

Introducción a las fuentes del Derecho

Edison Lucio VARELA CÁ CERES*

Pocas cosas pueden causar más daño a la seguridad jurídica que una indefinición inicial de las fuentes utilizables. No solo porque incrementa preterintencionalmente las facultades discrecionales reconocidas a la judicatura, sino también y sobre todo, porque desnaturaliza la misión tuitiva consubstancial al Derecho escrito.

José LOIS ESTÉVEZ

SUMARIO: Introducción 1. Las fuentes del Derecho 2. Clasificación de las fuentes del Derecho 3. Tipos de fuentes del Derecho 3.1. Legislación 3.1.1. Principio de jerarquía normativa 3.1.1.1. Rango constitucional 3.1.1.2. Rango legal 3.1.1.3. Rango sublegal 3.1.2. Órgano y procedimiento en la legislación 3.2. Jurisprudencia 3.2.1. Modelo de precedente 3.2.2. Modelo de doctrina vinculante 3.3. Costumbre jurídica 3.4. Doctrina 4. Las fuentes del Derecho Civil. Conclusión

Introducción

Para este merecido homenaje al profesor José PEÑA SOLÍS se ha querido participar con un opúsculo que trate concisamente el tema de las fuentes del

* **Universidad de Los Andes**, Abogado *Cum laude*. **Universidad Central de Venezuela**, Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia, Profesor Instructor por concurso de oposición de Derecho Civil I Personas. **Universidad Bolivariana de Venezuela**, Profesor de Derecho de Familia. Dedicó este modesto opúsculo al profesor José PEÑA SOLÍS, insigne maestro del Derecho Público en Venezuela, con afecto de discípulo.

Derecho, ello motivado a dos razones: primero, porque la temática representa un aspecto al cual el homenajeador le ha dedicado especial atención –de lo cual dan fe las obras de su autoría que se citan–; y por otra parte, a la sazón que al momento de explicar una determinada parcela del Derecho siempre se requiere comenzar con una lección que aclare el tema de las fuentes del área que se aborda, así ocurre, por ejemplo, en la cátedra de «Derecho Civil I Personas» donde se explican las fuentes del Derecho Civil.

Así, pues, se debe precisar que en este trabajo no se desenvuelven todas las aristas que surgen del tema, que además son en extremo complejas y al cual diversos autores les han dedicado trabajos monográficos de gran valor, sino únicamente se quiere perfilar un bosquejo que sirva de guía para aquellos, principalmente los estudiantes del primer año de la carrera, que deseen tener una idea actual de las diversas fuentes de producción jurídica que rigen en el ordenamiento venezolano.

Aclarado lo anterior, se propone explicar el concepto de fuentes del Derecho, su clasificación, delatar los diferentes tipos normativos resaltando sus aspectos medulares y, finalmente, realizar una referencia a las fuentes del Derecho Civil –téngase en cuenta que, según destaca PEÑA SOLÍS, «las fuentes del Derecho comenzaron y han continuado siendo reguladas por instrumentos de Derecho privado», aunque hoy en día pasan «a integrar el ámbito del Derecho Constitucional»¹–. En fin, se espera, con los anteriores tópicos, que el lector tenga una idea sintética de las instituciones delineadas.

1. Las fuentes del Derecho

El concepto de fuentes del Derecho responde a la idea de cómo se produce el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico. Por tanto, señala DU PASQUIER, «inquirir la fuente de una regla jurídica es buscar el punto por

¹ PEÑA SOLÍS, José: *Las fuentes del Derecho en el marco de la Constitución de 1999*. FUNEDA. Caracas, 2009, pp. 19 y 20.

el cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del Derecho»².

Una norma jurídica tiene su origen en un acto o hecho que le otorga el carácter de obligatoria o, en palabras de BOBBIO, las fuentes responderían a la idea de «aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas»³.

Para PEÑA SOLÍS, «son las categorías formales en las que aparecen integradas las normas jurídicas», que se expresan en «actos normativos –leyes escritas– como hechos normativos –derecho consuetudinario–» y son calificados por «una norma de producción jurídica», «como idóneos para producir normas jurídicas –crearlas, modificarlas o extinguirlas–»⁴.

Su estudio permite al jurista analizar las formas en que se producen y se manifiestan las reglas que integran el Derecho; por lo tanto, no basta con saber que existen las normas jurídicas, pues para determinar si en verdad están dotadas de juridicidad, es decir, si obligan por ser coercibles, hay que proceder al análisis de los diversos aspectos que intervienen en su producción.

Desde el punto de vista pedagógico, para incursionar en el tema de las fuentes del Derecho se ha elaborado por la doctrina una teoría que describe su estructura

² DU PASQUIER, Claude: *Introducción a la teoría general del Derecho y a la filosofía jurídica*. 2ª, Librería Internacional del Perú, S.A. Lima, 1950, p. 69. Refiere, nuestro profesor GONZÁLEZ REINOSA, Javier: «Marco jurídico del ejercicio de la libertad de expresión en Venezuela (1999-2011): Un estudio sobre las fuentes materiales y formales de Derecho». En: *Anuario de Derecho*. N° 29. ULA. Mérida, 2012, p. 100, «las fuentes del Derecho son los actos, el órgano, los fenómenos, entre otros, de ‘dónde emana el Derecho’. Por ello, el estudio de las fuentes del Derecho sitúa al investigador frente al problema de cómo se produce ese conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico».

³ BOBBIO, Norberto: *Teoría general del Derecho*. 3ª, Editorial Temis. Bogotá, 2007, p. 20. Cfr., AGUILÓ REGLA, Josep: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Ariel. Barcelona, 2000, p. 51. DE OTTO, Ignacio: *Derecho Constitucional (sistema de fuentes)*. 2ª, Ariel. Barcelona, 2001, p. 70, «Fuente son los llamados actos normativos, aquellos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la virtualidad de producir una norma jurídica».

⁴ PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Las fuentes del Derecho...*), pp. 21 y 87.

general, pero también ocurre, y de hecho es frecuente, que cada área del ordenamiento jurídico establezca catálogos especiales a través de sus textos legales principales, como se observa, *verbi gratia*, en el Derecho Mercantil, Laboral, Internacional Privado y Civil⁵. Pero, en realidad, tales listas son expresiones didácticas, ya que el «sistema de las fuentes del ordenamiento jurídico» proviene generalmente de las normas constitucionales.

Por otra parte, el conocer el origen de una disposición representa un eslabón importante en la cadena de aplicación del Derecho, aunado a ello está la interpretación, es decir, la actividad mediante la cual se desentraña de la norma, su significado, su contenido concreto⁶. Por tanto, son dos procesos distintos pero convergentes que se requieren para aplicar la norma jurídica a una situación dada.

Lo descrito ha dado pie para que la doctrina efectúe una clasificación de las fuentes según pongan énfasis en uno de los dos anteriores procesos: origen-forma o contenido-materia, a saber:

2. Clasificación de las fuentes del Derecho

Antes de estudiar someramente cada tipo de fuente del Derecho o modelo de manifestación de las normas jurídicas, resulta oportuno indicar que la doctrina ha efectuado diversas ramificaciones con fines de categorización; sin embargo, aquí se considera útil reseñar la distinción entre fuentes materiales

⁵ Vid. artículo 16 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado y artículo 2 del Código Orgánico Tributario.

⁶ LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*. 3ª, Ariel. Barcelona, 1987, p. 50, reseña: «Tarea fundamental del jurista es determinar qué es Derecho en cada caso concreto, qué normas son jurídicas y cuáles no lo son, y también averiguar su contenido. Para ello no se entrega a ninguna investigación filosófica sobre el Derecho en general sino que le basta con aplicar los criterios que cada sistema establece para fijar cómo se producen las normas jurídicas y cómo pueden ser conocidas. Estas formas de manifestación de las normas son lo que se denomina “fuentes del Derecho”».

y fuentes formales⁷. Las primeras se refieren a los aspectos sociológicos, valorativos o justificativos que son componentes necesarios para la creación de una determinada norma jurídica y que fijan su contenido concreto. En palabras de UZCÁTEGUI URDANETA: «Son circunstancias o elementos que integran o inspiran el contenido de las normas jurídicas»⁸. DU PASQUIER apunta como fuentes materiales o reales aquellas «que comprenden el conjunto de fenómenos sociales que contribuyen a formar la sustancia, la materia del Derecho (movimientos ideológicos, necesidades prácticas, etc.)»⁹. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, comenta:

La trascendencia de admitir las fuentes materiales del Derecho como propiamente materia jurídica, supone que el Derecho deje de ser simplemente estructura lógica y se acepta la corriente pluridimensional que contempla lo jurídico a través de los ingredientes que integran su contenido; *verbi gratia*, moral, sociológico, económico, etc. entonces sucede que el Derecho o la norma necesita una realidad existencial que hace referencia a su contenido o fuerza social, teniéndose que dar siempre dentro del grupo social la normatividad, que es la que impone derechos y deberes entre los asociados, a la vez que se da la valiosidad, puesto que todo grupo social para existir ha de realizar ciertos valores¹⁰.

⁷ Distinción que no está libre de polémica, *vid.* AGUILÓ REGLA: ob. cit. (*Teoría general de las fuentes del Derecho...*), pp. 21 y ss. *Vid.* pluralidad de clasificaciones en RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Ciencia y filosofía del Derecho (filosofía, derecho y revolución)*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961, pp. 542 y ss.

⁸ UZCÁTEGUI URDANETA, Mariano: *Principios generales del Derecho*. ULA. Mérida, 2003, p. 395. *Cfr.*, AGUILÓ REGLA: ob. cit. (*Teoría general de las fuentes del Derecho...*), p. 21, las entiende como «los factores sociales –‘reales’ o ideológicos– que explican el surgimiento y el contenido de las normas jurídicas concretas». Por su parte, VERNENGO, Roberto J.: «Fuentes del Derecho y validez en el neo-realismo escandinavo». En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Nº 4. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1984, p. 129, comenta que la pregunta sobre las fuentes materiales «llevaría a indagar por la motivación efectiva que llevó al creador de una norma a producir tal regulación, y no otra, con respecto al mismo ámbito material».

⁹ DU PASQUIER: ob. cit. (*Introducción a la teoría general del Derecho...*), p. 70.

¹⁰ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: «Las fuentes del Derecho». En: *Anuario de la Facultad de Derecho*. Nº 2 (vol. I). ULA. Mérida, 1971, p. 60.

Por su parte, los vocablos «fuentes formales» hacen alusión a los pasos que cumple un determinado órgano o «autoridad»¹¹, para generar como resultado de tal actividad un tipo concreto de norma jurídica. En palabras precisas, atiende a los criterios de órgano y procedimiento necesario para producir como derivación una norma jurídica que se presumirá obligatoria por existir¹².

Así, pues, puede deducirse que el concepto de «fuente del Derecho» no es uniforme, ya que la doctrina tiende a concebirlo con varias acepciones¹³. En todo caso, siguiendo a AGUILÓ REGLA, se logra precisar que las distintas divisiones

¹¹ ORTIZ-ORTIZ, Rafael y NANI TORRES, Mariela: «Las fuentes meta-estatales del Derecho. Hacia una reordenación del ordenamiento jurídico». En: *Filosofía del Derecho y otros temas afines. Libro homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivera*. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2005, pp. 337 y 338, señalan que «esa ‘autoridad’ no solo puede estar representada por los órganos del Estado sino por “otros entes”», por tanto «a la persona a la cual se le atribuye la capacidad o competencia para crear normas jurídicas se denomina “autoridad”», entonces «las normas pueden tener un origen estatal si son formalizadas a través de los mecanismos de expresión del Poder Público en cualquiera de sus ramas; las normas pueden también tener un origen social, es decir, la “autoridad” o “instancia legitimadora” es la misma colectividad actuando colectivamente (costumbre jurídica) o de manera individual».

¹² MONTORO BALLESTEROS, Alberto: «Ideologías y fuentes del Derecho». En: *Revista de Estudios Políticos*. N° 40 (nueva época). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984, p. 63, afirma que una norma, para ser jurídicamente válida, debe ajustarse a una serie de «requisitos formales», donde se destacan: «La norma ha de emanar de un órgano con competencia para crear Derecho», y «La norma ha de elaborarse siguiendo el procedimiento (...) establecido para crear Derecho válido». En síntesis, debe atenderse a órgano y procedimiento lo cual genera un resultado: la norma jurídica. Cfr., RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: art. cit. («Las fuentes del Derecho»), pp. 61 y 62, «Las fuentes formales aluden al procedimiento técnico-jurídico seguido para manifestarse el Derecho» y, parafraseando a Carlos MOUCHET y Ricardo ZORRAQUÍN añade: «en las fuentes formales se da la manifestación exterior de una voluntad dispuesta a crear el Derecho, a dar nacimiento a una nueva norma jurídica. Esta proviene de un acto humano, individual o colectivo, que le da origen, y la hace surgir a la realidad. Para ello la voluntad humana utiliza necesariamente una forma para manifestarse (ley, costumbre, sentencia, negocio jurídico); es esta forma la que se llama fuente del Derecho, lo cual no es otra cosa que el procedimiento, medio o vehículo de exteriorización de la voluntad creadora del orden jurídico».

¹³ FARRELL, Martín D.: «Las fuentes de Derecho en la teoría de Alf Ross». En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 4. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1984, p. 55,

no son contradictorias entre sí, ya que se complementan; ello por ser el Derecho un todo complejo que demanda de diversos panoramas o percepciones para comprenderlo en su suma.

Conforme con lo afirmado, puede demostrarse que las fuentes formales indican cuando un mandato es una norma jurídica objetivamente; ello porque sí el precepto es dictado por un órgano habilitado para crear normas jurídicas y se ha seguido el procedimiento tasado para tal fin, es obvio que el producto de dicha actividad es Derecho, es decir, el resultado es una norma obligatoria.

Un caso puntual permitiría advertir con nitidez lo afirmado: en el ejemplo de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de Justicia de Paz Comunal, según la anterior argumentación, integrarían nuestro sistema jurídico; ello en razón que ha cumplido con el trámite indicado por la Constitución para ser una ley orgánica. Pero lo anterior no agota el tema, ya que podría discutirse su justicia o la eficacia de su contenido, y más exactamente, su constitucionalidad¹⁴. En ese extremo del asunto es donde las fuentes desde su posición material aclaran su conformidad o no y con ello su efectividad no solo como Derecho válido, sino eficaz.

Entonces, lo apuntado es esencial, ya que para el jurista no es suficiente con escudriñar que una regla jurídica existe y es válida, sino que es indispensable saber sí el mandato es «eficaz». Esto último, por ser conforme materialmente con otras normas. Es decir, dentro de un sistema de jerarquía se requiere que toda pauta normativa creada por un órgano autorizado para ello, no contradiga los mandatos superiores y, en consecuencia, pueda ser cumplida por los destinatarios u operadores jurídicos que le dan eficacia. Por otra parte, en un sistema de competencia se requiere, a su vez, que cada norma jurídica no

comenta: «La expresión ‘fuentes del Derecho’ es ambigua y, de acuerdo con el modo en que una teoría determinada la emplee, ella puede designar cosas bien diferentes».

¹⁴ Vid. PELLEGRINO PACERA, Cosimina G.: «Algunos comentarios sobre la (in)constitucionalidad de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 2. Caracas, 2013, pp. 303 y ss.

invada la esfera de otro tipo normativo, si este está definido por el propio Derecho. En fin, todas estas cuestiones se resuelven con un estudio del contenido de las reglas en roce. En palabras de AGUILÓ REGLA:

La validez de las normas puede entenderse como sinónimo de existencia o como sinónimo de legitimidad o corrección. Los juicios de validez como existencia son formales, esto es, independiente del contenido de la norma juzgada, y son el resultado de una relación de jerarquía conceptual entre lo constitutivo y lo constituido. Los otros juicios de validez (validez como legitimidad o corrección) no son formales, esto es, no son independientes del contenido, y son el resultado de una relación de jerarquía normativa¹⁵.

De lo indicado se aprecia cómo a través de los anteriores conceptos –forma y materia– se llega a una integración y no a una contradicción¹⁶.

Ante lo expuesto, la doctrina predominante –y esta no es la excepción– ha centrado sus esfuerzos en desarrollar las fuentes en su visión formal –órgano y procedimiento– y en el resultado de tal actividad –Constitución, ley, reglamento, costumbre, jurisprudencia o doctrina–¹⁷. Pero se es de la opinión que tal orientación no responde, en un todo, a un menosprecio de las fuentes en su visión material, sino en una posición didáctica. Así, por ejemplo, cuando se explica el Derecho Civil «personas», se empieza por estudiar los orígenes de

¹⁵ AGUILÓ REGLA: ob. cit. (*Teoría general de las fuentes del Derecho...*), p. 50 y *passim*.

¹⁶ Para Inocencio COELHO en su opúsculo: «Las fuentes del Derecho en la perspectiva del tridimensionalismo jurídico concreto», reproducido en: PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.: *Instituciones atípicas en el Derecho Privado*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 1985, p. 255, a través de la «teoría de los modelos jurídicos» de REALE, «el jurista puede entonces desprenderse de esas teorías lógicas inadecuadas –como la mencionada dicotomía–, lo cual lo llevaba a suponer, erróneamente, la existencia de dos realidades ontológicas diferentes cuando, en verdad, no pasan de ser dos momentos o aspectos de una única y misma realidad».

¹⁷ FEO LA CRUZ, Manuel: «Fuentes del Derecho y dogmática jurídica». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 51. Universidad de Carabobo. Valencia, 1987, *passim*, opina «un jurista no se va a preocupar por los motivos o razones que tuvo el legislador para promulgar una ley; él, cuando actúa como jurista, solo se va a preocupar de si tal ley está vigente o no. No le preocupa para nada el proceso social que la generó».

las normas jurídicas por sus formas; posteriormente, las instituciones básicas que integran la referida área del Derecho –personalidad, nacimiento, capacidad, derechos de la personalidad, etcétera–, para finalizar con la conjugación de tales conocimientos y así poder plantearse una discusión sobre la eficacia material de determinadas disposiciones que regulan las instituciones en análisis.

Por lo tanto, plantear una discusión sobre el contenido de un precepto y su eficacia material, sin manejar el origen de las diversas normas jurídicas convergentes y sin dominar las instituciones jurídicas que conforman sus contornos, es una insensatez. Pareciera, en conclusión, que sería más adecuado manejar el término «fuente del Derecho» para referirse al aspecto formal del asunto, y relegar el tema «material», que es un análisis sobre el origen del contenido a la interpretación, ya que justamente esta última actividad demanda un examen de lo englobado en la norma jurídica e, incluso, uno de sus métodos, el histórico, se confunde con lo que los autores ejemplifican como fuentes materiales del Derecho¹⁸.

3. Tipos de fuentes del Derecho

Básicamente, los autores hablan de cuatro «modos de expresión del Derecho» o tipos de normas jurídicas según el criterio de órgano y procedimiento o fuente formal; ellos son, a saber: legislativa –Constitución, ley y reglamento–, actividad judicial –jurisprudencia–, práctica social –costumbre jurídica– y los estudios científicos o dogmáticos –doctrina–. Cada una detenta un determinado valor dentro del sistema jurídico; algunas fungen en la actualidad como simples medios de argumentación no vinculantes, cumpliendo en este último supuesto una función coadyuvante en el perfeccionamiento de la ciencia, tal es el caso de la doctrina.

¹⁸ Por lo expuesto, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho Civil I (personas)*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, p. 28, indica: «el concepto tradicional de “fuente” alude generalmente al sentido “formal” del término, esto es a la forma, manera o medio en que nos llega el Derecho, esto es a través de ley, de jurisprudencia o en los países o materias en que se constituye como tal, “la costumbre”».

Por otra parte, se debe aclarar –siguiendo a PEÑA SOLÍS¹⁹– que, además de la pluralidad de fuentes, existe pluralidad de ordenamientos, distinguiendo entre el internacional (*vid.* artículos 23, 152, 154 y 187 N° 18 de la Constitución), el comunitario (Preámbulo y artículo 153 *eiusdem*)²⁰ y el estatal. A su vez, este último se subdivide en nacional, estatal (artículos 162 N° 1, 164 N° 1, 165 y 336 N° 2) y municipal (artículos 181 y 336 N° 2); estableciéndose formas de interacción que originan relaciones de jerarquía, competencia y prevalencia. Empero, aquí solo se van a examinar los tipos de fuentes formales estatales nacionales.

3.1. Legislación

Se entiende por legislación, en su acepción más lata²¹, las normas jurídicas derivadas de un órgano del Estado –con facultades políticas-administrativas, distinta a la jurisdiccional– que tiene potestad de crear disposiciones generales y abstractas²². Siendo así que conformarían este sector las normas identificadas como Constitución, leyes o reglamentos²³. Una posición restringida

¹⁹ PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Las fuentes del Derecho...*), pp. 91 y ss.

²⁰ Sobre las fuentes del Derecho internacional y comunitario véase: ORTIZ-ORTIZ y NANI TORRES: art. cit. («Las fuentes meta-estatales del Derecho...»), pp. 346 y ss.

²¹ *Cfr.*, VILANOVA, José: «Las fuentes del Derecho en la concepción egológica». En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 4. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1984, pp. 80 y 81, indica: «En el concepto amplio de ley como prescripción general entran no solamente las leyes propiamente dicha sino también las de orden constitucional, los reglamentos, decretos de carácter general, ordenanzas, edictos, etc.».

²² CRACOGNA, Dante: «Kelsen y el problema de las fuentes del Derecho». En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 4. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1984, p. 44, parafraseando a KELSEN, señala que este «habla de legislación –entendida como proceso creador de normas generales– y no de ‘ley’ como norma establecida por el legislador». LATORRE: ob. cit. (*Introducción al Derecho*), p. 50, señala por ley «en su sentido amplio como norma escrita y general emanada de un Poder Público y dirigida a regular la conducta de los individuos». Igual acepción seguimos en el texto.

²³ PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Las fuentes del Derecho...*), pp. 94 y 95, destaca que en las últimas décadas han proliferado una categoría de normas sublegales conformadas por instructivos, resoluciones, providencias administrativas, entre otros, que poseen una fuerza normativa desde lo fáctico, ya que son «francamente inconstitucionales». *Cfr.*, PEÑA SOLÍS, José: «Las potestades normativas del Poder Ejecutivo Nacional: Principales

sería la contenida en el artículo 202 de la Constitución, que indica: «La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador»²⁴.

En todo caso, conviene tener presente lo que señala SAVIGNY: «La legislación, sobre todo, por su autoridad exterior, tiene tal preponderancia que induce fácilmente a ser considerada como la única fuente de Derecho, y a no ver en lo demás sino complementos secundarios; error que debe rectificarse, pues el Derecho no existe en su estado normal sino donde reina un armonioso concurso entre estas diversas fuerzas creadoras»²⁵. Ciertamente, como se observará *infra*, en nuestro sistema concurren diversos tipos normativos.

3.1.1. Principio de jerarquía normativa

Se cree útil seguir en este punto la distinción por rangos de los tipos normativos que se sustenta en el «principio de jerarquía normativa». En tal sentido, se estructuraría la legislación en los rangos constitucional, legal y sublegal²⁶, a saber:

problemas que origina su ejercicio». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 134. UCV. Caracas, 2009, pp. 145 y 149.

²⁴ PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Los tipos normativos en la Constitución de 1999*), p. 25, identificaría a esta definición como «jurídica». Por su parte, serían definiciones «políticas» las siguientes: DEL VECCHIO, Giorgio: *Filosofía del Derecho*. 3ª, Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1942, p. 325, «es el pensamiento jurídico deliberado y consiente, expresado por órganos adecuados, que representan la voluntad preponderante de una multitud asociada. La ley es, pues, el pronunciamiento solemne del Derecho, la expresión racional del mismo».

²⁵ VON SAVIGNY, Friedrich Karl: *Sistema del Derecho Romano actual*. Tomo I. F. Gón-gora y Compañía, Editores. Trad. J. MESÍA y M. POLEY. Madrid, 1878, p. 50. *Cfr.*, LACLAU, Martín: «La constitución de la noción de 'fuente de Derecho' en el pensamiento occidental». En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 4. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1984, p. 18, «el Derecho es el conjunto de reglas que gobiernan las relaciones entre los hombres: las leyes son tan solo una de las fuentes de estas reglas y no, precisamente, la más importante»; DU PASQUIER: ob. cit. (*Introducción a la teoría general del Derecho...*), p. 69, «Si como lo creen muchos profanos, el Derecho es simplemente la ley, texto escrito y oficial, el problema de las fuentes sería sencillo: no habría sino que buscar el Derecho en las colecciones de leyes. Pero el Derecho no está por entero en la ley».

²⁶ PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Los tipos normativos en la Constitución de 1999*), p. 48. *Cfr.*, MOLES CAUBET, Antonio: «Lecciones de Derecho Administrativo (parte general)».

3.1.1.1. Rango constitucional

Dentro del sector de la legislación, en su sentido amplio, despunta la Constitución que es calificada por ella misma como «la norma suprema» (artículo 7) y por ello determina –en la mayoría de los supuestos– la forma de producción de las demás normas jurídicas, es decir, establece los órganos y, en algunos casos, los procedimientos de creación de las demás reglas que integran el ordenamiento jurídico²⁷. Es necesario advertir que no existe un monopolio en el tema de la descripción de las fuentes del Derecho en la Constitución, y por ello se postula una «tesis de compatibilidad» con otras normas, como las del Código Civil, siempre que estas últimas no contradigan el Texto Supremo²⁸, tal y como ocurre con las referencias a la ley, los principios generales del Derecho²⁹ o a la costumbre jurídica.

En tal sentido, si se toma la acepción más amplia de legislación, se observa que la mayoría de las normas jurídicas se ubican en dicho sector; de allí que algunos autores buscan organizar las disposiciones conformando bloques: de la constitucionalidad y de la legalidad.

En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 84. UCV. Caracas, 1992, p. 160, «La Constitución indica los grados jerárquicos de las fuentes, estableciendo, debajo de ella misma, dos grados órdenes sucesivos de la legalidad, a saber: las fuentes de rango legal –la ley propiamente dicha y los demás actos equivalentes– y las fuentes de rango sublegal, entre las que se encuentran expresamente mencionados los reglamentos».

²⁷ DE OTTO: ob. cit. (*Derecho Constitucional...*), p. 84, «La Constitución, en efecto, se ocupa extensamente de la ley y de las normas con rango de ley, esto es, los decretos-leyes, los decretos legislativos y los tratados internacionales, cuyos procedimientos de elaboración regula detalladamente además de determinar su posición en el ordenamiento jurídico».

²⁸ Vid. PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Las fuentes del Derecho...*), pp. 98 y ss.

²⁹ Los principios generales del Derecho no presentan complicaciones práctica, ya que ellos encuentran regulación expresa en el Texto Constitucional, en cuanto a los principios sectoriales de determinada área del Derecho o institución, ellos también reciben recepción en las leyes –expresa o implícita–. Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Introducción a los principios generales del Derecho: especial referencia a los principios sectoriales del Derecho Laboral». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 5 (homenaje a Fernando Ignacio PARRA ARANGUREN). Caracas, 2015, pp. 247 y ss. Vid. sobre principios constitucionales PEÑA SOLÍS, José: *Lecciones de Derecho Constitucional general*. Vol. I, Tomo I. UCV. Caracas, 2008, pp. 163 y ss.

Ciertamente, desde hace décadas se viene hablando del «bloque de constitucionalidad» para hacer referencia a todas las normas que tendrían jerarquía suprema además de la propia Constitución, y en un sector inferior se ubicaría el «bloque de legalidad», es decir, todas las normas que tienen jerarquía de ley o rango de ley.

El problema del «bloque de constitucionalidad» es que es muy complejo identificar qué normas jurídicas deben integrar dicho conjunto y, obviamente, bajo qué criterio. En todo caso, se debe aclarar que el concepto es de elaboración doctrinaria y, en nuestro caso, con marcada influencia foránea, lo cual además, añade otras complicaciones, ya que la doctrina francesa no es uniforme con la española, por ejemplo³⁰; lo que a la larga si se sigue una u otra tesis se llegaría a resultados diversos. Conviene comenzar con una definición. Al respecto CASAS FARFÁN señala:

El bloque de constitucionalidad es una técnica jurídica mediante la cual el texto de una Constitución reenvía a otros textos que, por ende, terminan, haciendo parte del mismo cuerpo normativo. Dicho de otra manera: La Constitución no se limita al articulado de la carta política, sino que también incluye una serie de principios, reglas y valores que hacen parte del mismo conjunto, en tanto que hay una remisión a ellos³¹.

Por su parte, RUBIO LLORENTE destaca cuál es el origen de la referida categoría, que ubica en el Derecho francés, resaltando que «la expresión *bloc de constitutionnalité* se utiliza para designar el conjunto de normas que el *Conseil Constitutionnel* aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y de los Reglamentos parlamentarios. Este conjunto (...) está integrado en todo caso por la Constitución y, por remisión del Preámbulo de ésta, la

³⁰ Vid. NIKKEN, Claudia: «Constitución y bloque de la constitucionalidad». En: *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, p. 71.

³¹ CASAS FARFÁN, Luis Francisco: «Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas». En: *Provincia*. Número especial. ULA. Mérida, 2006, p. 176.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente también una declaración de derechos, sobre todo de carácter social. Cuando la norma sometida a control es una ley ordinaria, a ese conjunto se adicionan las leyes orgánicas...»³². De lo anterior se puede deducir que –al menos en sus orígenes– lo que perseguía la doctrina francesa era identificar los instrumentos jurídicos que, por su jerarquía, correspondían tenerse en cuenta para evaluar la constitucionalidad de otros textos de menor rango. Obsérvese que, incluso, cuando se juzga a una ley ordinaria se incluye en el *bloc* a las leyes orgánicas que en su sistema tiene jerarquía superior³³.

Pero RUBIO LLORENTE advierte que la doctrina española le ha dado otro destino que lo aleja de su precursor francés. Entonces, en el modelo español –según la doctrina de dicho país para el momento en que escribe el profesor– el bloque lo integran dos conjuntos de normas: aquellas que tienen por función «la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas» y «un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen» por parte del Tribunal Constitucional³⁴. Las complicaciones conceptuales obligan al autor citado al siguiente corolario:

La expresión *bloc de constitutionnalité* no es, en consecuencia, la denominación de una categoría, sino el enunciado de un problema, y de un problema, además, que no hace referencia alguna, ni de lejos ni de cerca, a la función

³² RUBIO LLORENTE, FRANCISCO: «El bloque de constitucionalidad». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 27. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989, pp. 15 y 16. Cfr., NIKKEN: art. cit. («Constitución y bloque de la constitucionalidad»), p. 71.

³³ Téngase en cuenta que se sigue la posición de PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Los tipos normativos en la Constitución de 1999*), *passim*, que sostiene que a lo interno de los tipos normativos, es decir, entre las diversas tipologías de leyes opera el criterio de «competencia» y no el de «jerarquía». Cfr., DE OTTO: ob. cit. (*Derecho Constitucional...*), p. 91, la «distribución de materias y jerarquía formal son criterios que pueden coexistir en un mismo ordenamiento e incluso en un mismo nivel jerárquico».

³⁴ RUBIO LLORENTE: art. cit. («El bloque de constitucionalidad»), p. 11. Por lo dicho, DE OTTO: ob. cit. (*Derecho Constitucional...*), pp. 94 y 95, afirma: «La existencia de este llamado bloque de la constitucionalidad no es más que el resultado de que la

de delimitación competencial que realizan al menos parte de las normas que entre nosotros se consideran parte del bloque de la constitucionalidad. Resulta por eso sorprendente que se haya apelado a esa «idea» para explicar una realidad, la nuestra, con la que no guarda relación alguna...³⁵.

En cuanto a la posible utilidad práctica de distinguir entre normas del bloque de constitucionalidad y aquellas inferiores se ubica el que «la norma a la que se remite el texto constitucional, en tanto se toma como parte integrante del mismo, vincula al legislador y, por ende, tendrá que ser analizada a la hora de establecer la validez constitucional de una norma de rango inferior a la Carta»³⁶.

La jurisprudencia y la doctrina nacional han hecho uso del referido *nomen iuris* para resolver algunos temas de interpretación, así LEJARZA señala que el mismo está conformado por:

Las disposiciones constitucionales, establecidas como preceptos o normas, los principios y valores que allí se encuentran consagrados, así como las disposiciones del preámbulo de la Constitución. También se entienden como parte integrante del bloque de la constitucionalidad, los tratados y convenio internacionales en materia de derechos humanos, así como los derechos humanos inherentes que no se encuentren expresamente establecidos³⁷.

Por su parte, PEÑA SOLÍS sostiene: «resulta sumamente discutible, en estricta pureza conceptual, que pueda predicarse la existencia de un ‘bloque de la

Constitución haya introducido en la ordenación de las fuentes el criterio de la distribución de materias dando lugar así al fenómeno de las normas interpuestas, esto es, normas a las que la Constitución atribuye la virtualidad de condicionar la creación de otras que, sin embargo, son de su mismo rango».

³⁵ RUBIO LLORENTE: art. cit. («El bloque de constitucionalidad»), p. 18.

³⁶ CASAS FARFÁN: art. cit. («Bloque de constitucionalidad...»), p. 186.

³⁷ LEJARZA, Jacqueline: *El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999*. En: *Revista de Derecho Constitucional*. N° 1. Editorial Sherwood. Caracas, 2000, p. 201. Incluso el autor ha recurrido a dicha doctrina para explicar la institución del nombre civil, *vid.* VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *La modificación del nombre propio en los niños y adolescentes*. UCV. Caracas, 2008, p. 39.

constitucionalidad', como ocurre en Francia y en España, pues la Carta Magna no contempla ninguna fuente que sea equiparable a ella en rango»³⁸. En tal sentido, añade el autor, que aquellos que traen a colación el artículo 23 de la Constitución para hacer referencia a los tratados en materia de derechos humanos que contengan normas más favorables a las constitucionales o legales, confunden «jerarquía» con «prevalencia», error que por demás se origina por la literalidad del propio artículo 23 constitucional. En todo caso, la prevalencia «produce un desplazamiento de la norma de la ley venezolana, para dar lugar a la aplicación preferente de la norma del tratado en materia de derechos humanos, manteniendo la primera su vigencia. O sea, que la prevalencia no conduce a la nulidad de la norma desplazada»³⁹. Por cierto, que cuando el examen es de la norma del tratado con relación a la Constitución tampoco se puede sostener que la primera tiene superioridad, sino que ocurre una aplicación delegada por la Constitución, ya que es ella la que ordena que su texto sea complementado con el tratado, sin que este llegue a derogarla, ni siquiera a equipararla en jerarquía. Pareciera esta última tesis más coherente desde el punto de vista sistemático, si se pondera que la Constitución es autodefinida como una norma suprema, sobre la cual, lógicamente, no puede existir supremacía (artículo 7).

Para cerrar este punto, es oportuno recordar a GARCÍA DE ENTERRÍA, quien sostenía:

No es posible en el plano técnico, simplemente, manejar el ordenamiento, aun para resolver un problema menor, sin considerar a dicho ordenamiento como una unidad y, por tanto, sin la referencia constante a la Constitución, cabeza y clave del mismo (...) la Constitución es el contexto necesario de

³⁸ PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Las fuentes del Derecho...*), pp. 102 y 103. Para RUIZ REGIFO, Hoover Wadith: «El ocaso de la noción de bloque de constitucionalidad y su incidencia procesal penal con el derecho de defensa». En: *Abogacía y Derecho: gestión de conflictos jurídicos*. Ediciones ONBC. Ariel MANTECÓN RAMOS, director. La Habana, 2015, p. 152, «el tal bloque no es tan bloque. Un bloque semánticamente se caracteriza por ser homogéneo. De tal suerte que la idea de un todo constitucional al referirse que las normas internacionales están integradas, resulta en la realidad cuestionada».

³⁹ PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Las fuentes del Derecho...*), pp. 104 y 141.

todas las leyes y de todas las normas y que, por consiguiente, sin considerarla expresamente no puede siquiera interpretarse el precepto más simple⁴⁰.

3.1.1.2. Rango legal

En lo que respecta al denominado «rango legal», lo integran diversas expresiones modificativas del ordenamiento jurídico que tienen jerarquía de ley y que emanan de órganos legislativos o gubernamentales⁴¹. Se incluirían, en primer orden, las leyes, ya sean que se identifique como ordinarias, orgánicas⁴², habilitantes y de bases; los reglamentos parlamentarios, así como los decretos con fuerza de ley dictados por el Ejecutivo según una ley habilitante⁴³, los decretos de estado de excepción y de restricción de garantías⁴⁴; y también se debería añadir aquí por su jerarquía a los referendos abrogatorios⁴⁵.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª, Editorial Civitas. Madrid, 2001, p. 19.

⁴¹ Vid. PEÑA SOLÍS, José: «El concepto de ley, fuerza, rango y valor de la ley en la Constitución de 1999». En: *Revista de Derecho*. N° 2. TSJ. Caracas, 2000, pp. 137 y ss.

⁴² Vid. AGUILAR GORRONDONA, José Luis: «Las leyes orgánicas en la Constitución de 1961». En: *Estudios sobre la Constitución: Libro homenaje a Rafael Caldera*. Tomo III. UCV. Caracas, 1979, pp. 1957 y ss. donde se explica la naturaleza de dicha tipología. Cfr., CABALLERO ORTIZ, Jesús: *Las leyes orgánicas*. El Guay. Caracas, 1999, pp. 11 y ss.; DELGADO OCANDO, José Manuel: *Estudios de Filosofía del Derecho*. TSJ. Caracas, 2003, p. 489; PEÑA SOLÍS, José: «Análisis crítico de la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre las leyes orgánicas y los decretos leyes orgánicos». En: *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*. Vol. II. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, pp. 375 y ss.

⁴³ Vid. PEÑA SOLÍS, José: «Dos nuevos tipos de leyes en la Constitución de 1999: leyes habilitantes y leyes bases». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 119. UCV. Caracas, 2000, pp. 79 y ss.

⁴⁴ Vid. PEÑA COLMENARES, Nélica: «Excursus histórico sobre los estados de excepción en Venezuela». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 5 (homenaje a Fernando Ignacio PARRA ARANGUREN). Caracas, 2015, pp. 415 y ss. Véase en este mismo ejemplar: PEÑA COLMENARES, Nélica: «Los controles sobre los decretos declaratorios de los estados de excepción (a propósito de los Decretos dictados en agosto y septiembre de 2015)», *passim*; RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: «Los estados de excepción en el Derecho venezolano», *passim*.

⁴⁵ Para PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Las fuentes del Derecho...*), pp. 154 y 155, «luce lógico pensar que este tipo de referendos tenga fuerza de ley» ello en razón que «su único

Subraya PORTALIS: «El oficio de la ley es el de fijar, con amplitud, de miras, las máximas generales del Derecho; establecer principio fecundos en consecuencia, y no el de descender al detalle de las cuestiones que pueden nacer sobre cada materia»⁴⁶. Ciertamente, como recuerda PEÑA SOLÍS, «el concepto de ley que nace con la Revolución francesa tiene como núcleo esencial la generalidad, el cual va a funcionar como un axioma durante mucho tiempo»⁴⁷.

En cuanto a cada una de las leyes, PEÑA SOLÍS explica su objeto partiendo de un criterio material, el cual es clave para distinguir la competencia de cada tipo normativo y así resolver los eventuales conflictos que surjan entre ellos. Concretamente expone:

... resulta claro que el objeto de las leyes habilitantes es transferir, conforme a determinadas condiciones establecidas en la Constitución la potestad legislativa al presidente de la República en Consejo de Ministro (...) este tipo normativo única y exclusivamente puede regular la delegación legislativa, y que además cobra mayor nitidez, debido a un factor complementario constituido por el procedimiento agravado –mayoría calificada– que rige su sanción parlamentaria; que el objeto de las leyes orgánicas está constituido

efecto es innovar inmediatamente el ordenamiento jurídico, en virtud de que el instrumento normativo sometido al referendo pierde su vigencia de manera parcial o total, una vez que el Consejo Nacional declara su validez, de tal manera que deja de pertenecer al sistema normativo, lo que indudablemente produce una modificación, y a la postre una innovación en dicho sistema».

⁴⁶ PORTALIS, Jean Etienne Marie: *Discurso preliminar al Código Civil francés*. Editorial Civitas. Trad. I. CREMADES y L. GUTIERREZ-MASSON. Madrid, 1997, pp. 36 y 48, añade: «Corresponde a las leyes sentar, en cada materia, las reglas fundamentales y determinar las formas esenciales», por su parte «Los detalles de aplicación, las cautelas provisorias o contingentes, los objetivos pasajeros o variables, en una palabra, todas aquellas cosas que reclaman mucho más la vigilancia de la autoridad que administra que la intervención del poder que instituye o crea, son de la incumbencia de los reglamentos».

⁴⁷ PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Los tipos normativos en la Constitución de 1999*), p. 29. Cfr., RUBIO LLORENTE, Francisco: «Parlamento y ley». En: *Anuario Jurídico de La Rioja*. N° 1. Universidad de La Rioja. La Rioja, 1995, p. 17, «La ley es general porque se aplica por igual a todos, pero también porque expresa la voluntad de todos, o más exactamente, la voluntad de la comunidad».

por un conjunto de materias, en virtud de la importancia que le atribuye el constituyente, reservada a ese tipo normativo, objeto que también resulta precisado por el procedimiento agravado –fase de admisión, mayoría calificada y control *a priori* de su carácter orgánico por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia– que rige su aprobación. El objeto de las leyes bases aparece muy bien contorneado constitucionalmente, dado que está constituido por un conjunto de materias que son atribuida como competencias concurrentes por la Constitución a los estados y al poder nacional, las cuales deben ser reguladas mediante el establecimiento de los correspondientes marcos o bases; y el objeto de las leyes ordinarias está constituido por el ámbito residual de las materias de competencia nacional que resulta de sustraer a todo el universo de las materias que entran en la esfera de competencia de la Asamblea Nacional, aquellas específicamente reservadas a las leyes habilitantes, orgánicas y de bases⁴⁸.

Como se observa, este rango está conformado por diversos instrumentos, unos denominados con propiedad «leyes» y otros que, si bien poseen variadas denominaciones, materialmente tienen valor de ley, y por ello se equiparan en rango a estas. Dicha diversidad ocasiona, obviamente, conflictos entre ellas, los cuales son solventados a través de los criterios de interpretación, como lo son la competencia y la jerarquía, pero tal asunto escapa de las intenciones de este trabajo y por ello se remite a la bibliografía que se cita en este epígrafe.

3.1.1.3. Rango sublegal

Aquí se ubicarían principalmente los reglamentos, los cuales también se pueden subdividir, según el órgano de donde emanen; así la mayoría de los reglamentos son dictados por el presidente de la República en Consejo de Ministros (artículo 236 N° 10 de la Constitución y artículos 89 y ss. del Decreto de Ley Orgánica de la Administración Pública), pero junto a los anteriores se sumarían los reglamentos de leyes electorales que corresponden al Consejo Nacional Electoral (artículo 293 N° 1 de la Constitución y artículo 33 N° 29 de la Ley Orgánica del Poder Electoral) y los reglamentos de leyes sobre armas, municiones

⁴⁸ PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Los tipos normativos en la Constitución de 1999*), pp. 57 y 58.

y explosivos que corresponde a las Fuerzas Armadas (artículo 324 de la Carta Magna)⁴⁹.

PEÑA SOLÍS comenta que «en el Derecho continental la noción de reglamento aparece inexcusablemente asociada, tanto desde el punto de vista histórico como conceptual, a instrumento normativo subordinado a la ley»⁵⁰; «motivo por el cual no puede pretender dicha normación ni modificarla ni derogarla, so pena de nulidad»⁵¹.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, «es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley, obra de la Administración. Como todos los productos administrativos, el reglamento es una norma necesitada de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justiciable por el juez»⁵².

3.1.2. Órgano y procedimiento en la legislación

Como se recordará, se pretende hacer énfasis en el aspecto formal que origina como resultado un precepto jurídico. Así pues, resulta importante recalcar que el órgano de donde brota este tipo de normas es un ente del Estado investido de autoridad política-administrativa para tal fin –se ha añadido el calificativo de «política» para diferenciarlos de los órganos judiciales⁵³. Este

⁴⁹ Cfr. PEÑA SOLÍS: ob. cit. («Las potestades normativas del Poder Ejecutivo Nacional...»), p. 133.

⁵⁰ PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Los tipos normativos en la Constitución de 1999*), p. 24.

⁵¹ PEÑA SOLÍS: ob. cit. («Las potestades normativas del Poder Ejecutivo Nacional...»), p. 139.

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 10ª, Editorial Civitas. Madrid, 2001, p. 178.

⁵³ Vale la pena recordar lo que señala BREWER-CARÍAS, Allan R.: «La impugnación de los actos administrativos de registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa». En: *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*. UCV. Caracas, 1975, pp. 430-432, «el hecho de que exista separación orgánica ‘de poderes’ no implica que cada uno de los órganos que los ejercen tenga necesariamente, el ejercicio exclusivo de ciertas funciones (...) En efecto, la función legislativa en el Estado contemporáneo es aquella actividad estatal que se manifiesta en la creación, modificación o extinción

puede tener diferentes manifestaciones según su resultado, pero en todos los casos siempre será un ente que está autorizado por una disposición superior para la creación, es más puede ser que la elaboración de normas sea su única o principal función, tal es el caso de la Asamblea Nacional Constituyente⁵⁴ o la Asamblea Nacional, ello para los casos de las normas denominadas Constitución o leyes en sentido estricto.

Se debe resaltar que las normas jurídicas incorporadas al ordenamiento a través de la legislación son el resultado de un procedimiento específico y distinto según su jerarquía: Constitución, leyes, actos equiparables o reglamento; el cual se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico, siendo que su análisis en detalle escapa de las pretensiones de este opúsculo.

Ya para finalizar este apartado, conviene puntualizar que aunque en la mayoría de los casos el examen formal de un instrumento legislativo es innecesario, en razón que para su puesta en vigencia se cumplen perfectamente los pasos de creación y además su emanación es por un órgano idóneo, existen recientes ejemplos donde justamente unos de los puntos a debatir es el formal. Tal serían los casos de la denominada: «Ley del Plan de la Patria 2013-2019» o del «Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil», veamos:

Para el primer ejemplo, se debe indicar que la Asamblea Nacional aprobó un instrumento denominado: «Acuerdo mediante el cual se aprueba en todas sus partes y para que surta efecto jurídico, y sea de obligatorio cumplimiento en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, las Líneas Generales del Plan de la Patria, Proyecto Nacional Simón Bolívar, Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019»⁵⁵.

de normas jurídicas de validez general. La función legislativa del Estado, en esta forma, si bien se atribuye como función propia a los órganos que ejercen el Poder Legislativo, es decir, a las Cámaras Legislativas, se realiza también por otros órganos del Poder Público».

⁵⁴ *Vid.* artículo 347 de la Constitución.

⁵⁵ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.118 extraordinario, de 04-12-13.

A partir de entonces, dicho texto ha sido identificado por algunos órganos del Estado como «ley»; sin embargo, es evidente que para su elaboración no se cumplieron con los pasos establecidos en la Constitución para ser una ley, y la verdad del asunto es que fue aprobado por el órgano legislativo en el ejercicio de sus funciones de control político (artículo 187 N° 8 de la Constitución), mas no en ejercicio de sus atribuciones legislativas. Por lo que es obligatorio concluir que el referido «Plan de la Patria» no es una ley de la República, ni un acto de expresión normativa, sino un acto administrativo de ejecución de la Constitución, concordante con las leyes sobre planificación⁵⁶.

Por su parte, en relación con el denominado «Reglamento N° 1 Ley Orgánica de Registro Civil»⁵⁷, se observa que el mismo fue dictado por el Consejo Nacional Electoral y la materia que desarrolla es de carácter civil, concretamente referente a los derechos a la identidad y a poseer documentos probatorios sobre el estado civil de las personas. La anterior materia no puede ser objeto de reglamentación por el Consejo Nacional Electoral, sino por el Ejecutivo. Recuérdese que la excepción de la Constitución se limita únicamente a los reglamentos sobre leyes electorales y no puede extenderse a leyes que toquen otros asuntos, aunque estos competan al Consejo Nacional Electoral. Es por lo indicado que el referido instrumento es identificarlo como Resolución N° 121220-0656. Alguna doctrina

⁵⁶ Aquí se juzga posible aplicar la doctrina que sobre la distinción entre los términos «rango de ley» y «valor de ley» hace PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Los tipos normativos en la Constitución de 1999*), pp. 46 y 47, así *mutatis mutandis*, «cuando se intenta introducir en el sistema de fuentes del Derecho, un acto como la referida aprobación de un contrato de interés público por la Asamblea Nacional, pues es obvio que esa introducción resulta improcedente, porque dicho acto no ocupa ninguna posición en el sistema de fuentes, y tampoco puede relacionarse con los actos normativos que integran dicho rango. En cambio, sí es posible postular que tiene valor de ley, porque su constitucionalidad solo puede ser cuestionada por ante la Sala Constitucional». Cfr., RUBIO LLORENTE: art. cit. («El bloque de constitucionalidad»), p. 33, «se asigna al término valor, como cualidad propia de aquellas normas cuyo control de validez está reservada a la jurisdicción constitucional». En síntesis el «plan de desarrollo económico y social de la Nación» aprobado por la Asamblea Nacional no tiene rango de ley, pero sí puede ser objeto de juicio de constitucionalidad por la Sala Constitucional, lo que en doctrina se identifica como valor de ley.

⁵⁷ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40.093, de 18-01-13.

podría identificarlo con un reglamento independiente o autónomo, pero recuérdese que sobre ellos se discute su constitucionalidad⁵⁸.

En síntesis, integran el sector de la legislación en su acepción amplia: la Constitución, las leyes –ordinarias, orgánicas, habilitantes y de bases–, los decretos con fuerza de ley, los de estado de excepción y de restricción de garantías⁵⁹, los referendos abrogatorios y los reglamentos.

3.2. *Jurisprudencia*

Cabe indicar que el vocablo «jurisprudencia» posee en la doctrina diversas acepciones, así se ha asociado a dos ideas distintas –aunque no necesariamente opuestas–: la primera, relacionada a la noción de ciencia del Derecho⁶⁰, y la que aquí nos convoca, como actividad jurisdiccional productora de normas jurídicas, es decir, como fuente del Derecho.

Conviene destacar entonces que el órgano que aquí se analiza es el jurisdiccional, es decir, aquel al cual el ordenamiento jurídico autoriza para administrar justicia, función que descansa en el juez, quien en el devenir de un proceso judicial a través de su decisión o sentencia aplica el Derecho, pero, a su vez, puede implicar una actividad normativa, o en palabras simples, una función de creación de normas jurídicas, siendo esto último el *quid* del asunto.

Fundamentalmente, el procedimiento de creación normativa en el presente caso se puede centrar en dos sistemas, que pueden variar según las familias

⁵⁸ PEÑA SOLÍS: art. cit. («Las potestades normativas del Poder Ejecutivo Nacional...»), pp. 144 y ss.

⁵⁹ RONDÓN DE SANSÓ: art. cit. («Los estados de excepción...»), *passim*.

⁶⁰ SANOJO, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano*. Tomo I. Imprenta Nacional. Caracas, 1873, pp. 9 y 10, reseña que la palabra «trae su origen de la frase latina *juris prudentia*, que significa conocimiento del Derecho», así pues «la verdadera definición de la jurisprudencia y la generalmente adoptada en el día, es la ciencia que tiene por objeto conocer, entender y aplicar rectamente las leyes», aunque no olvida que «Tomase también la jurisprudencia por la manera en que un tribunal o los tribunales de un país o la generalidad de los autores clásicos entienden y aplican constantemente la ley».

de Derecho⁶¹, en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico podríamos denominarlos: modelo de precedente y modelo de doctrina vinculante⁶².

3.2.1. Modelo de precedente

En aquellos ordenamientos jurídicos donde opera esta forma de producción de normas jurídicas se exige que un determinado asunto sea interpretado de forma constante por distintos tribunales superiores y ello condiciona a otros juzgados –de menor graduación o de instancia– a seguir la referida interpretación, al punto que tal criterio se considera obligatorio. Ello ocurre, por ejemplo, en el sistema de los Estados Unidos y un caso emblemático lo representó la famosa sentencia *MARBURY vs. MADISON* que creo Derecho para la época⁶³.

Empero, el modelo norteamericano no opera en propiedad en nuestro ordenamiento por cuanto aquí se permite que un juez de instancia se aparte del precedente que haya fijado la respectiva Sala de Casación⁶⁴, lo que, en otras

⁶¹ AGUILÓ REGLA: ob. cit. (*Teoría general de las fuentes del Derecho...*), p. 113, refiere: «puede hablarse de dos modelos básicos de incorporación de normas de origen judicial al Derecho objetivo», así diferencia «al modelo de precedente (propio de los sistemas jurídicos del *common law*) y al modelo de la jurisprudencia (característico de los sistemas del *civil law*)». Entonces, se distingue entre decisiones judiciales que son vinculantes o persuasivas. Cfr., 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*. TSJ. Caracas, 2010, p. 19 y *passim*. Por su parte, PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Las fuentes del Derecho...*), p. 167, contrasta entre jurisprudencia ordinaria –doctrina reiterada de los tribunales al interpretar y aplicar la ley, que es inadecuada para innovar el ordenamiento jurídico y por ello no es fuente del Derecho en Venezuela– y jurisprudencia constitucional.

⁶² Huelga subrayar que estas denominaciones se efectúan con fines didácticos, ya que sobre el asunto la doctrina no es uniforme.

⁶³ Vid. sobre el precedente *MARBURY vs. MADISON*: PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Las fuentes del Derecho...*), p. 113; JOHNSON, Gerald W.: *La Suprema Corte*. Editorial Índice. Buenos Aires, 1962, pp. 53 y ss.

⁶⁴ CALAMANDREI, Piero: *Demasiados abogados*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Trad. José XIRAU. Buenos Aires, 1960, p. 130, al respecto expone que a la Corte de Casación «se atribuyó una función absolutamente distinta de la de los jueces inferiores, puesto que debía ejercitar una especie de tutela jurídica sobre los demás, con el intento de impedir que la unidad del Derecho y la igualdad de todos los ciudadanos

palabras, implica que puede perfectamente abandonar el tratamiento diuturno o desconocerlo, ya que no estaría obligado a ceñirse a tal posición reiterada; teniendo, en conclusión, un carácter meramente persuasivo⁶⁵.

Al respecto, el Código adjetivo exhorta a seguir la jurisprudencia de casación por los tribunales de instancia, pero tal actividad no pasa de una mera insinuación sin la existencia de una vinculación que llegue a comprenderse en el sentido de que el precedente sea obligatorio⁶⁶. Específicamente, el Código de Procedimiento Civil expresa:

ante las leyes resultase de hecho frustradas por la existencia de distintas interpretaciones dadas por tribunales distintos a una misma norma jurídica». *Cfr.*, CALAMANDREI, Piero: *Casación civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Trad. S. SANTÍ MELENDO y M. AYERRA REDÍN. Buenos Aires, 1959.

⁶⁵ *Cfr.*, GONZÁLEZ REINOSA: art. cit. («Marco jurídico del ejercicio de la libertad de expresión...»), p. 122, «En Venezuela, la jurisprudencia no es fuente de normas generales. Si bien una sentencia puede ser invocada para otro caso similar, ello no obliga al juez a seguir la misma doctrina. Lo anterior quiere decir que la sentencia no es vinculante, porque los magistrados no se encuentran obligados a aceptar como última palabra la doctrina y los principios contenidos en las sentencias anteriores, ni siquiera las sentencias propias». Para CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «La costumbre, la jurisprudencia y la equidad en el nuevo título preliminar del Código Civil español». En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. N° 5. Madrid, 1977, pp. 405 y ss., «la jurisprudencia del Tribunal Supremo continuará teniendo una eficacia subordinada a las fuentes propiamente tales en razón de que su doctrina no tiene ningún carácter vinculante» (parafraseado por Juana MARTÍNEZ LEDEZMA, en: *Boletín del Instituto de Derecho Privado*. N°s 25-26. UCV. Caracas, 1981, p. 99). En cambio, como resalta CUETO RÚA, Julio Cesar: «Las fuentes del Derecho en el *common law*». En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 4. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1984, p. 123, «El *common law* es un Derecho de factura judicial».

⁶⁶ Como destaca FARRELL: art. cit. («Las fuentes de Derecho en la teoría de Alf Ross»), p. 65, «El hecho de que en un caso anterior de carácter similar se haya elegido una cierta regla como fundamento de la decisión, constituye un fuerte motivo para que el juez funde la decisión presente en la misma regla». *Cfr.*, CSJ/SCC, sent. de 05-04-72, «Por tanto, a los jueces les es dado en los casos futuros, no seguir la doctrina de Casación, sin que por ello pudiera tildárseles de rebelde, pero corriendo el riesgo de que la Corte en ese nuevo caso reitere su jurisprudencia y case el fallo para que éste se ajuste a los principios que dejó sentados en el juicio precedente y que sigue considerando como una interpretación correcta de la norma legal», citada en DUQUE SÁNCHEZ, José

Artículo 321.- Los jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia⁶⁷.

Entonces, según señala COUTURE, la jurisprudencia –bajo este modelo– sería «el conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, emitida con ocasión de los juicios sometidos a su resolución, las cuales, aun no teniendo fuerza obligatoria, se imponen por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del que emanen»⁶⁸.

A este respecto, PEÑA SOLÍS resalta que debe tenerse bien en cuenta que no toda decisión judicial o sentencia es jurisprudencia «ordinaria», en los términos antes expuestos, ya que únicamente lo será «su parte motiva»⁶⁹ y aquellos

Román: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Tomo IV. Magon. Caracas, 1981, p. 48. Lo anterior resalta el carácter altamente seductor de las decisiones judiciales, pero ello cómo se indicó no llega a ser vinculante en nuestro sistema.

⁶⁷ El Código Civil español indica al respecto: «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» (artículo 1 N° 6). Recuerda CHIOSSONE, Tulio: «El poder, la ley y la justicia». En: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. N°s 99-100. Caracas, 1956, p. 175, «Administrar justicia es aplicar el derecho a los hechos probados, que es función de los jueces naturales ordinarios; pero defender la ley del error o la arbitrariedad o de la ignorancia, sin otro objetivo que mantener incólume el significado propio de la ley, es función esencial de la casación».

⁶⁸ Citado en BOZA SCOTTO: ob. cit. (*El valor de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social...*), p. 33.

⁶⁹ Ha señalado la Corte Constitucional colombiana sobre la parte motiva de la sentencia, lo siguiente: «constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas del Derecho en general», y añade: «solo tendrán fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente sobre ella», fallo citado en PLAZAS VEGA, Mauricio A.: *Del realismo al trialismo jurídico (reflexiones sobre el contenido del Derecho y la formación de los juristas)*. Editorial Temis. Bogotá, 1998, p. 19.

«fallos judiciales que revisten algún grado de uniformidad y constancia», es decir, que forme un precedente judicial pacífico y consolidado. Así, también, advierte que debe reservarse la calificación de «jurisprudencia» a los dictámenes que emanen de «los máximos órganos judiciales», que son precisamente los que permiten establecer una «uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley», fin proyectado por el Código de Procedimiento Civil⁷⁰.

En conclusión, como sostiene BRICE: «la jurisprudencia no es fuente obligatoria de Derecho, pues la doctrina que establece los fallos de los tribunales, no tiene efectos coercitivos; desde luego que, en países como el nuestro, a diferencia del Derecho angloamericano, su función es simplemente ejemplificar para los casos que no sean los del proceso sentenciado, no podrá negarse la considerable importancia que la caracteriza, especialmente para trazarle vías a seguir al legislador cuando se trate de sancionar nuevas leyes; es, pues, una fuente alimenticia del Derecho»⁷¹.

3.2.2. Modelo de doctrina vinculante

Ahora bien, la producción normativa de los órganos jurisdiccionales puede originarse de manera directa, sin necesidad de formar precedente diuturno y pacífico, cuando una norma jurídica atribuye concretas funciones normativas al órgano judicial, como sería lo señalado por el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que expresa lo siguiente:

Artículo 335.- El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación

⁷⁰ PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo (adaptado a la Constitución de 1999)*. Vol. I. TSJ. Caracas, 2006, pp. 677 y 678. Recuerda POLANCO ALCÁNTARA, Tomás: *Tres ángulos del Derecho*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982, p. 93, que cuando se incorporó por primera vez en nuestro sistema la Corte de Casación se estableció, entre sus atribuciones, «mantener la unidad en la legislación patria con prácticas uniformes y permanentes que constituyan Derecho consuetudinario».

⁷¹ BRICE, Ángel Francisco: *Lecciones de procedimiento civil*. Tomo III. s/e. Caracas, 1967, p. 29.

y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

PEÑA SOLÍS, después de examinar los artículos 335 y 336 de la Constitución, concluye que es «indiscutible que la jurisprudencia constitucional es una verdadera fuente del Derecho, pues ha quedado demostrado que tanto la sentencia de inconstitucionalidad, como la sentencia interpretativa innovan el ordenamiento jurídico venezolano»⁷².

Entonces, la disposición 335 reproducida y el artículo 336 que fijan las atribuciones de la Sala Constitucional, han dado pie para que se afirme su facultad normativa o la potestad para establecer normas jurídicas vinculantes a través de las interpretaciones que sobre la Constitución efectúe la referida Sala en el ejercicio de dichas atribuciones, lo cual abre un abanico de interrogantes, concretamente referidas a la jerarquía de tales interpretaciones, sus límites materiales⁷³, las formas de modificar una interpretación anteriormente

⁷² PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Las fuentes del Derecho...*), p. 165.

⁷³ Vid. JOHNSON: ob. cit. (*La Suprema Corte*), pp. 16 y 17, quien indicó categóricamente «la Suprema Corte de Estados Unidos es el tronco fundamental del sistema de justicia norteamericano, de manera que la idea de que es algo aparte, que poco o nada tiene que ver con el pueblo, es totalmente falsa. Está tan cerca de nosotros, que si cayera en manos de malvados o insensatos, nuestra libertad estaría en peligro, nuestra propiedad correría sus riesgos, y no estaríamos seguros ni de proteger nuestras propias vidas». Por lo anterior, GARCÍA-PELAYO recomendó en relación con el perfil de los magistrados del Tribunal Supremo que «Todos los jueces deben ser juristas y en su escogencia no deben predominar intereses políticos», citado en POLANCO ALCÁNTARA: ob. cit. (*Tres ángulos del Derecho*), p. 98. Lo que nos recuerda las palabras sabias de COSTA, Joaquín: *La vida del Derecho (ensayo sobre el Derecho consuetudinario)*. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, 1976, pp. 8 y 9, «No se da movimiento político siquiera sea el más absurdo y contrario a razón, que se atreva a proclamar la soberanía del privilegio o de la fuerza, y que no se haga preceder, por el contrario, de la bandera del Derecho, ya la sustente al amparo de la legitimidad, ya la tome como vil instrumento que cohoneste la bajeza de la empresa, ora se abriguen bajo sus pliegues intenciones siniestras, ora se persigan a su sombra honrados propósitos». Empero, no corresponde aquí abundar sobre el «modelo del juez ideal».

declarada vinculante⁷⁴, el rango de las decisiones de la Sala Constitucional⁷⁵, entre otras aristas que superan los propósitos de estas líneas.

⁷⁴ Vid. TSJ/SC, sent. N° 365, de 10-05-10, exp. N° 09-0458, donde señala que en materia de revisión constitucional «... la Sala no está atada a un precedente de la misma para el caso concreto, pues pudiera reexaminarse un criterio anterior de la Sala ante nuevas solicitudes de revisión que conlleven nuevos o distintos alegatos aun cuando exista cosa juzgada al respecto, pudiendo estimarlas o rechazarlas; pues el precedente invocado por las partes no puede funcionar *stricto sensu* con la eficacia persuasiva del precedente judicial, toda vez que cada caso será decidido en atención al análisis de los valores jurídicos que rodean una situación concreta; aceptar lo contrario conllevaría una suerte de petrificación de la potestad que le ha sido otorgada a la Sala Constitucional mediante la revisión. Ciertamente, la doctrina del precedente supone la vinculación a la *ratio decidendi*; pero tratándose de la Sala Constitucional cuya potestad revisora se asemeja al *right of certiorari*, es concluyente afirmar que se admite la desvinculación al precedente que se le invoca, pues como se ha señalado, la Sala Constitucional en tanto intérprete supremo de la Constitución no tiene por qué estar obligada por la fuerza persuasiva de un criterio adoptado anteriormente en revisión respecto a un caso que aun cuando se alega es idéntico a otro previamente decidido, efectivamente no lo es; pues las situaciones jurídicas que se consideraron para resolver un caso concreto sometido primeramente a la consideración de la Sala, pudieron haber variado o presentar una diferencia o impacto social relevante con el caso cuya solución ha sido invocada. Desde esta perspectiva, la eficacia persuasiva de las decisiones dictadas en materia de revisión constitucional no vincula a la propia Sala Constitucional para resolver un caso similar a otro previamente sometido a su consideración en revisión, pues la función del juez constitucional en este supuesto está sometida al imperio de la Constitución y no al precedente judicial invocado, más aún cuando este precedente invocado no responde de manera exacta al caso concreto ni su impacto social es similar; lo contrario implicaría ante la invocación de situaciones jurídicas aparentemente similares, una suerte de anclaje de la potestad revisora de la Sala; cuando por su propia naturaleza el ejercicio de una potestad es impredecible». VON SAVIGNY: ob. cit. (*Sistema del Derecho Romano actual*), t. I., p. 77, señala sobre la vinculación de un tribunal a sus propias decisiones lo siguiente: «Así se ha dicho que un tribunal, cuando ha pronunciado muchas decisiones uniformes, se encuentra ligado por ellas y obligado a seguir la misma regla en lo sucesivo. Esta aserción tiene su lado verdadero, pues los juicios anteriores de un tribunal constituyen una autoridad para el mismo, y es más digno y útil seguirlos que modificarlos ligeramente. Aquí, como en todas las costumbres, rige la ley de continuidad, de cuyos efectos he hablado. Pero, si un examen serio y profundo viene a descubrir argumentos hasta entonces desconocidos, no podrá ser censurado el abandono de la regla ni debe oponerse a este cambio, como barrera insuperable, una regla cuyo origen es semejante al de la nueva». Sobre

Uno de los asuntos más debatido es el rol de la Sala Constitucional con el ejercicio de esta facultad de constreñir a las demás Salas y tribunales a seguir sus criterios por tener fuerza de doctrina obligatoria, y los posibles abusos que se pueden cometer a través de la referida actividad. Sobre ello se han elevado diversas críticas y reservas a ese «poder» que la propia Sala Constitucional no duda en autocalificar de «omnímodo»⁷⁶.

En todo caso, como destaca adecuadamente CANOVA GONZÁLEZ, la Sala Constitucional «no tiene un monopolio en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas y principios constitucionales, ni para juzgar la inconstitucionalidad que aqueja a todos los actos generales o particulares, públicos o privados», añadiendo en relación con la facultad denominada por la propia Sala como «jurisdicción normativa», que se traduce en la suerte de actividad legislativa, que

la técnica del *certiorari* véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Principio de legalidad, estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 10. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984, p. 46 y *passim*, donde se perfilan las pautas para su aplicación; y AHUMADA RUIZ, María Ángeles: «El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 41. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994, pp. 89 y ss.

⁷⁵ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO: «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 16. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986, pp. 110 y 111, «Fuera de toda cuestión está, por último, el valor normativo de las sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente en los procedimientos de inconstitucionalidad y en los conflictos de competencia (...) las normas resultantes de la jurisprudencia del (...) Tribunal Constitucional no pueden ser aniquiladas por el legislador, no cabe hablar, sin embargo, tampoco, de la jurisprudencia constitucional como una fuente autónoma del Derecho y carece, por tanto, de sentido ver en ella una fuente superior a la propia ley. Solo, en efecto, a partir de una interpretación constitucional y operando sobre preceptos legales ya existentes puede el Tribunal Constitucional hacer surgir normas cuyo rango es, porque ése es el material con el que están construidas, equivalente al de la ley».

⁷⁶ *Vid.* la doctrina que se cita en nuestro artículo: «La última sentencia de divorcio de la Sala Constitucional (comentarios a la sentencia N° 693, de fecha 2 de junio de 2015)». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 6 (Homenaje a Arturo Luis TORRES-RIVERO). Caracas, 2016, pp. 147 y ss.

se adjudica sin ningún rubor y que va más allá de una actividad interpretativa. Concretamente: «Este poder de legislar del que se ha apropiado la Sala Constitucional es, simple y llanamente, un invento tan absurdo y contradictorio que, en el campo del Derecho, y frente a un análisis jurídico rigurosos, tiene (...) pocas posibilidades de sobrevivir»⁷⁷.

No obstante, se aprecia que el fenómeno no es exclusivo, ya que existen experiencias foráneas; concretamente NIETO advierte en relación con el Tribunal Constitucional español que tal órgano jurisdiccional «... está haciendo cada día algo que va mucho más allá de la simple interpretación constitucional. La jurisprudencia de valores, que habitualmente maneja, es una creación constitucional auténtica. Forzado quizá por la notoria incomplicidad del texto de 1978, el Tribunal se ha erigido en una fuente constitucional de primer orden»⁷⁸, y ZAFRA VALVERDE ve un gran peligro en esta función de interpretación constitucional, ello debido al hecho que «un órgano estatal la tome a su cargo con pretensiones más o menos monopolísticas y pueda llegar en la práctica a imponer con voz inapelable los resultados de una excesiva discrecionalidad exegética. Ese órgano se beneficiaría entonces de una imprudente concentración de soberanía política, lo cual sería nocivo para ese diálogo político equilibrador que es muchas veces el medio menos inconveniente de solucionar las dificultades de las fórmulas constitucionales»⁷⁹.

Ahora bien, el asunto ofrece la ocasión para indicar que la facultad antes descrita, ha recibido una extensión a otras áreas distinta a la constitucional, en

⁷⁷ CANOVA GONZÁLEZ, Antonio: «Contratiempos de una Constitución en la Esquina de Dos Pilitas». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 134. UCV. Caracas, 2009, p. 173.

⁷⁸ NIETO, Alejandro: «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional». En: *Revista de Administración Pública*. N°s 100-102. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983, p. 374. Igualmente puede consultarse con provecho el excelente trabajo de GARRO, Alejandro M.: «Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las lecciones del Derecho comparado». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 24. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988, pp. 95 y ss.

⁷⁹ ZAFRA VALVERDE, José: «La interpretación de las constituciones». En: *Revista de Estudios Políticos*. N° 180. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1971, p. 57.

este caso por medio de una legislación «ambiciosa», tal sería el caso que operaría para la Sala de Casación Social sobre asuntos relativos al Derecho de la Niñez, concretamente para los temas donde exista «doctrina judicial» de la referida Sala análoga al fondo debatido (artículos 489-J y 490, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), o en materia laboral (artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en conexión con el artículo 178 *eiusdem* referente al recurso de legalidad)⁸⁰. Así sobre la obligatoriedad de la doctrina laboral de la Sala de Casación Social, la Sala Constitucional ha indicado lo siguiente:

... 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

⁸⁰ Vid. TSJ/SC, sent. N° 1380, de 29-10-09, exp. N° 08-1148, donde se falla con «carácter vinculante», lo que sigue: «... el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es contrario a lo dispuesto en el artículo 335 de la Carta Magna 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 contenidos en la Constitución y en resguardo de la seguridad jurídica y del principio de confianza legítima», en especial véase el voto salvado del magistrado RONDÓN HAAZ. Vid. HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar: «Crítica al carácter vinculante de la doctrina de la Sala Casación Social». En: *Derecho del Trabajo*. N° 1. Fundación Universitas. Barquisimeto, 2005, pp. 333 y ss. Vid. TSJ/SC, sent. N° 1264, de 01-10-13, exp. N° 2010-0093, según la cual se anuló el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo por considerar que es contrario al artículo 335 de la Constitución, pues la referida disposición «... fue más allá del diseño del Estado de Derecho y de Justicia implantado en nuestra Carta Magna, al imponer la obligación a los jueces de la jurisdicción laboral de interpretar disposiciones normativas de carácter legal, en detrimento del principio de autonomía e independencia del juez para adoptar la decisión más acertada en un caso concreto, atendiendo las circunstancias que rodean al mismo, además de los principios de legalidad, equidad y justicia, puesto que el juez solo está vinculado al ordenamiento jurídico y a la interpretación que de forma autónoma realice de ese ordenamiento (primer párrafo del artículo 253 constitucional). Aunque ello no obsta para que los jueces de instancia acojan la doctrina de casación establecida en casos análogos, atendiendo la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia».

particulares del caso *sub iudice*, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, deben procurar acoger para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. Por ello, la doctrina de casación, sin ser fuente formal del Derecho, en virtud de que sienta principios susceptibles de generalización, cuya desaplicación puede acarrear que la decisión proferida en contrario sea casada, se constituye en factor fundamental para resolver la *litis* y, en los casos en que dicha doctrina establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdaderas normas generales...⁸¹.

⁸¹ TSJ/SC, sent. N° 401, de 19-03-04, exp. N° 03-0893; ratificada en la sent. N° 31, de 30-01-09, exp. N° 08-0733, por citar únicamente algún fallo. Obviamente, por la fecha de las decisiones, la Sala Constitucional no reflexiona sobre el artículo 16 literal f, de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras que establece como fuente de esta área: «La jurisprudencia en materia laboral». Cabe indicar a título de mero comentario, que tanto el anteproyecto de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo como el de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes –aprobado con la reforma de 2007–, fueron presentados por el Tribunal Supremo de Justicia a través de su Sala de Casación Social, lo que ilustra la intención de conferirse dicha facultad, aunque obviamente ambos proyectos sufrieron modificaciones por el Parlamento en diversos puntos. *Vid.* PERDOMO, Juan Rafael (coord.): *Proyecto de Reforma Procesal de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. TSJ. Caracas, 2005. Igualmente puede consultarse: TSJ/SPA, sent. N° 705, de 18-06-08, donde se sostiene: «las decisiones y los criterios jurisprudenciales emanados de esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, son de obligatoria aplicación para los restantes órganos judiciales que componen la jurisdicción contencioso-administrativa y tributaria, ello a fin de mantener la unidad de la jurisprudencia que en esta materia corresponde regular a esta Máxima Instancia como cúspide de dicha jurisdicción, evitándose así interpretaciones o trámites aislados por parte de tales tribunales, que pudieran ir en detrimento de la seguridad jurídica y la estabilidad de los juicios, lo cual debe ser garantizado por todos los órganos de administración de justicia». *Cfr.*, BOZA SCOTTO: *ob. cit.* (*El valor de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social...*), p. 49.

Con lo dicho hasta aquí, puede concluirse que en el sistema jurídico venezolano, tiene fuerza vinculante el modelo que se ha denominado de «doctrina vinculante», solamente para el caso de la Sala Constitucional y según los extremos de las normas delegante (artículo 335, en concordancia con el artículo 336, ambos de la Carta Magna)⁸². Para las demás Salas se hablará de un modelo de «precedente» con carácter persuasivo, es decir, no obligatorio; por lo expuesto sus resoluciones así sean reiteradas no vinculan a otros operadores, o, al menos, eso es lo que se desprende de la anterior sentencia.

De modo, pues, que la jurisprudencia puede tener dos manifestaciones concretas: la que los autores han denominado modelo de «precedente» que no reviste el carácter de fuente del Derecho, pero que podría originar la revisión del fallo que se dicte en contradicción a tal jurisprudencia y, en otro estribo, el llamado modelo de «doctrina vinculante» –conocido en otros sistemas como doctrina *stare decisis*⁸³–, este último en el ordenamiento jurídico patrio no exigiría que su contenido sea pacífico, reiterado o continuo, sino la sola decisión de la Sala Constitucional es obligatoria si cumple los extremos exigidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁸⁴, a saber:

⁸² La justificación de este modelo para LATORRE: ob. cit. (*Introducción al Derecho*), p. 53, se advierte en la supremacía del Texto Fundamental, de ahí que «opiniones autorizadas» afirmen que, al ser el Tribunal Constitucional un órgano especializado e interprete supremo de la Constitución, sus decisiones son «fuentes del Derecho inferiores en rango solamente a la misma Constitución».

⁸³ Comenta BOZA SCOTTO: ob. cit. (*El valor de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social...*), p. 23, que la doctrina *stare decisis et alter quieta non movere*, expresa: «estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto».

⁸⁴ Valga entonces lo dicho para traer a colación el fenómeno descrito por PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Manual de Derecho Administrativo...*), Vol. I., p. 681, según el cual «el abogado está más preocupado por transcribir un fallo anterior, independientemente de su calidad o de si realmente contiene alguna doctrina, que de tratar de encontrar la *ratio* de la norma que le sirve de fundamento a su acción, y que los jueces inferiores de los aludidos órganos judiciales, la más veces se limitan a transcribir mecánicamente “jurisprudencia”, sin atreverse sobre la base del citado principio constitucional de la independencia y autonomía judicial, a contrariar cualquier sentencia de esos máximos Tribunales». Como hemos dicho en otra oportunidad, tal actitud manifiesta un despropósito que ataca el derecho a una justicia imparcial y objetiva, y convierte a los

i. Que emane de la Sala Constitucional en su función como órgano de administración de justicia; ii. siempre que la parte motiva de la sentencia que se considere vinculante por corresponder a los razonamientos para decidir interprete normas y principios constitucionales; adicionalmente se requiere que se cumpla los requisitos de forma; iii. que el texto del fallo declare que dicha jurisprudencia se considera vinculante; y iv. que la referida decisión sea publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* o en la *Gaceta Judicial de la República Bolivariana de Venezuela*, a los fines que se le dé difusión y pueda ser conocida por los obligados (artículos 32 y 126 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

Por último, se quiere destacar que la labor de la jurisprudencia no se restringe a los aspectos aludidos con la anterior bifurcación; la sola actividad de dictar una sentencia genera por sí misma «doctrina científica» que debe ponderarse según los límites que se desarrollaran *infra* (epígrafe 3.4.). Únicamente, digamos por ahora, que la jurisprudencia es un elemento esencial para justificar la soluciones concretas que el jurista ofrece a un determinado asunto y de allí su importancia. En este contexto, LATORRE comenta:

La labor de los tribunales (...) no se ha limitado, no podía limitarse, a la aplicación mecánica de las leyes, sino que las han interpretado y adaptado con gran flexibilidad a las cambiantes necesidades sociales y a la infinita variedad de los problemas prácticos que la realidad plantea día a día. Para el jurista, la jurisprudencia tiene tanta importancia como la ley, y sin ella no puede conocerse la auténtica fisonomía de un Derecho⁸⁵.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA, destaca el rol del juez al cual se le asigna un papel central en el sistema:

Un Estado de Derecho entendido como Estado de Justicia, sin un aparato judicial capaz de concretar ésta, para imponerla como una realidad social

que así actúan en científicos del «corte y pega», donde únicamente se limitan hacer el *mutatis mutandis* y eso eventualmente.

⁸⁵ LATORRE: ob. cit. (*Introducción al Derecho*), p. 66.

efectiva, sería una burla y, finalmente, una fuente de grave frustración (...) de modo que el juez ha ganado responsabilidades capitales, que le apartan definitivamente de su viejo papel de aplicador mecánico y rutinario de las leyes, entendidas como simples reglas externas (...) Es previsible, pues, además de obligado, a nuestro juicio, que nuestros tribunales evolucionen hacia una apreciación superior de los valores materiales del Derecho, dejando atrás el procedimentalismo y el leguleyismo a que han solido tender con demasiada frecuencia...⁸⁶.

3.3. *Costumbre jurídica*

La doctrina reiteradamente ha sostenido que para que esta fuente de manifestación de las normas tenga carácter jurídico, requiere de dos condiciones esenciales, a saber: la repetición constante y reiterada de un comportamiento y la convicción de que responden a una necesidad jurídica y, por tanto, es obligatorio.

Ahora bien, como las fuentes desde su perspectiva formal demandan destacar el órgano y el procedimiento seguido para la producción de la norma jurídica, en el presente caso se aprecia que el ente productor es difuso, en el sentido de que el mismo no se encuentra determinado con precisión, sino que resulta de un comportamiento colectivo que imprime a su actuación juridicidad; ello al considerarse que la conducta evidenciada por la reiteración es de obligatorio

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA: art. cit. («Principio de legalidad...»), pp. 23 y 24 y ss. el autor añade sobre el correcto valor de la jurisprudencia ordinaria: «Una ley concreta podrá entenderse inaplicable por la eventual entrada en juego de otra ley, o por su derogación expresa o implícita, o por su reducción técnica a supuestos distintos, pero nunca porque el juez pueda erigirse en superior a ella, y desde cualquier valor, por eminente que sea, si no son los valores de la Constitución o de otras leyes, pretenda erigirse en puerta de su efectividad. La efectividad de la ley no necesita del *placet* de los jueces», entonces: «Es evidente que no puede admitirse tal carácter de fuente para oponerse frontalmente a la efectividad de una ley (...) el juez no puede oponer ninguna legitimación superior. No cabe, pues, una jurisprudencia *contra legem*. Puede, no obstante, jugar un papel *praeter legem* y *secundum legem* (...) La jurisprudencia será el vehículo de tales fuentes subsidiarias (...) la materia normativa procederá de la costumbre y de los principios, pero la forma la imprime, indudablemente, la jurisprudencia que los aplica».

cumplimiento por todos los sujetos que se encuentren en el supuesto de hecho establecido por la norma así creada.

Lo dicho, si bien responde al criterio formal de las fuentes, no es del todo satisfactorio, ya que para identificar cuando existe una norma jurídica originada por la costumbre se requiere a la par un examen material o de contenido de la regla de conducta que se aspira a considerar jurídica. Así, siguiendo a AGUILÓ REGLA, se estima que lo antes descrito de la costumbre desde una posición formal es lo mismo que aplicaría a las normas «sociales» o convencionalismos, siendo que la diferencia es la «obligatoriedad», y esta cualidad no se intuye en los requisitos de repetición y convicción⁸⁷; por lo anterior, el autor citado añade dos elementos, que en palabras exactas, serían: «toda costumbre jurídica le subyace un juicio de relevancia jurídica fundado en la idea de coherencia normativa»⁸⁸.

Entonces, según la anterior afirmación, la distinción entre la costumbre «social» y la «jurídica» está determinada por la relevancia y coherencia normativa. Sobre el primer punto, si la conducta normada genera un interés digno de tutela, ya sea porque puede ocasionar una disminución patrimonial o moral, o representaría una ventaja legítima, se puede sostener que es relevante y, por tanto, obviamente jurídica; en su defecto, es simplemente un convencionalismo. En otros términos, la conducta hipotética que se regula a través de la costumbre debe implicar una facultad o un deber para los sujetos intervinientes dentro de una relación para ser considerada jurídica⁸⁹.

⁸⁷ Cfr., FARRELL: art. cit. («Las fuentes de Derecho en la teoría de Alf Ross»), p. 69, quien igualmente subraya que la persuasión de que la reiteración es obligatoria «Por una parte, es difícil comprobar en forma objetiva, y por la otra, no es una característica exclusiva de la costumbre jurídica, puesto que la sensación de obligatoriedad puede hallarse presente en simples convencionalismos sociales».

⁸⁸ AGUILÓ REGLA: ob. cit. (*Teoría general de las fuentes del Derecho...*), p. 93.

⁸⁹ Como lo sostiene FARRELL: art. cit. («Las fuentes de Derecho en la teoría de Alf Ross»), p. 70, «Entonces, una costumbre jurídica es —simplemente— una costumbre que rige en una esfera que está (o llega a estar) sometida a regulación jurídica»; lo que no es otra cosa que hablar de relevancia jurídica. También, VILANOVA: art. cit. («Las fuentes del Derecho en la concepción egológica»), pp. 83 y 84, observa este elemento,

Para apreciar la coherencia, es oportuno recurrir a una distinción tradicional que ha realizado la dogmática jurídica clasificando la costumbre en: *contra legem* –contraria a la ley–, *secundum legem* –según la ley– y *praeter legem* –al margen de la ley–.

Pues bien, una práctica social no puede llegar a configurar una norma jurídica si es contraria a la ley, por lo que en este caso se descarta como fuente de normas jurídicas (artículo 7 del Código Civil). La costumbre, según la ley, es simplemente un medio de remisión, por lo que no demuestra inconvenientes justificadores, ya que es la misma ley la que determina su relevancia y coherencia normativa⁹⁰. Por último, en el caso de la costumbre *praeter legem* es donde se exige comprobar la relevancia y el juicio de coherencia, es decir, esta resulta ser la verdadera fuente de Derecho, y para ser tal se necesita verificar, por un lado, que esta conducta reiterada, considerada por los sujetos como imperativa, es en realidad obligatoria debido a que es relevante para el Derecho y, además, posee coherencia o conformidad con el sistema normativo, en el sentido que la costumbre no contradice el ordenamiento jurídico⁹¹, sino que lo integra o complementa en determinado escenario que demanda regulación⁹². Como corolario, señala AGUILÓ REGLA, que verificar la existencia de una costumbre jurídica implica:

aunque lo denomina «sentido jurídico», específicamente expone: «la costumbre se constituye por la repetición de acciones particulares provistas de sentido, cuando y solamente cuando tales acciones caen bajo una descripción común específica y tienen el mismo sentido jurídico» y este último no hace más que destacar la calificación jurídica.

⁹⁰ Vid. artículos 550, 596, 684, 701, 1160, 1477, 1532, 1584, 1612, 1628 y 1726 del Código Civil. Aquí la discusión podría corresponder a la manera de probar el uso o práctica social, pero una vez que este quede evidenciado engendrará una norma obligatoria, ya que, como se indicó, es la propia ley la que le da el carácter de imperativo.

⁹¹ CRACOGNA, Dante: «Valor actual de la costumbre como fuente del Derecho en los países de tradición romanista». En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 5. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1985, p. 264, comenta al respecto «es como si la costumbre actuara en los resquicios que el legislador no ha penetrado y cuando éste lo hace desplaza irremediadamente a aquélla».

⁹² Comenta PEÑA SOLÍS: ob. cit. (*Las fuentes del Derecho...*), p. 117, refiriéndose a otro asunto, pero que es aplicable a lo aquí dicho, que el principio de coherencia «implica la ausencia de antinomias y conflictos internormativos», el cual se determinaría al momento de aplicar la costumbre que se aspira jurídica.

... en primer lugar, que nos encontramos ante una regla social, lo que supone mostrar la concurrencia del *usus* y de la *opinio*. En segundo lugar, que dicha regla social no es inconsistente con otras normas jurídicas. Y en tercer lugar, deberá mostrar que es relevante para el Derecho. Lo que supone mostrar que el contenido de la regla social se refiere a una relación jurídica, esto es, a una relación ya constituida como jurídica por el Derecho y que es coherente con los principios y valores que trata de proteger el propio Derecho⁹³.

En fin, la intensidad de esta fuente dependerá de cada sistema jurídico y de sus criterios de jerarquía entre normas, así en la mayoría de los ordenamientos que pertenecen a la familia del Derecho continental o *civil law*, la legislación posee preponderancia como manera de manifestar las actividades normativas o de regular las conductas, permitiéndose subsidiariamente⁹⁴ que las normas creadas por medio de la costumbre jurídica puedan tener valor en determinadas áreas, como expresamente indica nuestro ordenamiento para el

⁹³ AGUILÓ REGLA: ob. cit. (*Teoría general de las fuentes del Derecho...*), p. 97. Esta posición coincide con lo que al respecto establece la «doctrina de la apariencia jurídica» que se usa para explicar, por ejemplo, la protección del tercero adquirente de buena fe (artículos 436, 794, 1162, 1001, 1182, 1287, 1551, 1710 y 1755 del Código Civil), en este caso como comenta URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Estudio de Derecho Inmobiliario-Registral*. 3ª, UCAB. Caracas, 2010, pp. 80 y ss., parafraseando a José BUSTO PUECHE, se exigen los siguientes presupuesto de procedencia: «i. un requisito objetivo o material, que alude a la situación de hecho o fáctica en que se apoya el tercero o persona beneficiada por la apariencia; ii. un requisito subjetivo o psicológico, que alude al estado personal de quien invoca en su favor la apariencia; iii. un requisito formal, que se refiere al negocio jurídico realizado, cuando se trata de adquisición de un bien o derecho; iv. un requisito negativo, con el que se quiere significar que el ordenamiento no haya excluido expresamente la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica»; véase también: FALZEA, Angelo: «El principio jurídico de la apariencia». En: *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. N° 59. PUCP. Lima, 2006, pp. 177 y ss. Como se observa los requisitos para la procedencia de la teoría de la apariencia jurídica coincide con los que se reclama para que una costumbre sea obligatoria, esto es: *usus*, *opinio*, relevancia y coherencia.

⁹⁴ BRICE: ob. cit. (*Lecciones de procedimiento civil*), p. 16, «La virtud creadora de la costumbre no es absoluta, sino para el supuesto de silencio de la Ley».

Derecho Mercantil⁹⁵ o el Laboral⁹⁶, pero ello no es obstáculo para que opere en otros sectores⁹⁷.

En todo caso, cada día es más difícil encontrar supuestos donde se haya consolidado una costumbre jurídica, ello en razón que continuamente se están incorporando nuevas reglas jurídicas al sistema por parte del legislador, las que, por ejemplo, van llenando los vacíos surgidos por los adelantos tecnológicos.

3.4. Doctrina

Esta es la producción científica realizada por los juristas que coadyuvan en el proceso de creación, interpretación y aplicación del Derecho. Para GONZÁLEZ REINOSA, «La doctrina tiene como función formular y aclarar conceptos, así como proponer categorías e instituciones jurídicas»⁹⁸. A la misma, un sector le otorga un carácter meramente histórico, en el entendido que algunos jurisconsultos

⁹⁵ Señala el Código de Comercio en su artículo 9: «Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por el espacio de tiempo que apreciarán prudentemente los jueces de comercio». *Cfr.*, RUBIO LLORENTE: art. cit. («El procedimiento legislativo en España...»), p. 110, «Como es evidente, se trata, pues, de una fuente claramente subordinada y de muy infrecuente uso, salvo tal vez en el ámbito del Derecho Mercantil»; CRACOGNA: art. cit. («Valor actual de la costumbre...»), p. 269, sobre la costumbre en el Derecho Mercantil, «se ha sostenido –y con razón– que se trata de una rama más dinámica y cambiante, por lo que la evolución espontánea del comportamiento influye más decisivamente en la formación de sus normas».

⁹⁶ *Vid.* artículo 16 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras que indica: «Las fuentes de Derecho del Trabajo son las siguientes: (...) e. Los usos y costumbres en cuanto no sean contrarias a las normas imperativas de carácter constitucional y legal». En todo caso, téngase en cuenta que según indicara COSTA: ob. cit. (*La vida del Derecho...*), p. 20, los términos «usos» y «costumbres» son sinónimos.

⁹⁷ Por ejemplo en Derecho Administrativo. Así PEÑA SOLÍS: ob. cit. («Las potestades normativas del Poder Ejecutivo Nacional...»), p. 145, recuerda que en relación a los «reglamentos independientes o autónomos», en Francia algún sector de la doctrina justifica su existencia «en la costumbre o en la práctica administrativa».

⁹⁸ GONZÁLEZ REINOSA: art. cit. («Marco jurídico del ejercicio de la libertad de expresión...»), p. 123.

romanos, por su prestigio, recibieron grandes honores y, entre esas dignidades, el de considerar obligatorias sus respuestas o soluciones a los casos particulares, tal fue su importancia y relieve que extractos de sus opiniones fueron recogidos como normas jurídicas en la compilación realizada por Justiniano y que ha llegado a la actualidad bajo el nombre de *Corpus Iuris Civilis*⁹⁹.

De lo anterior se extrae que se le endose un carácter persuasivo a esta fuente, como hace LATORRE, que en palabras llanas, indica: «deriva del valor intrínseco de los argumentos que cada jurista emplee y no de ninguna disposición legal. Sería, sin embargo, un error, partiendo de ese dato exacto, desconocer la importancia práctica que tiene hoy la doctrina», en fin «La doctrina científica ha jugado, de modo análogo a la que hemos visto en la jurisprudencia, una función compensadora frente a las peculiaridades de cada sistema jurídico»¹⁰⁰.

Para AGUILÓ REGLA, «la utilidad de la dogmática radica en que su labor consiste precisamente en suministrar razones para resolver casos concretos más allá de las estrictamente suministradas por el Derecho explícito»¹⁰¹. Ciertamente, recuerda LACLAU: «Así los trabajos doctrinarios serán utilizados comúnmente por los funcionarios encargados de aplicar el Derecho, quienes suelen seguirlos, no tanto por razones de comodidad, sino por la certeza que deriva de decisiones inspiradas en autores de reconocida autoridad científica»¹⁰².

⁹⁹ En Roma, se manifestó a través de los jurisconsultos dotados de *ius respondendi ex auctoritate principes* y el catalogado «tribunal de los muertos». Hoy se observa con incertidumbre que la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras en su artículo 16 literal h, habla dentro de las fuentes del Derecho Laboral del «ideario Bolivariano, Zamorano y Robinsoniano», no se sabe si bajo el mismo espíritu.

¹⁰⁰ LATORRE: ob. cit. (*Introducción al Derecho*), pp. 67 y 68.

¹⁰¹ AGUILÓ REGLA: ob. cit. (*Teoría general de las fuentes del Derecho...*), p. 131. Cfr., NIETO, Alejandro: «La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo». En: *Revista de Administración Pública*. N° 37. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1962, p. 77, «Es misión de la doctrina, como de la jurisprudencia, abrir nuevos caminos no solo a la aplicación del Derecho, sino incluso a la legislación, y en este campo específico han de hacerse los mayores esfuerzos posibles para ampliar hasta el máximo las garantías de los individuos».

¹⁰² LACLAU: art. cit. («La constitución de la noción de 'fuente de Derecho'...»), p. 35.

Como corolario se debe afirmar que, si bien los estudios científicos del Derecho no son obligatorios¹⁰³, sí representa una herramienta fundamental para los operadores jurídicos, pues suministra justificaciones y argumentos a las diferentes tesis que sobre las normas jurídicas se pueden extraer según el enfoque hermenéutico a que se recurra. De allí que diversos entes –universidades, academias, colegios de abogados, institutos públicos, organizaciones privadas, etcétera– promuevan los estudios científicos del Derecho para el mejoramiento de la cultura jurídica y el crecimiento de la ciencia jurídica.

4. Las fuentes del Derecho Civil

Como se indicó *supra*, las fuentes de un ordenamiento pueden tener matices según el área del Derecho a examinar, lo que implica que no existe uniformidad dominante en este tema, aunque valga aclarar que en términos generales las variaciones son sutiles. Entonces conviene indicar cuáles son las particularidades que presentan las fuentes en el Derecho Civil venezolano.

En el Derecho Civil, las conductas están reguladas fundamentalmente por la legislación en su sentido amplio, es decir, a través de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Civil, las demás leyes especiales y los reglamentos¹⁰⁴.

La principal discusión se centra en la costumbre jurídica y su carácter de fuente del Derecho Civil¹⁰⁵; así, recapitulando lo afirmado en el apartado anterior,

¹⁰³ COELHO sostiene, siguiendo a REALE, que «toda fuente del Derecho implica una estructura de poder», de la cual carece la doctrina y de allí su exclusión [vid. su trabajo en: PEYRANO y CHIAPPINI: ob. cit. (*Instituciones atípicas en el Derecho Privado*), pp. 252 y 253].

¹⁰⁴ AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil I (personas)*. 13ª, UCAB. Caracas, 1997, p. 30, comenta: «en nuestra opinión, la ley es la única fuente formal directa de nuestro Derecho Civil vigente». Cfr., POLES DE GRACIOTTI, Annalisa *et alter*: *Manual de Derecho Civil: Personas*. 2ª, Fundación para el Desarrollo y Estudio del Derecho. San Cristóbal, 2013, p. 9;

¹⁰⁵ Recuerda DE MARTINO, Francesco: *Individualismo y Derecho Romano privado*. Universidad Externado de Colombia. Trad. Fernando HINESTROSA. Bogotá, 1978, pp. 15 y 31,

se puede indicar que expresamente el Código Civil –que representa como es sabido el Derecho común– determina que no tiene valor normativo la costumbre «contra ley». Lo anterior permite colegir que si la intención hubiera sido negar todo valor a la costumbre jurídica se hubiera indicado claramente; no obstante, el legislador enseña como prohibición solamente la «costumbre o práctica en contrario», por lo dicho en lo relativo a la costumbre según la ley, fórmula de remisión normativa a disposiciones derivadas de la práctica o usos, no se evidencia discusión, debido a que es la misma legislación la que establece su aplicación conforme, como complemento para regular determinada actividad¹⁰⁶.

En lo relativo a la costumbre *praeter legem* –al margen de la ley–, ella tiene un valor vinculante, si cumple con los extremos de procedencia que anteriormente se han examinados, de relevancia y coherencia¹⁰⁷. *Verbigracia*, era una práctica común en materia de uniones estables de hecho el evidenciar el nexo familiar a través de una «constancia de concubinato» emitida por las prefecturas o jefaturas civiles, a los efectos de ejercer determinados derechos que requerían de la comprobación del vínculo entre los convivientes. A tales fines,

que «En todos los estadios primitivos de la civilización la costumbre precede a la codificación o a la legislación, esto es, al poder normativo del Estado». De allí que sostenga: «el Derecho consuetudinario no es menos normativo que el que deriva de órganos legislativos estatales»; en fin, «si el Derecho concede relevancia a la costumbre, ello quiere decir que la costumbre se convierte en Derecho».

¹⁰⁶ HUNG VAILLANT, Francisco: *Derecho Civil I*. 5ª, Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2015, p. 66, indica: «conforme al Código Civil venezolano la costumbre debe tomarse en consideración para la solución de los casos concretos solo cuando la propia ley remite a ella; es decir, cuando una norma expresa del Código ordena la aplicación de la regla nacida de la costumbre». No obstante, DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil I...*), p. 33, sostiene en términos categóricos: «No creemos que la costumbre en Venezuela deba incluirse dentro de las fuentes indirectas del Derecho Civil».

¹⁰⁷ LA ROCHE, Alberto José: *Derecho Civil I*. 2ª, s/e. Maracaibo, 1984, p. 32, reconoce el valor de fuente del Derecho a la costumbre jurídica. Contraria es la posición de DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Diccionario de Derecho Civil*. Panapo. Caracas, 2009, pp. 50 y 74, específicamente expone: «No creemos que la costumbre sea fuente indirecta del Derecho Civil porque la misma en términos generales no contribuye a la interpretación de la ley, al contrario es expresamente descartada por el artículo 7 del Código Civil»; así como de AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Derecho Civil I...*), pp. 30 y 31.

al no existir antes de la Ley Orgánica de Registro Civil, disposiciones legislativas que de forma clara y adecuada regularan la prueba de la institución en comentario, los usos habían llenado ese vacío en la medida que no contrariaban las premisas constitucionales y legales establecidas. En este supuesto, se podría hablar de una costumbre jurídica al margen de la ley¹⁰⁸.

Otro ejemplo lo fue la determinación de los apellidos que se estableció según una costumbre muy arraigada y tomada de la tradición española, hasta la reforma del Código Civil de 1982 donde se reguló el asunto (artículo 235). Incluso, hoy en día puede sostenerse que la forma en que la esposa ejerce el derecho de adición del apellido del consorte es producto de una costumbre jurídica, ya que no existe norma legal alguna que indique que es añadiendo la proposición «de» después del primer apellido paterno y antes del primer apellido del esposo.

Sobre la costumbre jurídica en el área civil, DEL VECCHIO apunta:

El problema más grave acerca de las relaciones entre la costumbre y la ley, se plantea en el campo del Derecho Civil, si bien aquí en el sistema italiano (y también en el español) parece que queda resuelto de antemano por una disposición legal. No hay duda de que la costumbre vale también en Derecho Civil, mientras tanto que secunde la ley, o vaya más allá de ésta sin contradecirla (*consuetudo secundum legem y praeter legem*)¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Una lección. La unión estable de hecho (comentario a la sentencia N° RC.000326, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia)». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 2. Caracas, 2013, p. 337 y *passim*; GARCÍA CALLES, Indira: «Aportes de la Ley Orgánica de Registro Civil a la unión estable de hecho». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 6 (Homenaje a la memoria de Arturo Luis TORRES-RIVERO). Caracas, 2016, pp. 83 y ss.

¹⁰⁹ DEL VECCHIO: ob. cit. (*Filosofía del Derecho*), p. 339. Por su parte, el Código Civil español en su artículo 1 expone: «1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3. La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una

En relación con la jurisprudencia, se debe atender a la fijada por la Sala Constitucional que se dictó en ejercicio de las potestades contenidas en la Carta Magna (artículos 335 y 336), con carácter vinculante y que corresponda materialmente al campo civil, como ha ocurrido en materias relacionadas al Derecho de Familia¹¹⁰, por mencionar algunos casos. Por demás, para aquellos supuestos donde exista un precedente diuturno, este claramente condicionará a los operadores de justicia a seguirlo, pudiendo venir acompañado de un control en Casación en caso de desaplicación, lo cual en la práctica implicaría valorarlo como altamente persuasivo, salvo mejores argumentos que obliguen a abandonarlo¹¹¹. En todo caso, valga recordar lo dicho por DÍEZ-PICAZO:

... lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en el seno de las instituciones¹¹².

Conclusión

Finalmente, se pueden terminar estas líneas, señalando que se debe tener bien claro que una norma, para que sea jurídica, además de sus componentes

declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre...». *Vid.* LOIS ESTÉVEZ, José: *La eterna polémica sobre las fuentes del Derecho*. s/e. Santiago, 1993, pp. 9 y ss.

¹¹⁰ *Vid.* sobre unión estable de hecho (sent. N° 0190, de 28-02-08 y sent. N° 1682, de 15-07-05); filiación (sent. N° 806, de 08-07-14; sent. N° 1443, de 14-08-08; sent. N° 2491, de 21-12-07; sent. N° 1456, de 27-07-06 y sent. N° 1757, de 22-12-15); matrimonio (sent. N° 1353, de 16-10-14 y sent. N° 953, de 16-07-13); en materia de divorcio (sent. N° 446, de 15-05-14; sent. N° 693, de 02-06-15 y sent. N° 1710, de 18-12-15).

¹¹¹ A título ilustrativo podría citarse el caso de la indexación judicial en materia contractual civil, figura elaborada a partir de la jurisprudencia de Casación Civil y que sigue conformando su andamiaje actual. Sobre el tema puede consultarse: CSJ/SCC, sent. de 30-09-92. *Vid.* RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard (coord.): *Efectos de la inflación en el Derecho*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1995, p. 431 y *passim*.

¹¹² Citado en GARCÍA DE ENTERRÍA: art. cit. («Principio de legalidad...»), p. 19. LACLAU: art. cit. («La constitución de la noción de 'fuente de Derecho'...»), p. 34, parafraseando a SAVIGNY, apunta «un ordenamiento jurídico solo podrá funcionar correctamente en la medida en que sus diversas fuentes colaboren entre sí, no aislándose en compartimientos estancos».

intrínsecos, requiere emanar de un órgano competente para crearla, cumplir con un procedimiento tasado, esto le dará la existencia –según la posición formal–, pero además el resultado que arroje tal trámite debe adecuarse en su contenido a las normas superiores o de competencia que le dan validez –posición material–.

La doctrina que sobre la fuentes del Derecho ha fijado el profesor PEÑA SOLÍS, representa una brecha clara para iluminar algunas zonas que todavía se mantienen en penumbra para los dogmáticos. En tal sentido, PEÑA ha sabido actualizar esta materia incorporando una necesaria reflexión constitucional, superando así la visión arcaica que solo pondera las escuetas normas que al respecto trae el Código Civil; por ello, resulta sumamente provechoso recurrir a las diversas obras que exponen su posición.

En cuanto a las fuentes formales del Derecho Civil descuella la ley, aunque también tienen cabida en menor sentido la costumbre –siempre que no sea contraria a la ley–, y la jurisprudencia constitucional que cada día adquiere mayor relevancia en nuestro sistema jurídico. Por su parte, la doctrina juega un papel meramente sugestivo, para justificar posiciones, pero no es una fuente del Derecho Civil.

* * *

Resumen: El presente trabajo efectúa un bosquejo de las diversas fuentes del Derecho. Para tal fin, distingue entre fuentes materiales y formales; examinando en qué consisten estas últimas; igualmente, comentando cuáles son las fuentes formales del Derecho Civil. **Palabras clave:** fuentes de derecho, legislación, costumbre, jurisprudencia.