precedentes judiciales, hasta entonces inexistente, en relación a unas sentencias muy particulares, emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Posteriormente, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se apartó de la tradición judicial venezolana, al introducir un elemento propio de un sistema de precedentes judiciales, estableciendo el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social¹⁴⁷.

Concluye el estudio señalando tres críticas al carácter vinculante que la referida Sala del Tribunal Supremo de Justicia ha venido atribuyendo a su doctrina reiterada. En primer lugar, niega que una norma de jerarquía legal pueda crear nuevas excepciones –además de la establecida en el artículo 335 de la propia Constitución– al principio constitucional de independencia de los jueces; en segundo lugar, considera que el otorgar

¹⁴⁶ Vid. "Anotaciones sobre el carácter vinculante de la doctrina de la Sala de Casación Social", en Fernando Parra Aranguren, editor: *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social: Normas laborales, decisiones judiciales y estudios*, Tribunal Supremo de Justicia, Serie Normativa, N° 7. Caracas, 2006, pp. 451-452.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 454-456.

fuerza obligatoria a las sentencias de casación restringe el poder creador de la jurisprudencia de instancia; y en tercer lugar, señala la dificultad de establecer cuál es la doctrina de casación que debe ser acatada obligatoriamente por los jueces de instancia, no sólo porque no hay elementos que permitan precisar cuántos fallos en un mismo sentido se requieren para que la doctrina pueda considerarse como reiterada y por tanto vinculante, sino adicionalmente porque la Sala de Casación Social, al igual que las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, suele cambiar de criterio, a veces de manera poco sistemática¹⁴⁸.

Hernández Álvarez, en otra obra, reitera que el legislador se apartó de la tradición jurídica venezolana que fundamentaba la función unificadora de la casación en el respeto que inspiraban en los jueces las decisiones del máximo Tribunal, sin prohibirles una disidencia razonada, consagrando una *especie de intangibilidad* de la doctrina reiterada de casación¹⁴⁹.

Además de los estudios reseñados en los párrafos anteriores, Henríquez La Roche, al comentar el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sostiene que también las sentencias de otros jueces de la organización judicial pueden cambiar, corregir, adaptar o esclarecer en mayor profundidad los *precedentes* de la casación; pero si la Ley censura la posibilidad de disentir, se impedirá el surgimiento de nuevas ideas, que sirvan para reinterpretar las normas en casación. Agrega el autor que, si el juez de instancia fundamenta su decisión en argumentos propios, no debe ser objeto de sanción administrativa alguna, menos aún si su criterio es compartido posteriormente por la Sala de Casación Social, generando así un cambio jurisprudencial. Asimismo, considera el mencionado doctrinario que las interpretaciones o los principios sentados por una sentencia, que no tiene el atributo de "derecho judicial consuetudinario", no debieran ser vinculantes, en virtud de la independencia de la función jurisdiccional que preconiza la Cons-

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 458-459, 463.

¹⁴⁹ *Temas resueltos y temas por resolver en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, en Iván Mirabal Rendón, coordinador: *Derecho Procesal del Trabajo*, Pitágoras Respuestas Inteligentes - Librería Jurídica Rincón, Barquisimeto, 2005, pp. 522-523.

titución y que reitera la Exposición de Motivos de la ley adjetiva laboral; de modo que, la convicción por parte del juez de que su criterio propio es el correcto según las particularidades del caso concreto, debiera ser suficiente para que éste sea preferido, y el *precedente* de la Sala de Casación Social sea preterido¹⁴⁸.

En el mismo sentido, Molina Galicia considera que la norma en cuestión "coloca al juez en la posición de un funcionario o burócrata subalterno, visto que los únicos que mantienen su condición de jueces independientes y autónomos, son los Magistrados de la Sala de Casación Social (...)"¹⁴⁹.

Escovar León, al abordar el recurso de control de la legalidad y observar que uno de sus motivos es la violación de la *doctrina* reiterada de la Sala de Casación Social, acota que "(...) el precedente judicial tiene carácter vinculante y la autoridad que de él emana pasa a ser un instrumento vital en la argumentación en sede laboral"¹⁵⁰. Igualmente, Salgado Rodríguez asevera que "(...) se formaliza el carácter vinculante de la jurisprudencia laboral en Venezuela, insistentemente negado por los juristas que estudian y enseñan las fuentes del Derecho"¹⁵¹.

¹⁴⁸ Henríquez La Roche, Ricardo: *Nuevo Proceso Laboral Venezolano*, 2ª edición. Editorial Liber, Caracas, 2004, pp. 517-518.

¹⁴⁹ Citado por Hernández Álvarez, art. *Cit. (Anotaciones...)*, p. 456.

¹⁵⁰ Art. *Cit. (La nueva casación...)*, p. 949. Más recientemente, el autor expone que el precedente judicial fue incluido en Venezuela a partir de la Constitución de 1999, que lo consagró en materia constitucional; y posteriormente fueron incorporados el precedente laboral y el electoral, en virtud de lo dispuesto en los artículos 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 5, numeral 46, *in fine*, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su orden (véase: *El sistema de precedentes constitucional y laboral en el ordenamiento jurídico venezolano*, en Fernando Parra Aranguren, editor: *Sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos, N° 23, Caracas, 2009, pp. 339-385). Al respecto, cabe señalar que el comentario sobre el precedente electoral se basa en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004, que atribuye competencia a la Sala Electoral para conocer de aquellos fallos "emanados de los tribunales con competencia en materia electoral" contrarios a la reiterada doctrina jurisprudencial de esa Sala, lo cual fue omitido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2010.

¹⁵¹ Salgado Rodríguez, Domingo Javier: *La sentencia y sus recursos en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, en Iván Mirabal Rendón, *Ob. Cit.*, p. 405.

Uriola González también entiende que el artículo 177 de la ley adjetiva laboral "(...) establece una excepción a la regla de que la jurisprudencia no es fuente vinculante en el Derecho Procesal patrio", además de la excepción contemplada en el artículo 335 constitucional¹⁵².

Como se observa, los doctrinarios patrios han resaltado la modificación del valor que hasta entonces había tenido en el país la jurisprudencia de casación, al establecer el legislador la vinculación estricta del juez de instancia respecto de los criterios jurisprudenciales provenientes de la Sala de Casación Social –en los ámbitos competenciales a que se refieren las Leyes antes citadas–, establecidos en casos análogos. Es por eso que se habla del carácter vinculante de la jurisprudencia laboral; una *especie de intangibilidad* de la doctrina de casación, al prohibirse al juez de instancia una disidencia razonada; e incluso –utilizando una terminología hasta tiempos recientes ajena al sistema romanista– del precedente judicial en esta materia. Y sobre la base de tal premisa, los autores han erigido críticas contundentes al nuevo esquema asumido por el legislador.

4.2 *Incidencia del carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social establecida en casos análogos, sobre su consideración como fuente de Derecho*

La doctrina nacional ha destacado la novedosa norma relativa al carácter vinculante de la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Social, como una ruptura en la tradicional concepción de la fuerza meramente persuasiva de la jurisprudencia casacional, mayoritariamente criticando la situación. Los comentarios de los autores no se orientan al examen del valor de esos criterios como fuente de Derecho, pero cuando algunos de ellos acuden a la figura del precedente judicial para calificar las decisiones de la referida Sala, se trasluce la creencia de que podría tratarse de una fuente formal directa.

Como se expuso al abordar el denominado precedente constitucional, el establecimiento por parte del legislador de la fuerza obligatoria de

¹⁵² Uriola González, Pedro. *Breves referencias al nuevo procedimiento laboral*, en Fernando Parra Aranguren, editor: *Ob. Cit. (Ley Orgánica...)*, Volumen I, pp. 151-152.

la jurisprudencia de casación no la convierte en fuente formal directa de Derecho, aunque implica que el juez de instancia, en su actividad decisoria, necesariamente debe aplicar esos criterios, con lo cual se reduce el margen de libertad que supone la actividad hermenéutica; pero no encontrará en ellos la norma aplicable, toda vez que esa jurisprudencia no ha creado una norma nueva.

El efecto que deriva de tal previsión legal, es el reforzamiento de la función uniformadora que cumple la jurisprudencia, que normalmente se logra a través del sistema recursivo, y en este supuesto se encuentra robustecida porque al limitar el margen de libertad del juez de instancia, obligándolo a aplicar los criterios de la Sala de Casación Social al interpretar las normas jurídicas, se alcanza la coincidencia de criterios sin necesidad de esperar que se emita una sentencia contraria que amerite su posterior anulación, circunstancia cuestionada por algunos autores patrios con base en fundamentos loables.

4.3 Dificultad que plantea la aplicación de la norma contenida en los artículos 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 489-J de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: cómo determinar cuál es la "doctrina de casación"

Tanto el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo como el artículo 489-J de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establecen, en definitiva, una misma norma, según la cual es obligatorio para el juzgador de instancia, acoger la "doctrina de casación" establecida en casos análogos, con la finalidad de defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

En este orden de ideas, el legislador establece de forma expresa que el destinatario jurídico del deber de seguir la doctrina de casación es el juez de instancia, lo que debe entenderse conteste con el ámbito de aplicación de cada una de las Leyes en las que se incorpora la norma *in commento*, concluyéndose por ende que se trata de los jueces con competencia en materia laboral y de protección de niños, niñas y adolescentes.

Dentro de estos dos órdenes competenciales, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia es la máxima instancia, confor-

me a la norma constitucional atributiva de competencia contenida en el aparte único del artículo 262 de la Carta Magna, según la cual "la Sala Social (sic)¹⁵³ comprenderá lo referente a la casación agraria¹⁵⁴, laboral y de menores".

Por lo tanto, queda de manifiesto la preeminencia que ha reconocido la doctrina a los máximos tribunales en la realización de la función unificadora de la jurisprudencia, toda vez que se aprovecha la organización jerárquica de los tribunales para establecer una fuerte vinculación que se mueve en sentido vertical, en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales inferiores deben seguir los criterios de interpretación asentados por los tribunales superiores, y en particular —como se examinará *infra*—, por la máxima instancia dentro de cada ámbito competencial¹⁵⁵.

Adicionalmente, debe destacarse que las normas bajo examen se dirigen únicamente a los jueces, razón por la cual el deber allí establecido no se extiende a los demás órganos del Poder Público ni a los particu-

¹⁵³ En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se menciona expresamente a la Sala de Casación Social en dos oportunidades, ambas en el artículo 262, sin que exista uniformidad en el nombre de la misma; en primer lugar, se le atribuye la denominación indicada cuando, en el encabezado, se señala cuáles Salas conforman el más alto Tribunal; no obstante, al establecerse su ámbito competencial, en el aparte único, se le llama tan sólo "Sala Social". A pesar de la consagración del novedoso recurso de control de la legalidad y de la casación sin reenvío, se trata de una Sala de Casación, salvo en lo que respecta al procedimiento ordinario agrario, en el cual conoce en segunda instancia, conteste con lo previsto en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, reformada en 2010.

¹⁵⁴ En el presente trabajo se omite el examen de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social en materia agraria, por cuanto la ley especial —Ley de Tierras y Desarrollo Agrario— no establece su fuerza obligatoria; por lo tanto, visto que no existe en el ordenamiento jurídico patrio una norma que consagre la vinculación estricta del juez de instancia respecto de *todos* criterios de esa Sala, aquélla tiene un carácter meramente persuasivo.

¹⁵⁵ "Se trata de convertir un criterio de carácter organizativo como el criterio jerárquico en un factor determinante para el reconocimiento de efectos jurídicos a la jurisprudencia del TS [Tribunal Supremo español]. La razón de la elección de este criterio jerárquico está en estrecha relación con la función del TS como órgano de casación: a fin de garantizar la unidad y uniformidad de la actividad judicial (en el ámbito de la jurisdicción ordinaria), un órgano judicial —el superior— pondrá punto final a la elección de criterios interpretativos. Así, la *ratio* del recurso de casación y de la jurisprudencia del TS no es otra que la de dotar de cierta previsibilidad la actividad realizada por los órganos del poder judicial" (*Vid. Moral Soriano, Ob. Cit.*, p. 165).

lares –más allá del alcance del caso concreto–, como ha precisado la doctrina en el supuesto del llamado “precedente constitucional”.

Ahora bien, cuando se establece que los jueces deben acoger “la doctrina de casación establecida en casos análogos”, surge la dificultad de determinar cuál es en definitiva esa “doctrina”, problemática que no es nueva porque igualmente se plantea con el Código de Procedimiento Civil, que ordena a los jueces *procurar acoger* dicha doctrina jurisprudencial.

Una primera aclaratoria se refiere a la expresión “doctrina de casación”, toda vez que su significado se aparta de aquello que los teóricos del Derecho entienden por *doctrina científica* o simplemente *doctrina* –en sentido restringido–, entendida como:

(...) los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación¹⁵⁶.

Sin embargo, cuando el legislador señala que se trata de la doctrina “de casación”, deja claro que se refiere realmente a la jurisprudencia de casación, o doctrina jurisprudencial de casación; así se evidencia, además, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en que el legislador utiliza la expresión *doctrina jurisprudencial*.

Probablemente se emplee tal expresión en Venezuela por influencia del Derecho español, en el cual, desde mediados del siglo XIX, el legislador utilizó las expresiones “doctrina admitida por la jurisprudencia” o “doctrina legal” para referirse a la jurisprudencia¹⁵⁷. Reseña Nieva Fenoll que en España, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 previó como motivo del recurso de casación –antes llamado recurso de nuli-

¹⁵⁶ García Maynez, *Ob. Cit.*, p. 76.

¹⁵⁷ Refiere De Buen, que el Tribunal Supremo español dispuso las dadas que surgieron acerca del sentido de la expresión “doctrina legal”, al sostener, por ejemplo, que las opiniones de los jurisconsultos y comentaristas no debían ser consideradas como tal, de modo que “La doctrina legal es aquella que resulta de las leyes mismas y la sentada por el Tribunal Supremo al interpretarlas y aplicarlas” (*Ob. Cit.*, pp. 331-332, 338).

dad– la contrariedad respecto a la doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, y a partir del 18 de junio de 1870, la ley de reforma de la casación civil empleó la expresión “doctrina legal”, que se mantuvo hasta la Ley 34/1984 de 6 de agosto, en que fue sustituida por el término “jurisprudencia”, permitiendo así la impugnación del fallo por la infracción de la jurisprudencia que fuere aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate¹⁵⁸; según comenta de Otto, ya desde 1974 el Código Civil hacía referencia a la “jurisprudencia”, en su artículo 1.6¹⁵⁹, de acuerdo con el cual “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”¹⁶⁰.

Dicho lo anterior, se tiene que la jurisprudencia, por definición, exige que el criterio sea reiterado y uniforme, razón por la cual algunos autores hablan de un Derecho judicial consuetudinario:

Cuando los tribunales se comportan de una manera uniforme en la solución de un caso determinado, esa manera uniforme de comportarse los jueces, se convierte en una especie de costumbre judicial, de Derecho consuetudinario judicial (...).

(...) en los países de derecho romanizado, la jurisprudencia no tiene carácter obligatorio (...). Y para que pueda considerarse como un principio informador en la solución de los casos judiciales, es imprescindible que haya uniformidad de criterio respecto a la manera de resolver los problemas. Por eso es que se habla de sentido concordante de las decisiones de los jueces y, en el sentido estricto del vocablo, la jurisprudencia en el derecho romanizado es Derecho judicial consuetudinario, porque es la manera como habitualmente sentencian los jueces los problemas que se le plantean y, cuando hay costumbre judicial (...), esta jurisprudencia aparece, si no como obli-

¹⁵⁸ Nieva Fenoll, *Ob. Cit.*, pp. 29-36. El autor llama la atención sobre los motivos de casación en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que omitió la referencia expresa a la infracción de la jurisprudencia, quedando redactado el artículo 477.1 de la siguiente forma: “Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” (*Ob. Cit.*, p. 140).

¹⁵⁹ *Ob. Cit.*, p. 297.

¹⁶⁰ Código Civil. Editorial Tecnos, 27ª edición, Madrid, 2008, p. 90.

gatoria, por lo menos como un principio o una regla que crea la convicción dentro del tribunal que va a sentenciar, de que efectivamente este precedente debe ser aceptado como la solución justa o correcta para el caso que se considera¹⁶¹.

La exigencia de la reiteración no sólo deriva de los aportes doctrinales, sino además del texto de la ley: nótese que, después de preceptuar el deber de los jueces de instancia de acoger la doctrina de casación, el legislador regula el recurso de control de la legalidad permitiendo que a través del mismo la Sala de Casación Social revise los fallos que contradigan "la reiterada doctrina de casación de dicha Sala de Casación"¹⁶².

Entonces, por una parte se trata de los criterios jurisprudenciales contenidos en las decisiones emanadas de un órgano específico: la Sala de Casación Social; y por la otra, los criterios deben ser reiterados, tal como fue indicado por la mencionada Sala al afirmar que la jurisprudencia reiterada "debe ir más allá del criterio establecido en un caso concreto (...), pues, se requiere para que sea considerada doctrina jurisprudencial, que sean razonamientos sostenidos prolongadamente en el tiempo"¹⁶³.

Ciertamente, la dificultad de determinar cuál es la doctrina de casación deriva, entre otras razones, de la inexistencia de "elementos que permitan precisar cuántos fallos en un mismo sentido se requieren para que una doctrina de la Sala Social sea considerada reiterada y, por ende, vinculante"¹⁶⁴, lo que ha intentado resolverse afirmando:

Nuestro legislador no lo precisa, pero podríamos considerar que se cumple el requisito de la reiteración, cuando existan dos sentencias previas del tribunal supremo (sic) dictadas en casos semejantes, como lo ha señalado tradicionalmente la jurisprudencia española; aunque

¹⁶¹ Delgado Ocampo, J. M.: *Apuntes de Introducción al Derecho*, material mimeografiado. La Universidad del Zulia, Facultad de Derecho, Maracaibo, 1961, p. 160.

¹⁶² Véanse los artículos 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

¹⁶³ Sentencia TSJ-SCS N° 355 del 21 de mayo de 2003 (caso: *José Enrique Estrada Mirabal contra Bundy Venezolana, C.A.*).

¹⁶⁴ Hernández Álvarez, art. *Cit.* (Anotaciones...), p. 463.

finalmente el Tribunal Supremo de España ha prescindido de la necesidad de los dos precedentes jurisprudenciales y ha considerado que una sola de sus decisiones puede constituir doctrina legal (...)¹⁶⁵.

Al respecto, resulta de interés examinar la opinión de los doctrinarios españoles, quienes también se han planteado esta problemática visto que desde el año 1855 se prevé la infracción de la jurisprudencia entre los motivos de casación¹⁶⁶; y según el Código Civil, la jurisprudencia que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo, complementará el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, los autores españoles sostienen que la reiteración de la doctrina jurisprudencial supone la existencia de dos o más decisiones en un mismo sentido, lo que explica que las distintas Salas del Tribunal Supremo insistan que una única sentencia no constituye jurisprudencia; si bien se reconoce que hay -pocas- excepciones a la regla anterior, se concluye que el sistema jurídico español hace referencia, no a una sola sentencia, sino a una serie o línea de jurisprudencia¹⁶⁷. En igual sentido, se sostiene:

(...) el carácter jurídico vinculante de la jurisprudencia del TS [*Tribunal Supremo*] tan sólo es reclamable cuando se efectúa (como dispone el art. 1.6 CC) "de modo reiterado"; es decir, una sola Sentencia no produce doctrina *legal*, sino que se exige la publicación de dos o más Sentencias que mantengan el mismo criterio interpretativo¹⁶⁸.

Como se observa, la doctrina española exige al menos dos decisiones judiciales en un mismo sentido para considerar que se ha configurado una línea jurisprudencial; siguiendo esta idea, en Venezuela se plantea que se habrá sentado un "precedente" cuando el criterio haya sido ratificado, esto es, cuando haya dos decisiones semejantes o iguales¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Villasmil Briceño y Villasmil Velásquez: *Nuevo procedimiento laboral venezolano*, Librería Europa, Maracaibo, 2003, pp. 233-234.

¹⁶⁶ Aunque con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 algunos autores ponen en duda esta posibilidad.

¹⁶⁷ Moral Soriano, *Ob. Cit.*, p. 166.

¹⁶⁸ Gimeno Sendra, *Ob. Cit.*, p. 42.

¹⁶⁹ Escovar León, art. *Cit.* (*La nueva casación...*), p. 949. El autor se refiere al *precedente judicial* cuando analiza la posibilidad de denunciar la violación de una doctrina jurisprudencial reiterada mediante el recurso de control de la legalidad.

Sin embargo, frente a tal posición también se señala que lo importante es que el criterio jurisprudencial se establezca con vocación de permanencia; en este sentido, se menciona el requisito legal de la reiteración para que el criterio jurisprudencial configure "doctrina", razón por la cual el Tribunal Supremo —de España— exige al menos dos sentencias conformes; no obstante, se destaca que tal exigencia no es absoluta, pues a veces son insuficientes dos sentencias, como ocurre cuando la jurisprudencia ha sido vacilante o cuando se ha producido un cambio de criterio; y otras veces puede bastar con una sola sentencia, como cuando el Tribunal Supremo cambia de criterio interpretativo, más aún si lo hace de forma expresa, pues así manifiesta el abandono para el futuro de la interpretación anterior¹⁷⁰. Al respecto, se mantiene:

(...) No parece que tenga mucho sentido pensar que una doctrina contenida en un determinado (y solo) pronunciamiento del Tribunal Supremo (...) no es nada, mientras que dos sentencias elevan la doctrina contenida en ellas a la categoría de doctrina legal con *transcendencia normativa*, con el carácter vinculante de precedente (...).

(...) En esencia, puede decirse que la exigencia de la reiteración en el criterio jurisprudencial (...) no exige más que la manifestación de la voluntad de mantener un criterio continuo o uniforme. Cuando esta voluntad se manifiesta en una sola sentencia, (...) bien porque obedece a una (sic) cambio de criterio expreso y razonado, se debe entender que, a efectos de establecer doctrina jurisprudencial y, por tanto, a efectos también casacionales, basta una sola sentencia. En cambio, no son suficientes dos o más sentencias del Tribunal Supremo si no expresan la voluntad de que el criterio jurisprudencial fijado en las mismas tiene un carácter estable (...)¹⁷¹.

En Venezuela, también se ha admitido esta posibilidad:

(...) Cossio ha tratado de esclarecer la naturaleza auténtica de la jurisprudencia como fuente del Derecho, observando que hay ciertos fallos que tienen una aptitud o una virtualidad lo suficientemente poderosa como para crear jurisprudencia, a pesar de que no haya la reiteración del comportamiento de los tribunales en el mismo senti-

¹⁷⁰ Blasco Gascó, *Ob. Cit.*, pp. 49-51.

¹⁷¹ Blasco Gascó, *Ob. Cit.*, pp. 48-49, 51.

do. Por eso Cossio dice que no es correcta la definición según la cual se entiende la jurisprudencia como el sentido concordante de las decisiones de los tribunales, porque es perfectamente posible que un solo fallo cambie toda la jurisprudencia y tenga, por su virtualidad científica, la suficiente fuerza de convicción para convertirse en jurisprudencia distinta.

Por otra parte —dice Cossio—, para que se pueda hablar de jurisprudencia como sentido concordante de las decisiones judiciales, es imprescindible que el fallo, desde el primer momento, tenga virtualidad jurisprudencial, porque para que ese fallo pueda repetirse, para que pueda reiterarse, para que se pueda convertir en costumbre judicial, es imprescindible que lo sea desde el momento en que el fallo es dictado. Por eso, la definición de Cossio es más técnica: por jurisprudencia, en el sentido de fuente formal del Derecho, debemos entender el sentido de fuente concordante, actual o potencial, de las decisiones de los tribunales¹⁷².

Las ideas expresadas en los párrafos anteriores han sido recogidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que, sin ocultar la fuerte influencia de la doctrina española —que en muchos casos lo que hace es reflejar los criterios jurisprudenciales provenientes del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional de ese país—, delineó lo que significa un criterio jurisprudencial, de la siguiente manera:

Según el Diccionario Esencial de la Lengua Española Editorial Larousse, S.A. 1999, criterio es un '*principio o norma de discernimiento o decisión*', una '*opinión, parecer*', mientras que jurisprudencia es el '*conjunto de sentencias de los Tribunales*', '*Norma de juicio que suple omisiones de la ley y que se funda en las prácticas seguidas en los casos análogos*'.

De la conjunción de las definiciones que anteceden se desprende que se está en presencia de un criterio jurisprudencial cuando existen dos o más sentencias con idéntica o análoga *ratio decidendi*, entendiendo por tal la regla sin la cual la causa se hubiera resuelto de un modo distinto o aquella proposición jurídica que el órgano jurisdiccional estima como determinante en la elaboración del fallo, en

¹⁷² Delgado Ocando, *Ob. Cit.*, pp. 161-162.

contraposición con los *obiter dicta* o enunciados jurídicos que van más allá de las pretensiones y de las excepciones, ya de las partes, ya recogidas de oficio, que no forman parte de la ratio (Cfr. Francisco de P. Blasco Gascó, *La norma jurisprudencial, nacimiento, eficacia y cambio de criterio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000, p. 53).

Para esta Sala la reiteración y la uniformidad constituyen exigencias cardinales para la determinación de la existencia de un criterio jurisprudencial; no obstante, las mismas no son absolutas, ya que algunas veces, la jurisprudencia es vacilante y no se consolida. Por otra parte, en algunos supuestos (excepcionales) podría ser suficiente una sola sentencia como por ejemplo, cuando se produce un cambio de criterio mediante un razonamiento expreso y categórico, o cuando se dilucida por vez primera un asunto o cuando la falta de frecuencia de casos análogos no permitan la reiteración de la doctrina legal¹⁷³.

Conteste con lo anterior, debe reconocerse la posibilidad de sentar jurisprudencia a través de una sola decisión judicial, aunque ello ocurra excepcionalmente, en los casos señalados; el supuesto planteado es aplicable tanto a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, como de las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia, no obstante que un sector de la doctrina haya aceptado que una sola decisión judicial se convierta en jurisprudencia independientemente de la reiteración del criterio, pero circunscribiéndolo a las interpretaciones vinculantes emanadas de la Sala Constitucional, sobre las normas y principios constitucionales¹⁷⁴.

En conclusión, no es posible establecer en abstracto cuántas decisiones de la Sala de Casación Social en un mismo sentido configuran la jurisprudencia; ello deberá determinarse casuísticamente, teniendo en cuenta la forma en que se haya ido consolidando el criterio de que se trate. Así como en principio se exige la reiteración y uniformidad para poder hablar de jurisprudencia, lo cual requiere al menos de dos sentencias en un mismo sentido, también se reconoce, por una parte, que dos decisiones judiciales pueden ser insuficientes, como cuando el cri-

¹⁷³ Sentencia TSJ-SC N° 3.057 del 14 de diciembre de 2004 (caso: *Seguros Altamira C.A.*).

¹⁷⁴ Peña Solís, *Ob. y vol. Cit.*, pp. 680, 682.

terio es fluctuante o ha operado un cambio de criterio; y por la otra, que en ciertas circunstancias basta con una sentencia para que se constituya la jurisprudencia en un tema, como sucede cuando éste es abordado por primera vez, cuando hay un cambio de criterio expreso y categórico, o cuando el criterio no ha sido reiterado por ser ocasionales los casos análogos.

Cabe destacar que, a diferencia de lo que sucede en el sistema jurídico romanista, la reiteración no constituye un aspecto esencial para definir el precedente judicial en el sistema anglosajón, por cuanto "un solo precedente constituye derecho y genera obligación. Es lo que Goodhart llama 'la doctrina del precedente individual obligatorio'. (...) basta que haya una decisión '*in point*' -es decir, aplicable al caso presente- para que un juez se vea obligado, en principio, a seguirla"¹⁷⁵. Así las cosas, en virtud de la autoridad individual del precedente, la fuerza vinculante no sólo se le atribuye a un criterio constante, sino también a un precedente único¹⁷⁶⁻¹⁷⁷.

Por último ha de reconocerse que, si bien la dificultad de determinar cuál es la doctrina jurisprudencial de casación no es nueva, actualmente el operador jurídico puede acudir a una herramienta de gran utilidad: la página web diseñada por el Tribunal Supremo de Justicia¹⁷⁸, que en

¹⁷⁵ Legarre y Rivera, art. *Cit.*

¹⁷⁶ Jolowicz, *Ob. Cit.*, p. 62.

¹⁷⁷ En el estado de Luisiana de Estados Unidos, donde en 1808 fue dictado un Código Civil esencialmente de influencia francesa, pese a haber recibido la influencia del *common law* a partir de 1870 (*Vld.* Tunc, André y Suzanne Tunc: *El Derecho de los Estados Unidos de América: instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, traducido por Javier Elol, Instituto de Derecho Comparado - Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1957, pp. 194-201), la Suprema Corte declaró, en el caso *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Co.*, de 1970: "En Louisiana los tribunales no están obligados por la doctrina de *Stare decisis*, pero existe un reconocimiento en este estado de la doctrina de la *Jurisprudence* constante. A diferencia de *Stare decisis*, aquella doctrina no contempla la adhesión a un principio de derecho anunciado y aplicado en una única ocasión en el pasado. Sin embargo, cuando en virtud de repetidas decisiones en una larga línea de casos una regla de derecho ha sido aceptada y aplicada por los tribunales, estas adjudicaciones asumen la dignidad de *Jurisprudence* constante; y la regla de derecho sobre la que están basadas merece gran consideración en decisiones subsiguientes" (Legarre y Rivera, art. *Cit.*, nota 9).

¹⁷⁸ <http://www.tsj.gov.ve>

palabras de la Sala Constitucional, constituye un medio auxiliar de divulgación de la actividad judicial del máximo Tribunal de la República¹⁷⁹, y en la cual pueden conseguirse inclusive las decisiones de los tribunales de instancia.

4.4 *La denuncia de infracción de jurisprudencia ante la Sala de Casación Social mediante los recursos de control de la legalidad y de casación*

4.4.1 La contravención de jurisprudencia en el recurso de control de la legalidad

Tanto la Ley Orgánica Procesal del Trabajo como la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes permiten impugnar por ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el recurso de control de la legalidad, aquellas decisiones judiciales que sean contrarias a "la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación"¹⁸⁰. Con relación a esa norma, en la Exposición de Motivos de la ley adjetiva laboral se sostiene:

(...) Normalmente, la mayoría de los Jueces Laborales, conscientes de que la decisión que van a dictar en determinado procedimiento no tiene recurso de casación, son mucho más cuidadosos para evitar cometer errores que puedan causar daños irreparables a alguna de las partes en juicio; pero es cierto también que algunos Jueces Laborales, la minoría afortunadamente, prevaleciendo de tal circunstancia –irrecorribilidad de la decisión– incurrir en abusos y excesos de diferente índole, que se traducen no sólo en una violación a los derechos legales e incluso constitucionales, de una o de ambas partes, sino que además son una ofensa a la conciencia jurídica de la colectividad y una burla a la administración de justicia o por otra parte, deciden no acoger la reiterada doctrina de la Sala de Casación Social, conductas estas, que no pueden ser consentidas en forma alguna por el sistema judicial.

¹⁷⁹ Véase, entre otras, sentencia TSJ-SC N° 2.031 del 19 de agosto de 2002 (caso: *Victor Vicente Sacotelli Mendoza y otros*).

¹⁸⁰ De conformidad con los artículos 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

El establecimiento de la contravención de la jurisprudencia como un presupuesto de admisibilidad y motivo procedencia del control de la legalidad, contribuye en gran medida a que dicho recurso sea considerado como una verdadera novedad en el ordenamiento jurídico venezolano, toda vez que el legislador no se limitó a reproducir la regulación del recurso de casación –aunque una vez admitido el recurso, hay una remisión expresa al procedimiento de casación–, sino que creó una normativa propia para el nuevo medio de impugnación.

Entre los antecedentes de esta previsión, recuérdese que al abordar el posible origen del recurso de control de la legalidad, se refirió el *interés casacional* contemplado en la legislación española, para permitir el acceso a la sede casacional de causas que en principio no lo tendrían por razón de la cuantía, el cual se verifica cuando se alega contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otros casos; y que proviene, a su vez, del Derecho austríaco, que exige el *carácter relevante* de la cuestión jurídica para interponer el recurso de casación, que se presenta, según ilustra el legislador, cuando el fallo recurrido contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o ésta es inexistente o contradictoria; así como del Derecho alemán que, antes de 2001, requería el *carácter fundamental* de la cuestión jurídica, sin precisar qué debía entenderse por tal.

Además, autores nacionales afirman que sólo se encuentra un paralelo con el recurso de casación para la unificación de la doctrina que se concede por ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español¹⁸¹.

Al respecto, doctrinarios españoles explican que se trata de un recurso creado en materia laboral con el objetivo básico de unificar la jurisprudencia, debido a que el Tribunal Supremo de España no podría cumplir esta función porque la mayor parte de los procesos laborales finalizarían su trámite ante los Tribunales Superiores de Justicia, sin llegar por ende al máximo Tribunal, previéndose como presupuesto de admisibilidad la contradicción de la sentencia recurrida respecto de otra, dictada por alguno de los órganos judiciales

¹⁸¹ Villasmil Briceño, Fernando y María Villasmil Velásquez, *Ob. Cit.*, p. 232.

superiores del orden social –no necesariamente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo–¹⁸².

No obstante, el recurso de casación para la unificación de la doctrina no sólo está previsto en el ámbito laboral, sino también en materia contencioso administrativa, a partir del año 1992, que encuentra su antecedente en el recurso de revisión por contradicción de sentencias¹⁸³.

Pero, más allá de ese especial recurso de casación, la infracción de la jurisprudencia –*doctrina admitida por la jurisprudencia o doctrina legal*, como se le llamó durante más de un siglo– está prevista entre los motivos del recurso de casación civil, desde la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, aunque en la Ley de 2000 se suprimió tal previsión expresa, al modificarse la redacción de la norma¹⁸⁴.

A pesar de ello, la consideración de la jurisprudencia como una fuente de Derecho, y el mayor o menor grado de vinculación del juez de instancia, es una polémica aún no resuelta; acerca de este último aspecto señala la doctrina lo siguiente:

Si una ventaja tenía la casación española [antes de la Ley de 2000] era que, sin haber sometido a los órganos jurisdiccionales al sistema anglosajón de vinculación al precedente, al menos desde 1855, (...) se había conseguido un sistema genuinamente español en el que cabía en casación la alegación de la infracción de "doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales". Con ello se con-

¹⁸² Montero Aroca, Juan: *Introducción al proceso laboral*, 5ª edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, pp. 335-337. "Cabe este recurso ante la Sala de lo Social del TS cuando la parte recurrente considere que la resolución judicial recurrida se aleja de la línea jurisprudencial y de interpretación de la ley sostenida por el TS. Para fundamentar el recurso de casación el recurrente deberá aportar al TS al menos dos sentencias emitidas con anterioridad por este órgano jurisdiccional (...)" (Vid. Moral Soriano, *Ob. Cit.*, p. 180).

¹⁸³ Moral Soriano, *Ob. Cit.*, p. 179. Según la autora, "Lo significativo es que a la hora de interponer el recurso, basta mencionar una única sentencia del TS (la sentencia infringida), criterio éste más cercano al valor de los precedentes que al valor de la jurisprudencia" (Vid. pp. 179-180).

¹⁸⁴ Acerca de la inclusión o no de la infracción de jurisprudencia, en el motivo único de casación contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, se remite a Nieva Fenoll, *Ob. Cit.*, pp. 170-176.

seguía un sistema jurisdiccional vivo, puesto que los tribunales inferiores podían discrepar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, creando nuevas soluciones para los casos concretos. Y a la vez el Tribunal Supremo tenía la oportunidad de corregir esas interpretaciones de los tribunales inferiores, creándose con ello un sistema coherente en el que los órganos de instancia tenían la posibilidad de "acomodarse" (...) a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que además tenía la ventaja de dar consecución a su función nomofiláctica. Pero al mismo tiempo, los jueces inferiores podían discrepar, salvaguardando su independencia y pensando en fundamentar muy bien su resolución discordante, ante el evidente riesgo de que el Tribunal Supremo no decidiera modificar su jurisprudencia, cassando la sentencia. La calidad jurisprudencial en una situación así es poco menos que idílica, puesto que la jurisprudencia se sitúa en constante evolución¹⁸⁵.

La descripción que hace el autor de la forma en que la casación española cumplía –¿cumple?– su función uniformadora, delinea en definitiva una jurisprudencia persuasiva, y no vinculante.

A través de la experiencia de España, es posible hacer un acercamiento a la situación que plantea en Venezuela el establecimiento de la infracción de la jurisprudencia casacional, como requisito de admisibilidad y fundamento del recurso de control de la legalidad.

En nuestro país, cuando la Ley Orgánica Procesal del Trabajo –primer cuerpo normativo que reguló el recurso de control de la legalidad– fue publicada en *Gaceta Oficial*, únicamente tres disposiciones entraron en vigencia de forma inmediata, entre ellas las referidas al recurso en cuestión; el resto del articulado fue sometido a una *vacatio legis* de un año¹⁸⁶. Por lo tanto, durante un año la situación legal fue la siguiente: Ya las partes podían impugnar las sentencias de segunda

¹⁸⁵ Nieva Fenoll, *Ob. Cit.*, pp. 170-171. El autor no habla en tiempo presente sino en pretérito imperfecto o copretérito (Vid. *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II [b/z], 22ª edición. Real Academia Española, Madrid, 2001, pp. 2.366-2.367), ante la duda que le causa si la nueva redacción de los motivos de casación –ahora, único– incluye o no la contravención de la jurisprudencia.

¹⁸⁶ *Ibid.* artículo 194 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

instancia a través del control de la legalidad, y por tanto denunciar la contrariedad de la jurisprudencia de casación, pese a que aún no estaba en vigor el artículo 177 de la Ley, según el cual los jueces de instancia *deben* acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, resultando aplicable el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil¹⁸⁷, que –se insiste– dispone que éstos *procurarán acoger* dicha doctrina jurisprudencial.

Así las cosas, durante ese período la jurisprudencia tenía –sin lugar a dudas– un carácter persuasivo, y sin embargo, uno de los requisitos de admisibilidad y motivos de procedencia del recurso de control de la legalidad era la violación de ésta; no quería ello decir que el juez quedara indefectiblemente obligado a seguir la jurisprudencia casacional, pero en caso de no hacerlo, ello acarrearía la eventual nulidad del fallo.

4.4.2 La denuncia de infracción del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en el recurso de casación

A diferencia de lo que ocurre en el control de la legalidad, entre los fundamentos del recurso de casación no se incluye la contravención de la jurisprudencia casacional, ni en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo ni en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes¹⁸⁸, como tampoco se encuentra contemplada en el Código de Procedimiento Civil. No obstante, visto que el legislador permitió la denuncia directa del apartamiento de la línea jurisprudencial en el recurso estudiado previamente, no se entiende por qué no hizo lo propio al regular la casación; es por ello que se ha considerado que “hubiese sido más útil colocar la violación de doctrina como un motivo o fuente autónoma del recurso de casación”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ El artículo 77 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo de 1959, reguladora del procedimiento laboral hasta entrar en vigencia la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, remitía al Código de Procedimiento Civil en cuanto a “la sustentación y decisión del recurso de casación”, salvo las disposiciones especiales contenidas en esa Ley, que nada disponía expresamente acerca del seguimiento de la jurisprudencia de casación.

¹⁸⁸ Esta Ley reduce los motivos de casación a la infracción de una norma jurídica o de una máxima de experiencia, según lo establecido en su artículo 489-A.

¹⁸⁹ Escovar León, art. *Cit.* (La nueva casación...), p. 949, nota 37. No parece adecuado, sin embargo, hablar de *utilidad*, sino de *coherencia*.

Sin embargo, la falta de previsión de dicho motivo casacional no ha impedido plantear en esa sede el distanciamiento del juez de instancia respecto de la jurisprudencia de casación, pero de forma indirecta, esto es, mediante la denuncia del vicio de infracción de ley, concretamente por falta de aplicación¹⁹⁰ del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo¹⁹¹, según el cual –se reitera– el juez debe acoger la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social.

En este sentido, la referida Sala ha admitido la delación directa de la norma indicada –que a su vez supone la denuncia indirecta de infracción de la jurisprudencia–, precisando al respecto que dicha delación “debe administrarse con la identificación de la sentencia que refrenda la violación a la doctrina jurisprudencial de la Sala, conjuntamente con la denuncia de los artículos presuntamente infringidos, ello, pues lógicamente la Sala construye su jurisprudencia en la medida que interpreta el ordenamiento jurídico”¹⁹². Se advierte, de la afirmación anterior, que la Sala sólo exigió el señalamiento por parte del recurrente de una sentencia –en singular– en la que se evidenciara el criterio jurisprudencial descartado por el juez de instancia; ello no necesariamente implica que sea suficiente una decisión judicial para conformar *jurisprudencia*, pero al menos indica que la Sala puede asumir la labor de verificar que el criterio asentado en la sentencia citada por el impugnante, sea realmente *la jurisprudencia de casación*, sin que ello constituya una carga de la parte. Adicionalmente, al exigirse que la denuncia de violación de la jurisprudencia se auxilie con la denuncia de “los artículos presuntamente infringidos”, se olvida que el fundamento del recurso sería la infracción del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

¹⁸⁸ Así se precisó, entre otras, en sentencia TSJ-SCS N° 2.021 del 30 de noviembre de 2006 (caso: *Jorge Villegas contra Esinca, S.A. y otras*).

¹⁹¹ Para la fecha de elaboración del presente estudio, la Sala de Casación Social no había emitido pronunciamiento alguno en materia de protección de niños, niñas y adolescentes; pero lógicamente, y en virtud de la similitud de los supuestos, podría igualmente ser denunciada la infracción por falta de aplicación del artículo 489-J de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para atacar en definitiva el apartamiento de la jurisprudencia casacional.

¹⁹² Sentencia TSJ-SCS N° 704 del 27 de abril de 2006 (caso: *Nelson José Gil Fuentes y otros contra Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela*).

Inclusive, la Sala de Casación Social ha declarado de oficio la nulidad del fallo recurrido, con base en la infracción del citado artículo de la ley adjetiva laboral, por apartarse el sentenciador de alzada del criterio jurisprudencial establecido por esa Sala¹⁹³.

Nótese que la mencionada Sala permite que en casación, se denuncie indirectamente la separación por parte del juez de un criterio jurisprudencial. Cabe destacar, sin embargo, que bajo el régimen del Código de Procedimiento Civil también se puede hacer tal alegación, pero de una manera diferente –se puede decir que es también indirecta, pero con una relación más estrecha con la ley–: en ese caso, se denuncia la infracción de ley –igualmente–, por errónea interpretación de la norma cuyo contenido ha sido previamente dilucidado por vía jurisprudencial; así, se alega que el juez de instancia no entendió la norma conteste con el sentido que le ha atribuido la jurisprudencia de casación. En este sentido, la Sala de Casación Civil ha señalado que no procede la denuncia de infracción del artículo 321 del referido Código –según el cual, el juez procurará acoger la doctrina de casación– en aquellos supuestos en que no se apliquen sus criterios reiterados, debido a que en nuestro sistema de Derecho no existe la casación por violación de doctrina jurisprudencial, aclarando que el recurrente debe denunciar la errónea interpretación de la norma correspondiente¹⁹⁴, interpretación esta que igualmente estará determinada por la jurisprudencia casacional. Con relación a este mecanismo (¿subterfugio?), son aplicables las palabras de Castán Tobeñas: “De nada sirve que se rechace el recurso de casación por infracción de doctrina legal, pues se alegará como infringida no la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, sino la ley a que aquélla haga referencia”¹⁹⁵.

Así las cosas, mientras la Sala de Casación Social permite la denuncia de infracción del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la Sala de Casación Civil niega que sea posible delatar la violación

¹⁹³ Sentencia TSJ-SCS N° 786 del 8 de mayo de 2006 (caso: *César Arturo Flames Guevara contra Panamco de Venezuela, S.A.*).

¹⁹⁴ Sentencia TSJ-SCC N° 1.346 del 15 de noviembre de 2004 (caso: *Junta de Condominio de las Torres "A" y "B" del Conjunto Residencial "Centro Parque Caracas" contra Administradora Yat, S.R.L.*).

¹⁹⁵ *Ob. Cit.*, p. 175.

del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil; al respecto, sostiene esta Sala que la última disposición citada contiene “una sana recomendación dada por el legislador a los jurisdicentes, tendente a preservar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia”, para señalar posteriormente que, “teniendo los operadores de justicia plena libertad de juzgamiento, la falta de acatamiento de la doctrina emanada de esta Máxima Jurisdicción, no constituye infracción alguna de la norma que contiene la recomendación”¹⁹⁶.

4.4.3 Acerca de la posibilidad de denunciar ante la Sala de Casación Social, la falta de seguimiento de la jurisprudencia constitucional por parte del juez de instancia

La Sala de Casación Social afirmó en una oportunidad, que a través de la infracción del artículo 177 de la ley adjetiva laboral puede denunciarse en sede casacional la separación del juez de la jurisprudencia reiterada de esa Sala, pero “no es posible denunciar la supuesta infracción de los criterios jurisprudenciales emanados de la Sala Constitucional (...); ya que no sólo la competencia para ello corresponde a la mencionada Sala, sino que además, el ordenamiento jurídico patrio prevé un especial medio recursivo, como lo es la revisión constitucional”¹⁹⁷. Posteriormente, la Sala Constitucional negó la revisión de ese fallo, solicitada por una de las partes del proceso, aunque de forma expresa advirtió, sobre tal afirmación:

(...) no es del todo cierta, ya que si bien las Salas del Tribunal Supremo de Justicia deben atender a sus propios criterios en *pro* de mantener la uniformidad y adecuación de los mismos a las necesidades de la justicia, tanto éstas –Salas del Tribunal Supremo de Justicia– como el resto de los Tribunales de la República, están en el deber y la obligación de acatar, respetar y aplicar los criterios vinculantes que como máxima intérprete de la Constitución pueda emitir la Sala Constitucional¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Sentencia TSJ-SCC N° 729 del 1° de diciembre de 2003 (caso: *Manuel Ramos Tejera y otro contra Unión de Conductores Ayacucho C.A. y otro*).

¹⁹⁷ Sentencia TSJ-SCS N° 1.454 del 10 de julio de 2007 (caso: *Malliba Pérez Drija contra Promotora Beach Resort C.A. y otras*).

¹⁹⁸ Sentencia TSJ-SC N° 639 del 24 de abril de 2008 (caso: *Malliba Pérez Drija*).

La posición asumida por cada Sala suscita interesantes reflexiones. La única norma que permite la denuncia de contravención de la jurisprudencia es aquélla que consagra el recurso de control de la legalidad¹⁹⁹, y que expresamente se refiere a la contrariedad respecto de la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social. En el recurso de casación, según lo expuesto *supra*, se acude a la denuncia de infracción por falta de aplicación, de la norma que establece la obligación del juez de acoger "la doctrina de casación establecida en casos análogos"²⁰⁰; de donde debe destacarse en primer lugar, que se trata de la *doctrina de casación*²⁰¹, y en segundo lugar, al ser interpretada esta norma sistemáticamente con la que contempla el recurso de control de la legalidad, ha de concluirse que es la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Social. Asimismo, si se considera el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ha de entenderse que la norma establece el seguimiento de "la doctrina de casación" proveniente de la mencionada Sala –cuya competencia abarca la materia laboral, así como la de protección de niños, niñas y adolescentes–, sin que se extienda a los criterios reiterados de otras Salas del máximo Tribunal, aunque también sean competentes para conocer recursos de casación, en otros ámbitos competenciales.

A partir de la premisa anterior, es posible concluir que la denuncia de separación del criterio de la Sala Constitucional no puede fundamentarse en las normas relativas a la fuerza obligatoria de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social, ni al recurso de control de la legalidad; en todo caso, ello ameritaría acudir a lo previsto en el artículo 335 constitucional, por cuanto es esa norma la que consagra el efecto vinculante de las interpretaciones de la Sala Constitucional; no

¹⁹⁹ Artículos 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

²⁰⁰ Artículos 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 489-J de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

²⁰¹ En sentencia TSJ-SCC N° 112 del 25 de febrero de 2004 (caso: *Banco Latino C.A. contra María Ana Marsiglia Gaudio de Herrera y otros*), al resolver la denuncia de infracción del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil por no aplicar el juzgador de la recurrida el criterio establecido en una decisión emitida por la Sala Político Administrativa, se destacó que "la sentencia señalada no es doctrina de casación".

obstante, como tal carácter no abarca todas sus interpretaciones, es necesario hacer una distinción.

La fuerza obligatoria versa sobre las interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, pero para que la Sala de Casación pudiera examinar si el juez de instancia se apartó o no de las mismas, sería menester delatar la infracción por falta de aplicación, del citado artículo 335 de la Carta Magna, y ello a su vez exige previamente analizar si en sede casacional es posible denunciar la violación de normas constitucionales, lo cual excede de los límites del presente estudio.

Pareciera que la Sala Constitucional, en atención a que los recursos de control de la legalidad y de casación son mecanismos que permiten lograr la uniformidad de la jurisprudencia, consideró que también por esas vías podría controlarse la aplicación de sus criterios. Al respecto se observa que, si bien una de las funciones de la casación –y ahora también del recurso control de la legalidad– es lograr la unidad de la jurisprudencia, tal función opera dentro del ámbito de las competencias de la Sala de Casación Social, de tal forma que la corrección de la dispersión de criterios de los jueces, a través de dichos recursos, opera respecto de las decisiones judiciales dictadas en la materia laboral, y de protección de niños, niñas y adolescentes. Por el contrario, el ordenamiento jurídico previó la revisión constitucional como un medio procesal específico para lograr la uniformidad jurisprudencial en materia constitucional, para corregir el apartamiento respecto de la interpretación de una norma de ese rango, y la competencia para su conocimiento corresponde a la Sala Constitucional; en este sentido, el artículo 25, numeral 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2010 precisa que la revisión procede, entre otros supuestos, cuando se haya desconocido algún precedente dictado por la mencionada Sala Constitucional²⁰². Por lo tanto,

²⁰² Hildegard Rondón de Sansó objeta la inclusión de este motivo de revisión, al opinar: "La nueva Ley se plegó a una incorrecta tendencia creada por la jurisprudencia, de convertir las sentencias en precedentes con fuerza y valor vinculante para todos los Tribunales de la República. Con lo anterior, se intentó pasar del régimen de una jurisdicción legalista, esto es, fundada en la ley, a una jurisdicción basada en la jurisprudencia, análogo al que rige en el Common Law (...)" (*Más sobre la Ley Orgánica del TSJ*, en el semanario *Quinto Día* del 6 de agosto de 2010, p. 20).

la Sala de Casación Social estaría excediendo de su competencia, si pretendiera controlar un asunto atinente a la interpretación constitucional que, por tanto, corresponde con exclusividad a la máxima intérprete del Texto Fundamental.

Por otra parte, en cuanto a la interpretación de normas de rango legal realizada por la Sala Constitucional, ésta no es vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia ni para los restantes órganos jurisdiccionales; sin embargo, cuando la Sala de Casación Social conoce de una denuncia de infracción de una determinada norma legal, puede acudir a su propia jurisprudencia a fin de precisar el sentido en que aquélla ha de entenderse, así como puede emplear la jurisprudencia de otra Sala, entre ellas la Constitucional.

En ese caso, si la Sala Constitucional ha determinado previamente cuál es la interpretación constitucionalmente correcta, rechazando otras por contradecir el Texto Fundamental —lo cual sí tiene efecto vinculante con el artículo 335 de la Constitución—, la Sala de Casación Social necesariamente debe aplicar ese criterio al verificar si el juez de instancia interpretó la norma adecuadamente o no; pero nótese que en tal supuesto, el objeto de examen de la Sala de Casación sería la infracción de la norma legal, y no de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, aunque se acuda a ésta para la comprensión de aquélla.

5. Posición de la Sala Constitucional: de los intentos de limitar el valor vinculante de la jurisprudencia de casación, hasta la finalización de la polémica mediante la desaplicación del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por control difuso de la constitucionalidad

El análisis de la posición asumida por la Sala Constitucional frente al valor de la jurisprudencia de casación, evidencia que en todo momento le ha atribuido un carácter meramente persuasivo, que según la clasificación de los grados de vinculación del juez a la jurisprudencia, señalada *supra*, correspondería al nivel intermedio, en que el juzgador no está obligado *a priori* a seguir los criterios reiterados, pero la decisión puede ser anulada posteriormente por haberse distanciado de éstos.

Interesa reseñar, en primer lugar, una sentencia dictada después de la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pero cuando únicamente se encontraban vigentes tres disposiciones —entre ellas las atinentes al recurso de control de la legalidad, que permite denunciar la contravención de la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social—, en la cual la Sala Constitucional sostuvo:

(...) refiere la doctrina (Cfr. Aulis Aarnio **Derecho, Racionalidad y Comunicación Social**, México, Fontamara, 2000) que la fuerza obligatoria de un precedente judicial puede ser de dos tipos: jurídica (*de iure*) o de hecho (*de facto*). La primera, de *iure*, corresponde a las decisiones que dicta esta Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 *eiusdem [de la Constitución]*); en relación con la segunda, se debe decir que la fuerza obligatoria fáctica de los precedentes judiciales la tienen asignadas (*sic*) las decisiones de las demás Salas de este Supremo Tribunal. (...)

(...) la fuerza obligatoria del precedente de *facto* sólo es *directiva*; significa ello, que en caso de ser inobservado el precedente es altamente probable que [*el fallo*] sea revocado en una instancia judicial superior. Tal es el efecto que prevé el artículo 178 de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo al otorgarle a la Sala de Casación Social el control de la legalidad de los fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo que aun cuando no fueran recurribles en Casación, violentan o amenazan violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación (resaltado de la Sala)²⁰¹.

Como se aprecia en el fragmento transcrito, la Sala Constitucional reconoció una fuerza obligatoria de *facto* al "precedente judicial" emanado de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, entre ellas la de Casación Social, y aclaró que esa fuerza es sólo *directiva* porque, si no se sigue el criterio jurisprudencial, el fallo está sujeto a una eventual anulación posterior, por parte de una instancia judicial superior.

²⁰¹ Sentencia TSJ-SC N° 1.687 del 18 de junio de 2003 (caso: *Asociación para el Diagnóstico en Medicina del Estado Aragua*).

Más adelante, la Sala Constitucional comentó la relevancia de la jurisprudencia de casación, en los siguientes términos:

(...) la motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso *sub iudice*, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, *deben procurar acoger* para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia (resaltado añadido)²⁰⁴.

En la cita anterior se observa que la Sala Constitucional se refirió a la función unificadora de la jurisprudencia que cumple la casación, afirmando que, con lo previsto en los artículos 321 del Código de Procedimiento Civil y 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo –que ya estaba en vigencia–, los jueces *deben procurar acoger* la doctrina emanada de las Salas de Casación del Tribunal Supremo de Justicia; pero tal redacción no se corresponde con el texto del artículo 177 de la ley adjetiva laboral, que –se insiste– establece que los jueces *deben acoger* esa doctrina jurisprudencial, inclusive, en los sucesivos fallos en que ha sido ratificada la citada sentencia, no ha sido corregida la supuesta redacción de la mencionada disposición de la ley adjetiva laboral, de modo que coincida con la redacción del texto legal.

Con base en lo anterior, la doctrina patria ha sostenido que la Sala Constitucional otorgó al artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo un alcance diferente al que parece desprenderse de su literalidad,

²⁰⁴ Sentencia TSJ-SC N° 401 del 19 de marzo de 2004 (caso: *Servicios La Puerta, S.A.*), ratificada en diversas oportunidades, como en las sentencias N° 1.046 del 7 de julio de 2008 (caso: *Freddy Alexis Madriz Marín*) y 31 del 30 de enero de 2009 (caso: *Alejandro Humberto Sosa*).

pues siguió considerando que sólo sus interpretaciones constitucionales son vinculantes. Igualmente, la doctrina ha justificado tal criterio, al afirmar que una norma legal no puede crear excepciones al principio constitucional de la independencia de los jueces; a pesar de ello, según se sostiene, la Sala de Casación Social proclama el carácter obligatorio de su doctrina reiterada y “deja sin efecto” los fallos que se aparten de la misma, mediante los recursos de casación y de control de la legalidad²⁰⁵.

Efectivamente, el desarrollo de la jurisprudencia de la Sala Constitucional a partir de la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, parecía evidenciar la tímida intención de equiparar la norma contenida en su artículo 177, a la del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, aunque para ello alteró el texto de la ley, sin expresar razón alguna.

Sin embargo, esta implícita interpretación de lo previsto en el artículo 177 de la ley adjetiva laboral, experimentó un viraje cuando la Sala Constitucional optó por desaplicarla, “*con carácter vinculante*”, por control difuso de la constitucionalidad, ordenando la publicación del fallo en *Gaceta Oficial*. En esa oportunidad la mencionada Sala, después de resolver el caso concreto sometido a su conocimiento, procedió a realizar ciertas consideraciones acerca del alcance de la norma *in commento*; concretamente, realizó una breve exposición sobre el recurso de casación, luego recordó que de conformidad con el artículo 335 del Texto Fundamental “la (sic) únicas interpretaciones que tienen carácter vinculante u obligatorio para todos los tribunales de la República, así como las demás Salas, es (sic) esta Sala Constitucional”, y concluyó que la norma legal comentada contraría la referida norma constitucional, “al pretender obligar o vincular a los jueces de instancia a que sigan la doctrina de casación, siendo que las únicas decisiones que tienen tal carácter vinculante son las dictadas por esta Sala en interpretación de las normas y principios con-

²⁰⁵ Hernández Álvarez, art. *Cil.* (Anotaciones...), pp. 457-459.

tenidos en la Constitución y en resguardo de la seguridad jurídica y del principio de confianza legítima²⁹⁶.

Nótese que, al determinar la Sala Constitucional que la norma contenida en el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo contraría la prevista en el artículo 335 de la Carta Magna, tiene como premisa –sobrentendida o implícita– la interpretación que se desprende de la literalidad de la norma, esto es, la consagración de la fuerza obligatoria de la jurisprudencia de casación, que vincularía de forma estricta al juez de instancia, a quien le estaría prohibido disentir de la misma²⁹⁷.

Con relación al fallo *in commento*, debe resaltarse que la Sala Constitucional no declaró la nulidad por inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, declaratoria ésta que tendría efectos *erga omnes*; por el contrario, procedió a desaplicarla por control difuso, lo que tiene un alcance limitado al caso sometido a su conocimiento²⁹⁸. Al respecto, llama la atención que la

²⁹⁶ Sentencia TSJ-SC N° 1.380 del 29 de octubre de 2009 (caso: *José Martín Medina López*), con un voto concurrente, publicada en *Gaceta Oficial* N° 39.346 del 14 de enero de 2010.

²⁹⁷ Resulta interesante el comentario de Michele Taruffo acerca de la falta de rigor con que, en el ámbito del sistema romanista, es aplicada la distinción entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, lo cual se evidencia en que habitualmente las máximas jurisprudenciales contienen *obiter dicta*, pues quien las formula con frecuencia extrae de la sentencia cualquier enunciado jurídico, sin verificar si es la base efectiva de la decisión; por ello, señala: *«obiter dicta può benché indebitamente fare precedente»* (*Precedente e giurisprudenza*, consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2539/39.pdf>, en fecha 13 de agosto de 2010).

²⁹⁸ Tal situación fue considerada por la Sala Constitucional contraria a lo establecido en el artículo 335 de la Carta Magna, aunque sin profundizar acerca de las razones de tal contravención; al respecto, se observa que cuando la citada norma atribuye efecto vinculante a las interpretaciones realizadas por esa Sala sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, ha de entenderse que tales interpretaciones judiciales constituyen *las únicas* vinculantes, por cuanto se trata de una norma de excepción, y por tanto de interpretación restrictiva. Recuérdese que los autores patrios han sostenido que el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo vulnera el principio de la independencia del juez, y que una norma de rango legal no puede establecer una excepción al mismo, acotando al respecto que en el artículo 335 constitucional ya se prevé un supuesto de excepción. No obstante, es necesario destacar que la Sala Constitucional no abordó el aspecto de la afectación o no de la independencia del juez por el carácter vinculante de la jurisprudencia.

aplicación de la norma era innecesaria para decidir el caso concreto –lo que, por cierto, se advierte en el voto concurrente–, el cual ya había sido resuelto cuando se procedió a considerar la citada disposición; por ende, tales disquisiciones constituyen sin duda un *obiter dictum*. A pesar de lo anterior, la Sala pretendió darle un carácter vinculante, con efectos *erga omnes*, a dicha decisión, al señalarlo expresamente y ordenar la publicación del fallo en *Gaceta Oficial*²⁹⁹.

En consecuencia, si bien teóricamente no resultó afectada la vigencia de la norma contenida en el citado artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo –así como en el artículo 489-J de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuyo texto es prácticamente igual al de aquella disposición–, la cual se mantuvo incólume al haber sido desaplicada en el caso concreto mediante el control difuso de la constitucionalidad, en la práctica ello se traduce en que los jueces competentes en la materia se abstendrán de aplicarla, debido a que cualquier sentencia definitivamente firme que la aplique, podrá ser anulada por la Sala Constitucional a través de la revisión constitucional; por tanto, la norma en cuestión devendrá ineficaz.

Como se observa, la Sala Constitucional se ha mostrado reacia a admitir una fuerza obligatoria de *iure* a la jurisprudencia de la Sala de Casación Social, optando primeramente por reproducir, de forma poco fiel, el texto de la norma de la ley adjetiva laboral, asimilándola a la del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y sosteniendo por ende la fuerza disuasiva de sus criterios reiterados; y luego, cuando reproduce cabalmente la norma, entiende que la misma establece la obligatoriedad de la jurisprudencia, advierte que ello contraría la Carta Magna y procede a desaplicarla con carácter vinculante, por control difuso de la constitucionalidad.

²⁹⁹ La propia Sala Constitucional ha aseverado: "(...) el juez que ejerce el control difuso, no anula la norma inconstitucional, haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, sino que se limita a desaplicarla en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley, coliden con la Constitución" (sentencia N° 833 del 25 de mayo de 2001, caso: *Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao*).

6. Consecuencias prácticas de la desaplicación del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo por parte de la Sala Constitucional

La ineficacia de la norma contenida en el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, según lo expuesto *supra*, apareja la aplicabilidad del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil en el proceso laboral –así como en el de protección de niños, niñas y adolescentes–, de modo que los jueces de instancia no estarían obligados a seguir la jurisprudencia de casación establecida en casos análogos, sino tan sólo a procurarlo. Aun en ese supuesto, en que la jurisprudencia está desprovista de fuerza vinculante y únicamente ostenta un carácter persuasivo, la misma cumple a cabalidad su función uniformadora, gracias a la organización piramidal de los tribunales y al sistema recursivo previsto legalmente; por lo tanto, la jurisprudencia de casación conserva su valor orientador, como fuente formal indirecta de Derecho.

En cuanto a la posibilidad de denunciar ante la Sala de Casación Social la falta de seguimiento de su jurisprudencia por parte de los jueces de instancia, es menester distinguir entre los recursos de casación y control de la legalidad. La ineficacia de la norma contenida en el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, conlleva la imposibilidad de denunciar su infracción mediante el recurso de casación, con base en la separación del juez de instancia respecto de la jurisprudencia casacional; ahora bien, es posible preguntarse qué sucede con ese presupuesto de admisibilidad y motivo de procedencia del recurso de control de la legalidad, conteste con lo establecido en el artículo 178 *etiusdem*, el cual regula el recurso de control de la legalidad, visto que la Sala Constitucional no se pronunció sobre éste.

Realmente, al no haber un pronunciamiento expreso acerca de la inconstitucionalidad parcial de la norma contenida en el citado artículo, la consagración del recurso de control de la legalidad se mantiene incólume. Se estaría frente a una situación semejante a la que se pre-

sentó al entrar en vigencia esta última disposición, quedando casi todo el resto del articulado de la Ley sometido a una *vacatio legis* de un año; como se comentó *supra*, durante ese año el justiciable podía denunciar ante la Sala de Casación Social, a través del mencionado recurso, la contravención de su jurisprudencia por parte del juez de instancia, pese a no estar en vigor la norma relativa a la obligatoriedad de seguir la doctrina de casación establecida en casos análogos. Al respecto, es necesario resaltar que no hay una relación indisoluble entre la fuerza vinculante de la jurisprudencia y la posibilidad de denunciar la infracción de ésta ante la Sala de Casación; en este sentido, recuérdese que en España se ha permitido tal delación desde hace más de un siglo, sin que por ello la jurisprudencia deje de tener un carácter disuasorio. Por supuesto, esto suscita una diferenciación importante entre los recursos de casación y de control de la legalidad, al no permitirse en el primero la denuncia de violación de jurisprudencia.

Sin embargo, es interesante el análisis de las decisiones de la Sala de Casación Social, el cual demuestra que, una vez dictada la sentencia N° 1.380 de la Sala Constitucional, el 29 de octubre de 2009, pero antes de su publicación en *Gaceta Oficial*, el 14 de enero de 2010, aquella Sala comenzó a realizar cambios en la motivación de sus decisiones relativas a la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos de control de la legalidad ejercidos²¹⁰; en este sentido, a partir del 12 de noviembre de 2009²¹¹ y sin esgrimir explicación alguna, la Sala de Casación Social eliminó la separación de su jurisprudencia reiterada entre los requisitos de admisibilidad del recurso de control de la legalidad²¹²; no obstante, un estudio

²¹⁰ Se suscita una duda en cuanto a la fecha a partir de la cual surte efectos la desaplicación del artículo *in commento* por control difuso de la constitucionalidad, por cuanto la publicación en *Gaceta Oficial* del fallo de la Sala Constitucional se materializó dos meses y medio después de haber sido dictado.

²¹¹ Decisión N° 1.749 (caso: *José Luis López González contra Kimberly-Clark Venezuela, C.A.*).

²¹² Desde la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la Sala de Casación Social había incluido el apartarse de su jurisprudencia, entre los requisitos de admisibilidad del control de la legalidad, aunque sin considerar de forma expresa que es también un motivo de procedencia de dicho recurso.

exhaustivo de las decisiones de la referida Sala arroja que tal modificación no ha sido uniforme, puesto que en algunos fallos continúa incluyendo la contravención a su jurisprudencia como fundamento del control de la legalidad, suprimiéndola en otros, lo cual depende principalmente del Magistrado ponente²¹³. El asunto no es trivial, por cuanto el eliminar esa mención permite concluir que, conteste con el criterio de esa Sala, el pronunciamiento de la Sala Constitucional sobre la desaplicación con carácter vinculante del artículo 177 de la ley adjetiva laboral afectó de forma automática el contenido del artículo 178 *eiusdem*, criterio que no se comparte. Inclusive, la Sala de Casación Social ha extrapolado tal razonamiento a la materia de protección de niños, niñas y adolescentes, al alterar igualmente el texto del artículo 490 de la Ley especial en la ma-

²¹³ Por una parte, han mantenido una posición constante los Magistrados Omar Mora Díaz y Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, al eliminar la contravención de su jurisprudencia de casación como fundamento del recurso de control de la legalidad, así como el Magistrado Juan Rafael Perdomo, aunque en sentido contrario, esto es, manteniendo invariable la redacción del artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Por el contrario, las ponencias de los Magistrados Alfonso Valbuena Cordero y Carmen Elvigia Porras de Roa muestran vaivenes, porque si bien asumen la modificación en diversas decisiones —de hecho, la ponencia de la citada sentencia N° 1.749 del 12 de noviembre de 2009, fue propuesta por la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa—, la separación respecto de la jurisprudencia de la Sala fue incluida nuevamente entre los fundamentos del recurso de control de la legalidad, entre otras, en las decisiones N° 1.774, 1.775 y 1.777 del 12 de noviembre de 2009 (casos: *Douglas José Lugo Venegas contra Palmaven, S.A.*, *Luis Enrique Di Genaro Mora contra Henkel Venezolana, S.A.*, y *Carlos José Osorio Agelvis y otros contra la Universidad Nacional Experimental del Táchira*, en su orden), y más recientemente, en las decisiones N° 949, 953 y 956 del 5 de agosto de 2010 (casos: *Italo Martínez contra Rowart de Venezuela, S.A.*; *Antonio Pérez y otros contra Híbridos Dalf Services C.A.*; y *Eduardo Felipe Martínez contra Antonio Scillano Gaimari*, respectivamente), o bien en las decisiones N° 973 y 974 del 9 de agosto de 2010 (casos: *Leonardo del Carmen Páez Reyes contra Transporte P & S C.A.* y otras; y *Ríguer Alejandro González Arocha y otros contra Maquivial C.A. y otro*, en su orden).

teria, referido al recurso de control de la legalidad²¹⁴. De acuerdo con la posición asumida por esa Sala de Casación, la separación del juez de instancia respecto de su jurisprudencia tampoco podría delatarse mediante del recurso de control de la legalidad.

Ahora bien, visto que la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Social tiene un importante valor en la comprensión del sentido de las normas legales, por lo que constituye una fuente formal indirecta de Derecho, y, además, los recursos de casación y de control de la legalidad continúan siendo eficaces mecanismos de unificación jurisprudencial, aun cuando no se admita la denuncia de la contravención de la jurisprudencia de esa Sala por parte del juez de instancia, tal apartamiento deberá ser reencauzado a través de la infracción de ley por error de interpretación, conteste con el sentido que aquélla le ha atribuido a la norma legal.

²¹⁴ En las decisiones N° 42 del 12 de febrero de 2010 y 950 del 5 de agosto de ese mismo año (casos: *Annia Mena de Maldonado*, y *Carolina María Sierra Navarro contra Elías de Jesús Heneche Tovar*, en su orden), con ponencias de los Magistrados Omar Mora Díaz y Carmen Elvigia Porras de Roa, respectivamente, se parafrasea el encabezado del artículo 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, pero omitiendo que, según esa disposición, la Sala también podrá conocer del control de la legalidad cuando la sentencia recurrida sea contraria a su reiterada doctrina jurisprudencial. Asimismo, en la decisión N° 972 del 9 de agosto de 2010 (caso: *Yenny Conomoto Galíndez Rojas contra Pedro César Escalona*), con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, si bien se transcribe textual e íntegramente el artículo antes citado, a continuación se precisan las exigencias que según el mismo deben cumplirse para la admisibilidad del recurso, sin mencionar aquélla relativa al distanciamiento de la jurisprudencia de casación.

Conclusiones

El carácter vinculante de las decisiones judiciales para los jueces que deciden un caso posterior caracteriza al sistema jurídico anglosajón, por oposición a aquél de base romanista, en el cual se afronta el problema de la predictibilidad de dichas decisiones, a través del principio de sujeción del juez a la ley.

En este contexto, se discute cuál es el valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho, prevaleciendo entre los autores nacionales, la concepción de ésta como una fuente formal indirecta o fuente material de Derecho, porque ayuda a precisar el sentido de la norma jurídica, sin darle existencia.

Esta idea es trastocada cuando el constituyente de 1999 incluyó, por vez primera en el ordenamiento jurídico venezolano, el efecto vinculante de la jurisprudencia, en un determinado ámbito, a saber, las interpretaciones emanadas de la recién creada Sala Constitucional, sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales. Tal previsión ha sustentado el criterio, doctrinario y jurisprudencial, del reposicionamiento de la jurisprudencia como fuente formal directa de Derecho, aunque ello parece exagerado, por cuanto la actividad de la referida Sala se despliega dentro del ámbito interpretativo, siempre sujeta al marco legal y sin posibilidad de crear normas jurídicas antes inexistentes, de modo que la previsión de la fuerza obligatoria de la jurisprudencia no implica *per se* que ésta se convierta en fuente formal directa de Derecho.

Así como ocurrió con la jurisprudencia constitucional, el legislador patrio previó la fuerza obligatoria de la jurisprudencia, para casos futuros, al establecer en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo el deber de los jueces de instancia de acoger la jurisprudencia de casación establecida en casos análogos, lo cual reprodujo años más tarde, en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

La norma en cuestión fue rápidamente advertida por los autores, al modificar el valor persuasivo conferido por el ordenamiento jurídico

patrio a la jurisprudencia de casación. Entre las críticas de algunos doctrinarios, principalmente por considerar que se afecta la independencia del juez y se limita su capacidad creadora, se ha equiparado el valor de la jurisprudencia de casación laboral –y de protección de niños, niñas y adolescentes– a la constitucional, al afirmarse la recepción de la figura del precedente en esos ámbitos competenciales.

Sin embargo, la Sala Constitucional, obviando el texto de la ley, continuó otorgando un valor meramente disuasivo a la jurisprudencia de casación en materia laboral, pese a estar en vigencia la norma de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo sobre su seguimiento obligatorio; finalmente, al reconocer las palabras y la intención del legislador, determinó que la norma es contraria a la Constitución –en particular, a aquella norma que establece el efecto vinculante de las interpretaciones que realice esa Sala acerca del contenido o alcance de las normas y principios constitucionales–, desaplicándola por control difuso de la constitucionalidad.

Frente a la posición asumida por la Sala Constitucional, reaparece en materia laboral y de protección de niños, niñas y adolescentes, el carácter persuasivo de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social, conteste con la ley procesal común, aunque tal condición no desdice de su función orientadora frente a los jueces de instancia, a fin de lograr la uniformidad jurisprudencial y, con ello, la protección del ordenamiento jurídico.



*Este libro se terminó de imprimir en las
prensas venezolanas de
Organización Gráficas Capriles C.A.
el 28 de Octubre de 2010.
E-mail: ogcapriles@gmail.com*



DONACIÓN

Biblioteca Central TSJ

K11W1789
B6629



N° 0002 D018800039626

