

CAPITULO III

Las fuentes del Derecho objetivo

§ 12.—Clasificación de las fuentes

Filomusi, Enc. § 20; Gareis, Enc. § 9; Merkel, Enc. § 102; Gianturco, Sistema I, § 1. Chironi, Ist. I, §§ 5-9 bis; Chironi y Abello, Tratt. I, págs. 22-23; Coviello, Man. I; § 10; Savigny, Sist. I, §§ 6, 8, 15; Regelsberger, Pand. I, § 17.

El Derecho, como producción de la vida social, trae su origen de la voluntad colectiva de las organizaciones estatales y posee el espíritu popular, por virtud del cual la necesidad de las normas jurídicas es universalmente reconocida. «Es el espíritu popular—escribió Savigny (1)—viviente y activo en todos los individuos el que crea el Derecho positivo, el cual por esto, y no por azar, sino necesariamente, se revela único e idéntico a la conciencia de los individuos». Fuente del Derecho objetivo es, pues, la conciencia del pueblo.

Pero ésta es sólo la fuente última y suprema. Por fuentes, en sentido técnico, se entienden las formas en que el Derecho positivo se realiza, los modos cómo las normas de conducta reciben determinación concreta y carácter coactivo.

Dos son las formas en que el Derecho positivo se establece: o por la repetición de actos semejantes realizada de un modo constante y uniforme por el pueblo y con la convicción de su necesidad jurídica (costumbre), o por la emanación de un precepto universal de parte de los órganos del Estado investidos con la misión legislativa (ley).

(1) Sist. I, pág. 43.

A esta distinción entre ley y costumbre se suele igualar la de la terminología romana de Derecho escrito y no escrito. El significado moderno de la distinción entre Derecho escrito y no escrito, es profundamente diverso de aquel que los romanos asignaron a la diferenciación de *ius ex scripto* y *ius ex non scripto* fundado en la simple observación de la apariencia exterior de la norma y derivada de la que los griegos señalaron a los νόμοι γραμματικοί y los νόμοι ἀγράφοι (1). En el *ius ex scriptum* se comprendían, a más de la ley los *Senatus consulta*, *magistratum edicta responsa prudentium*, y sólo en el período justinianeo el *ius scriptum* se identifica con la ley y el *non scriptum* (o, por mejor decir, el *ius ex non scripto*) con la costumbre (2). No es la forma exterior lo que, según la moderna doctrina determina en el Derecho su condición de escrito o no escrito; puede haber una costumbre o un grupo de costumbres que se haya reducido a forma escrita sin que esto transforme su naturaleza o autorice a atribuir a otras fuentes las normas relativas.

Otros distinguen entre fuentes mediatas e inmediatas incluyendo entre las primeras la ley y entre las segundas las costumbres, a las cuales añaden algunos la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la equidad.

Cierto que hay que tener en cuenta que la importancia de la costumbre ha disminuído en los Estados modernos, puesto que normalmente la facultad de dictar preceptos obligatorios corresponde a la autoridad soberana, ya que a la costumbre no se le reconoce valor de norma sino en cuanto el Estado expresamente se lo atribuye y, por tanto, debe considerarse sólo mediadamente como fuente del Derecho; tiene funciones subsidiarias a las legales, aplicándose sólo cuando ésta lo prescriba, ya sea porque falte un precepto legislativo aplicable al caso a que la costumbre se refiere, ya derogando un precepto legal por el

(1) Ulpiano fr. 6, § 1, D. I. 1, *Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto ut apud graecos τῶννόμων ἀμέν ἔννεστος ἐοῦδεσνεσφοι.*

(2) Inst. I, 2. Ver sobre la doctrina romana clásica y justiniane, Marenti, *Ius ex scripto et ius ex non scripto* (*Studi per Mariani I*, pág. 211 y siguientes).

respeto debido a los usos locales, que son mejores que el precepto legal para regular una determinada materia.

Fuera de la costumbre, no es posible admitir en el ordenamiento actual otra fuente de Derecho mediata o indirecta. No es tal la equidad que se reduce a una suavización o templanza de la norma; no lo son los principios generales en cuanto se consideren éstos como dictados por la razón o por el Derecho ideal o natural; sí lo son si se consideran como tales los de un determinado sistema de Derecho positivo vigente, porque entonces son leyes por estar contenidos implícitamente en el sistema y derivar directamente del conjunto de normas; ni, finalmente, la *auttoritas rerum similiter iudicatarum*, por cuanto por mucha que sea la autoridad de la cosa juzgada jamás tendrá el valor de una norma obligatoria y universal, y sólo puede tener eficacia para encauzar al legislador por el camino de reformas e innovaciones, del mismo modo que ocurre con la ciencia del Derecho.

Muy íntimamente ligado con el que estudiamos está un problema—sumamente discutido por los autores—a propósito de la teoría de las fuentes, sobre la interpretación y aplicación del Derecho: si puede el juez crear normas jurídicas y si en su función interpretativa no hay que ver una cierta actividad creadora de Derecho. El problema adquiere un particular relieve frente a otra cuestión: si existen lagunas en el ordenamiento jurídico y, sobre todo, si en el caso que éstas lleguen a admitirse se reconoce al juez—al cual incumbe la obligación de resolver todas las controversias sometidas a su decisión y le está prohibido el rehusar decidirlas a pretexto de silencio, obscuridad, contradicción e insuficiencia de las leyes—el poder crear la norma para el caso concreto cuando no la halle en la ley (1).

(1) Ver Stampe, *Rechtsfindung durch Interessenvertragung* (*Deutsche Rechtenzeitung*, X, 1905, páginas 7-17); *Gesetz und Richtermacht* página 1.018; Kantorowicz (*Cuaeus Ilarius*) *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* Heidelberg, 1906, pág. 41; Alvarez. *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du Droit civil*, París 1904, páginas 19-39, el cual observa que por el art. 4 del Código civil francés, el Juez es autorizado a crear la norma en caso de laguna; y otros autores cuyas doctrinas son reputadas por Donati, *Il problema delle locune dell'ordinamento giuridico*.

Hay algunos que reconocen una tal actividad creadora, aun cuando no exista laguna (1), pero estas doctrinas no son admisibles.

Conviene tener presente que el Juez no tiene más facultad que la de aplicar las leyes existentes, no de modificarlas, aunque parezcan anticuadas o inadecuadas a la regulación de una determinada relación y mucho menos de crearlas. Cuando una norma particular no se halle en la legislación, deberá deducirla recurriendo a la analogía o a los principios generales de las otras normas dictadas por el legislador o del sistema positivo vigente, en el cual debe considerarse implícitamente contenida. Ahora bien; cuando el Juez no realice esta operación lógica de investigación o cuando desconociendo la norma existente aplique una contraria no contenida en la legislación, este acto no puede dar lugar a la creación de normas jurídicas nuevas si ser, por tanto, fuente de Derecho. La norma jurídica (legal o consuetudinaria) tiene como carácter fundamental el de ser universal y tener eficacia general, puesto que el caso previsto por el legislador es siempre un tipo ideal, abstracto, y tanto más perfecto será el arte legislativo cuanto más se prescinda en su formulación de los casos concretos que se tienen presentes por el legislador, al dictar el precepto, de modo que éste resulte tan amplio que abrace todos los casos futuros. Al contrario, el caso que el Juez resuelve, aun cuando aplique una norma por él creada, es siempre un caso particular; en la regulación del mismo se agota toda su función; su sentencia no tiene eficacia sino para el caso concreto que decidió. Tal sentencia, como no obliga a los demás Jueces, tampoco obliga al Juez mismo que la ha dictado, siendo libre para variar en casos idénticos la solución dada al primero.

Si existen en nuestro Derecho positivo hipótesis excepciona-

dico, Milán 1910, pág. 175 y siguientes. Ver contra la presunta función creadora del Juez y en defensa del método tradicional de interpretación: Ferrara, *Poleri del legislatore e funzione del giudice*, Riv. di Dir. civ. III, 911, pág. 49 y siguientes.

(1) Ver Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre* Leipzig, 1904, I, pág. 138; Wurzel, *Das juristischen Denken*, Wien 1904, pág. 42, y otros; ver también Donati, op. cit., pág. 187 y siguientes.



les en las cuales se confiera al Juez una potestad creadora de normas, es cuestión que no debe aquí ser discutida; según mi opinión, debe resolverse negativamente, porque aun cuando por estar el caso disciplinado de modo incompleto por la norma sea conferida al Juez la facultad de disciplinarlo más completamente, la regulación concreta es querida por la ley misma y, además, no da origen a una norma general y obligatoria por la facultad que siempre se reserva al Juez de aplicar una diversa a casos idénticos.

§ 13.—*La costumbre*

Filomusi, Enc. §§ 21-22; Holtzendorff, Enc. I, págs. 302, 444, 777, 896; Brugi, Ist. § 2; Pacifici, Ist. pág. 16; Gianturco, Sist. I, § 3; Chironi, Ist. I, § 9; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 47; Coviello, Man. I, §§ 16-19; Crome, Par. gen. § 7; Savigny, Sist. I, §§ 12-18 y Ap. II, pág. 417; Windscheid, Pand. I, §§ 15-18 y Fadda y Bensa, id página 112; Regelsberger, Pand. I, §§ 18-23.

La costumbre es la forma espontánea de constitución del Derecho, mientras la ley es su forma reflexiva. Históricamente es también la primera y exclusiva fuente de las normas jurídicas.

Puede definirse «observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social con la convicción de que responde a una necesidad jurídica» (1).

Elementos.—Dos son, por tanto, los elementos constitutivos de la norma consuetudinaria:

(1) Notables sobre la costumbre son las obras de Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen 1828-1837; Vanni, *Della consuetudine nei suoi rapporti col Diritto e colla legislazione*, Perugia 1877; Schuppe *Das Gewohnheitsrecht* Breslau, 1890; Sturm, *Revisión der gemeinrechtlichen Schre von Gewohnheitsrecht*, Leipzig, 1900; ver también el artículo de Bonfante, *Per une revisione della teoria della consuetudine* (Riv. di Dir. comm. 1904, II, 1, pág. 274 y siguientes), escrito a propósito de la obra de Lambert, *La fonction du Droit civil comparé*, I, París 1903; ver también Anderssen, *Das Gewohnheitsrecht*, (Zeitschr für das Privat. und offentl. Recht, XXXVII, 1910, pág. 337 y siguientes).

a) Uno externo, representado por la serie de actos semejantes, uniformes y constantemente repetidos. Lo que significa que respecto a una determinada relación los miembros de la comunidad deben comportarse idénticamente.

Para que se dé una tal serie, precisa: 1.º, que en los actos haya *uniformidad*, no pudiendo, de actos desemejantes, deducirse la existencia de una práctica cierta y capaz de servir de fundamento a la norma jurídica; 2.º, que la repetición de actos sea constante y no interrumpida, porque sólo de una serie constante puede deducirse la existencia de una norma de conducta, mientras que toda otra práctica que no revista tal carácter no podría, por su condición transitoria, ser la base de una regla de Derecho; 3.º, que la práctica constante y uniforme sea *general*, no ya en el sentido de un uso extendido a todo el territorio del Estado o a toda una región (muchas costumbres son locales), sino en el de que dentro del ámbito más o menos amplio en que impere la norma consuetudinaria tales actos sean realizados por la generalidad y no por algunos miembros solamente (ya sea esta generalidad absoluta si se trata de costumbre que rija para toda la comunidad, o ya generalidad de una clase determinada si se trata de costumbre particular a aquéllas).

De la necesidad de una práctica constante y uniforme se deduce, lógicamente, que debe tener una cierta duración en el tiempo; pero no debe deducirse la exigencia de un cuarto requisito que, como quieren algunos escritores, sería un tiempo más o menos largo. La *inveterata consuetudo*, es solamente una especie, y, ciertamente, la de más autoridad, pero al lado de costumbres que tienen un origen muy antiguo, pueden existir y existen costumbres de formación reciente; ni el Derecho actual prescribe una determinada duración del uso como hizo, por ejemplo, el Derecho canónico que aplicó a la costumbre los términos de la prescripción exigiendo, según la doctrina común un término de diez años para la costumbre *propter legem*, y el de cuarenta, para la *contra legem*.

b) Otro elemento es interno y consiste en la convicción jurídica en la convicción de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica (*opinio iuris et necessitatis*). Fué

la Escuela histórica la que puso de relieve la importancia de tal elemento. Consiste en el convencimiento de la necesidad de la norma y de su obligatoriedad. De los dos elementos surge el Derecho consuetudinario, y, en el segundo, se basa su obligatoriedad.

Si la *opinio iuris* implica, por tanto, la convicción de que obrando del modo que el uso exige, se adapta a la regla de Derecho, es evidente que no todos los usos darán lugar a normas de Derecho consuetudinario. Quedan excluidos los actos que no son regulados por el Derecho y que, no obstante, repetidos de modo uniforme y constante, darán lugar a normas de otro orden de moral, de educación, de etiqueta, etc. Pero entre los usos referentes a materias jurídicas, los hay que no crean derecho y son estos los *usos de hecho* (es decir, no jurídicos) los usos *técnicos* los *interpretativos*, y, en general, los que suelen designarse con el nombre de *práctica de los negocios*. Un uso constante y uniforme, practicado por dos personas en orden a ciertas relaciones jurídicas, un hábito de larga duración, una serie constante de actos de tolerancia, podrán producir efectos jurídicos y tener valor para la interpretación de la voluntad de aquéllos que cuando contratan suelen practicarlos en sus negocios, pero no producirán jamás normas de Derecho objetivo, porque tales actos se cumplen sin el convencimiento de que responden a una necesidad jurídica, sin la *opinio* (I).

Valor.—Cual sea el valor que deba atribuirse a la costumbre, es problema que debe resolverse en cada ordenamiento jurídico, según la esfera más o menos amplia de eficacia que le sea reconocida, frente a la legislación. Primitivamente ejerce una influencia decisiva como fuente del Derecho objetivo; cuando la legislación adquiere mayor importancia, se le equipara, se le considera como fuente autónoma y paralela, no menos importante, pero apenas la producción legislativa toma mayor incremento y el Estado se adjudica el poder de dictar preceptos jurídicos, bien pronto cede el campo y resulta vencida.

(I) Ver, con relación a los usos y prácticas mercantiles, Vivante, *Diritto commerciale*, I, § 6, pág. 64 y siguientes.

Así sucede en la historia del Derecho de Roma, donde durante bastante tiempo prevaleció sobre la costumbre el Derecho creado por los comicios populares, Senado, Magistrados, Emperadores; así también en los tiempos modernos en que la codificación ha relegado a último término el valor de la costumbre. Esto explica por qué tenga un valor desigual en las distintas ramas del Derecho (1).

Es mínimo, por ejemplo, en el Derecho civil, en el que no puede recurrirse a la costumbre, sino en los casos determinados por la ley y cuando se trata de usos locales, de materias de limitada importancia (ver Código civil, artículos 487, 489, 506, 1.124, 1.505, etc.) (2), mientras que toda otra costumbre, no explícitamente reconocida en su vigencia y existente al tiempo de la publicación del Código civil, resulta privada de eficacia por el artículo 48 (3) de las disposiciones transitorias (4). Bastante mayor es su valor en algunos campos del Derecho público, sobre todo en el constitucional (5), ya que las instituciones jurídicas son más incompletamente reguladas por las normas legales y muchas de ellas se hallan en estado de formación o de transformación, como por ejemplo, todas aquellas en que predomina el carácter político. Si por el contrario en el Derecho mercantil se reserva una amplia esfera a la costumbre, y en cambio en otras ramas del Derecho público como en el penal, no es admisible la costumbre, es consecuencia de la naturaleza especial de la materia a que la ley

(1) Miceli, *La forza obbligatoria d. cons. nelle sue basi sociali e giur.*, ugia, 1899.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerdan sustancialmente con los artículos 485, 504, 1.258 y 1.496 del Código civil español. Tan solo discrepan en que en el 504 del español se señala de un modo absoluto la obligación del usufructuario de pagar las cargas y contribuciones anuales y de las que se consideren gravamen de los frutos, prescindiendo del criterio seguido en el 506 del italiano donde esta obligación por lo que se refiere a las cargas que gravan los frutos se determina por la costumbre.

(3) Id.—Igual derogación contiene la disposición final del Código civil español (art. 1.976).

(4) Degni, *L'autorita del Dir consuet nella legis civ. ital (St. per Fadde* IV, pág. 203 y siguientes).

(5) Ver Longo, *Della consuetudine come fonte del Diritto pubblico costituzionale e amministrativo*, Palermo, 1892; Orlando: *Le fonti del Diritto amministrativo (Tratt. compl. di Diritto amministrativo*, I).

mercantil se refiere y de los principios propios del Derecho penal. En el tráfico, en el comercio, tienen gran importancia los usos de los comerciantes y las costumbres locales, las cuales por su variedad resulta difícil reducirlas a unidad; de modo que si bien aquí la ley mercantil predomina sobre la costumbre, faltando tal ley, se aplican con preferencia la ley civil, los usos mercantiles locales o generales (Código de Comercio, art. 1.^º) (1). En el Derecho penal, por el contrario, impera el principio que no puede haber delito ni pena sin ley que los determine (Código penal, art. 1.^º (2) y nunca por costumbre podría transformarse en delito un acto ilícito y la pena conminada en la ley transformarse en otra más grave o más leve.

Especies.—En sus relaciones con la ley, distínguense tres especies: *consuetudo secundum*, *propter*, *contra legem*. Es *contra legem* la que introduce una norma nueva y contraria a la disposición legislativa, lo que puede suceder en dos formas diversas. La costumbre puede introducir una norma contraria o diversa a la contenida en la ley u ocasionar la desaplicación de la ley por medio del *desuso*. Ambas formas conducen, sin embargo, a un mismo resultado: el desuso. En efecto, por la introducción de una norma diversa, no puede quedar derogada la contenida en la ley mientras que cuando por desuso cae un precepto legal no puede substituir a éste otro consuetudinario contrario. *Praeter legem* es aquella que funciona como fuente supletoria en lo que la ley no disponga. Más delicado es el concepto de la c. *secundum legem*, cuya definición oscila entre ideas diversas; mientras algunas designan como tal la costumbre, que es conforme a la ley y representa su interpretación y aplicación uniforme, para otros, *secundum legem* es sólo aquélla norma que no está en la ley y que sólo adquiere valor y eficacia, porque la ley recurre a ella.

De esta oscilación en el tercer significado, derivan las discusiones de los escritores acerca de la exactitud y conveniencia

(1) *NOTA DEL TRADUCTOR.*—Corresponde al art. 2.^º del Código de Comercio español.

(2) *Id.* —Este artículo coincide esencialmente con el primero del Código penal español; pero la afirmación de los principios *nullum crimen nulla pena sine lege* que en uno y otro se contienen resulta más enérgica y clara en el Código italiano.

de la tripartición. Hay quien niega a la *secundum legem* el valor de norma en cuanto que si ella no es más que aplicación uniforme de la ley (primera acepción), no puede ser una norma nueva y si es tal, porque la ley recurre a ella (2.º sentido) su fuerza obligatoria deriva directamente de la ley. Las especies de costumbres se reducirían a dos: *praeter* y *contra legem*. Otros reducen a dos los tipos de costumbres, *secundum* y *contra legem*, en cuanto que, debiendo considerarse el ordenamiento jurídico como un sistema cerrado y completo por la norma general y exclusiva que le sirve de base, todos los casos no previstos en las disposiciones de la ley van comprendidos en esa norma general y no serían susceptibles de regulación supletoria por parte del Derecho consuetudinario (1).

Nosotros consideramos que las tres especies de costumbre sean abstractamente posibles y positivamente existentes, salvo el valor que a cada una deba atribuirse en cada sistema de Derecho positivo. La *secundum legem* en el primer sentido, no da lugar, es cierto, a una norma propiamente dicha, porque no lo es la aplicación uniforme de otra norma; pero en cuanto determina el modo de actuarse el precepto legislativo, bien puede considerarse como norma de ejecución no contenida en la ley. Entendida en la segunda acepción como norma que recibe eficacia por el reconocimiento legislativo, es verdadera y propia norma nueva, porque no es la ley la que regula la relación, sino la costumbre y es cuestión diversa la de que un cierto sistema legislativo autorice el recurso a la costumbre.

De otra parte contra la costumbre *propter legem* (en la cual más directamente se manifiesta la eficacia del uso como verdadera y propia norma) no es argumentación sólida la de decir que, puesto que todo caso es regulado por normas legales particulares o por la general y exclusiva que cierra y completa el ordenamiento jurídico, una costumbre que no sea *secundum legem*, no puede concebirse, sino como *contra legem*. A la norma general y exclusiva se debe recurrir sólo cuando una norma particular, ya sea legal, ya de Derecho consuetudinario, no exista, puesto que

(1) Donati, *Il problema delle lecune*, pág. 143 y siguientes.

el ordenamiento jurídico resulta del conjunto de todas las normas legales y consuetudinarias. Y si las instituciones públicas de un Estado no lo prohíben expresa o tácitamente bien puede reconocerse a la costumbre valor de fuente autónoma y concurrente, si bien con carácter subsidiario del Derecho escrito.

Si del campo teórico y general pasamos a estudiar la costumbre en el ordenamiento nuestro, bien diverso es el juicio que debe emitirse sobre las dos especies de costumbre *praeter* y *contra legem*.

A una costumbre *praeter legem*, como fuente independiente, aunque subsidiaria del Derecho escrito, no podría reconocerse ningún valor en el ordenamiento constitucional italiano, que con la división de poderes sólo a los órganos legislativos atribuye la facultad de dictar normas obligatorias. En su función subsidiaria, la costumbre no tiene valor (al menos para el Derecho privado), sino cuando la ley autorice el recurrir a ella y le atribuya poder normativo. Pero con esto se convierte en costumbre *secundum legem* y su fuerza obligatoria deriva directamente del precepto legislativo. Toda otra costumbre que, no siendo aquélla a la que el legislador autoriza, añada algo a la ley no, tiene virtud obligatoria.

Y lo mismo para la costumbre *contra legem*, a la cual no se reconoce eficacia en el Derecho vigente, puesto que no se admite la derogación de una ley por desuso. La razón radica, no ya en el precepto del art. 5.^º (1) de las disposiciones preliminares, el cual declara que las leyes sólo se derogan por otras posteriores, porque podría concebirse pudiera formarse una costumbre que derogase tal precepto, sino en los preceptos constitucionales por los cuales, como se ha dicho, sólo a los órganos legislativos y con la observancia de las formas constitucionalmente fijadas, es conferida la facultad de crear Derecho. Si en otros campos que no sean los del Derecho privado y más precisamente en el del Derecho constitucional sea posible una costumbre *contra legem*, es cuestión muy discutida. Varios artículos del Estatuto, artículos 1, 28, 76, 77, no hallan aplicación y otros (25, 53) se

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase el art. 5.^º del Código civil español.

modifican en parte, lo que se explica por algunos escritores como efecto de una costumbre contraria; otros, en cambio, explican tal derogación total o parcial, como efecto de leyes posteriores sobre la misma materia (1).

Prueba.—En cuanto a la existencia de la norma consuetudinaria, surge la cuestión de si debe ser probada por quien la invoca, y en qué forma. Creemos errónea la opinión de aquéllos (2) que, considerando la costumbre como un hecho (que el Juez no tiene obligación de conocer), creen que debe probarse por la parte que invoca su aplicación.

La costumbre en los límites —en que se le reconoce eficacia— es verdadero y propio Derecho y todo el Derecho constituido debe ser conocido y aplicado por el Juez, sin que tenga que ser probado por las partes. Este principio no se deroga, sino en el caso en que la costumbre alegada por uno sea contestada en su existencia o modalidades por el adversario. Cuando en tal hipótesis el Juez no posea «aliunde» elementos suficientes para comprobar su existencia de modo seguro; o su correspondencia con la invocada, podrá poner a cargo de quien la invoca la carga de la prueba, que podrá ser testifical o documental; lo cual se deriva de la naturaleza de la norma, que no estando consignada por escrito escapa al conocimiento de aquellos extraños al lugar de su vigencia y ofrece frecuentemente incertidumbres en sus particulares modalidades.

§ 14.—*La ley. Decretos y Reglamentos*

Filomusi, Enc. §§ 24-26; Holtzendorff, Enc. I, págs. 301, 441, 566, 776; II, págs. 592 639; Brugi, Ist. § 2; Pacifici, Ist. I, págs. 39-57; Gianturco, Sist. I, §§ 2, 5; Chironi Ist. I, §§ 6-7; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 24; Coviello, Man. I, §§ 11, 15, 21 Crome, Par. gen. § 6; Savigny, Sist. I, § 13; Windscheid, Pand. I, § 14; Fadda y Bensa, ob. cit., pág. 107; Regelsberger, Pand. I, § 18.

Llámase ley toda norma fijada por los órganos de soberanía, a los cuales, según la constitución política del Estado correspon-

(1) Ver Filomusi, Enc. pág. 111, núm. 2.

(2) Bianchi, *Principii generali delle leggi*, Turin, 1888, núm. 32; Landucci en Auby et Rau. Dir. civ., Turín, 1900, I, pág. 212.

de la facultad de dictar el Derecho. Y puesto que, según la Constitución del reino (art. 3.º), tal poder es conferido a las Asambleas legislativas y al jefe del Estado, conjuntamente, ley en el Derecho positivo italiano es toda norma jurídica aprobada por la Cámara y el Senado y sancionada por el Rey (1) (2).

En verdad, toda decisión de las Asambleas provista de la sanción soberana, es formalmente una ley, pero no hay que olvidar que no todas las decisiones o determinaciones contienen un precepto jurídico; así ocurre, por ejemplo, con las leyes que aprueban concesiones hechas a los particulares, las que confieren la ciudadanía, con los presupuesto del Estado. La definición que hemos dado se refiere a las leyes que crean Derecho objetivo y que se llaman *substanciales* para distinguirlas de las demás llamadas *formales*.

Cuál sea el procedimiento a que se somete una proposición para que se transforme en ley, quién pueda hacerla, cómo se forma la ley, son materias de las que no debemos ocuparnos aquí por corresponder al Derecho constitucional. Hay que observar solamente que la aprobación de las Asambleas debe regularse por las normas pre establecidas en la Constitución y por las contenidas en los Reglamentos que disciplinan el procedimiento en ambas Cámaras; que la sanción soberana es acto realizado por el Rey en el ejercicio de la función legislativa.

Pero con la sanción soberana, la ley no es aun ejecutiva ni obligatoria para los ciudadanos; ambas cualidades las adquiere mediante los actos ulteriores, la *promulgación* y la *publicación* (3).

(1) Ver Saredo, *Trattato delle leggi*, Florencia 1886; Anschütz, *Die gegenwärtigen Theorie über den Begriff der Gesetzgebenden Gewalt*, 1900; Fiore, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione ed interpretazione delle leggi*, Turín, 1908.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Otro tanto puede decirse del Derecho positivo español. El art. 18 de la Constitución de la Monarquía española promulgada en 30 de Junio de 1876, dispone que la potestad de hacer las leyes, reside en las Cortes con el Rey. Las Cortes se componen de dos Cuerpos Colegisladores, iguales en facultades: el Senado y el Congreso de los Diputados (art. 19). Así, pues, sólo serán verdaderas leyes las normas jurídicas aprobadas por el Congreso y el Senado y sancionadas por el Rey.

(3) Ver Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes ius formellen und materiellen Suin*, 1886.

El primero es también acto del Soberano y se distingue de la sanción en cuanto que éste es acto realizado por el Rey como Jefe del Poder ejecutivo y consiste en la afirmación de la existencia de la ley y en la orden de que sea ejecutado (1). Prácticamente los dos actos se dan simultáneamente, pero esto, no obstante, se pueden distinguir, y teóricamente uno precede al otro como resulta del texto de la fórmula dada por la ley de 23 de Junio de 1854 en su art. 1.º: «El Senado y la Cámara de los Diputados han aprobado y Nos sancionado y promulgado...», que expresa claramente la separación y la sucesión de ambos actos.

De los cuales, mientras el uno (sanción), puede ser rehusado, precisamente porque el Soberano, como miembro del Poder legislativo, tiene la facultad y no la obligación de prestar su asentimiento a las deliberaciones de ambas Cámaras, el otro (la promulgación) no puede ser negado, implicando su cumplimiento un deber del Soberano, ni puede ser aplazado hasta la apertura de las sesiones parlamentarias inmediatamente sucesivas a aquélla en que la ley fué votada (ley citada, art. 3.º). El segundo (2), consiste en dar a conocer el contenido de la ley a los que deben prestarle obediencia; y varios fueron en el pasado los medios adoptados por las diversas legislaciones para conseguir este fin (anuncio al pueblo reunido expresamente, inscripción del texto en bronce o mármol y su exposición en un lugar público, impresión del mismo y su difusión por medio de ejemplares, etc.). Por lo que respecta al Derecho italiano, la publicación se realiza mediante la inserción de las leyes en la Colección oficial de leyes y Decretos, anunciando tal inserción en la *Gaceta* oficial del Reino (Disposición preliminar al Código civil, artículo 1.º) (3). De ello deriva que el anuncio en la *Gaceta* debiera

(1) Armanni, *Il potere esecutivo e la promulgazione delle leggi*. (*Riv. it per le. Sc. giur.*, X, 1890, pág. 35 y siguientes).

(2) Ver Zanobini, *La pubblicazione delle leggi nel Diritto italiano*, Turín, 1917.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. —Concuerda con el art. 1.º del Código civil español. Existe, sin embargo, una diferencia que justifica el comentario que hace el autor al precepto citado del Código italiano y que no tiene aplicación al español. El párrafo 2.º del art. 1.º del Código italiano, afir-

seguir a la inserción en la Colección y que no hay necesidad de una reproducción íntegra del texto en la *Gaceta*. Pero en la práctica, este artículo se aplica diversamente; no es un anuncio lo que se publica en la *Gaceta*, sino el texto íntegro de la disposición y está publicación precede a la que se hace en la Colección, en la cual, por una circular ministerial del 30 de Junio de 1874 se prescribió que debía indicarse la fecha de la publicación en la *Gaceta* (1). Esto, sin embargo, no destruye la relación que existe entre ambos momentos en orden al transcurso del término para la entrada en vigor de la ley, ya que como la publicación no es perfecta, si no se realiza la doble inversión, el término para su entrada en vigor comienza a contarse siempre a partir de la fecha de la *Gaceta*; y si existe discordancia entre las fechas de ambas Colecciones, es decisiva siempre la de esta última (ley de 23 de Junio de 1854, art. 5.^º) (2).

Fin de la publicación es dar a conocer a los ciudadanos y a los funcionarios el texto legal, y para conseguirlo se considera

que la publicación consiste en la inserción de la ley en la Colección oficial de leyes y decretos y en el anuncio de esta inserción en la *Gaceta* oficial del Reino. En cambio en el párrafo 2.^º del art. 1.^º de nuestro Código, se exige expresamente la inserción de la ley en la *Gaceta*, consistiendo, por consiguiente, la diferencia en que mientras en este se requiere la inserción de la misma ley, en el italiano únicamente se prescribe el anuncio de haber sido hecha la inserción en la Colección oficial de leyes y decretos.

(1) Las disposiciones principales referentes a la publicación e impresión de nuestras leyes son la disposición de 22 de Diciembre de 1832 que instituyó las *Actas del Gobierno del Rey de Cerdeña*, la de 29 de Marzo de 1836 sobre la impresión de tales actas, la ley de 23 de Junio de 1854, la de 21 de Abril de 1861, el Real decreto de 21 de Abril de 1861 que estableció la *Colección oficial de leyes y decretos*, el Real decreto de 19 de Diciembre de 1890 sobre la numeración de las actas, el Real decreto de 11 de Junio de 1908 sobre la impresión y distribución de las ediciones oficiales. Un Real decreto de 28 de Diciembre de 1909 que entró en vigor el 1.^º de Enero de 1911, ha recogido todas estas disposiciones y aprobado el Reglamento para la inserción y publicación de las leyes y decretos en la Colección y para su conservación.

(2) Si la discordancia no es de fechas sino de textos, prevalece el publicado en la Colección porque en ésta solamente debe publicarse íntegramente según el art. 1.^º de la disposición preliminar. Ver Filomusi, Enc., pág. 83, núm. 2.

como necesario dejar un lapso de tiempo entre la publicación y la vigencia de la ley (*vacatio legis*). Y también para esto han sido adoptados varios sistemas; uno de ellos (sistema sucesivo) consiste en graduar el período de la *vacatio* en proporción a la mayor distancia de las diversas regiones del territorio del Estado del lugar en que la publicación se ha efectuado; este se sigue, por ejemplo, en Francia (Código civil francés, art. 1.º), si bien con algunas modificaciones introducidas por un Decreto-ley del 5 de Noviembre de 1870 (la ley es ejecutiva en toda circunscripción con el intervalo de un día libre desde la fecha en que llegó a la capitalidad la copia del *Diario oficial* (1); el otro, más simple (sistema sincrónico o instantáneo), consiste en fijar un período único de vacación discretamente calculado, el cual, al expirar, hace que la ley adquiera obligatoriedad a un mismo tiempo en todo el territorio del Estado. Este es el que rige en la legislación italiana (art. 1.º, disposición preliminar), la cual fija tal período para todo el reino en quince días, que se calculan incluyendo en el cómputo el de la publicación; de modo que el día 16, a partir de la fecha de publicación, la ley entra en vigor (2) (3). Pero el mismo artículo primero admite la posibilidad de que el legislador prescriba en ocasiones un término más largo o más breve, y no es insólito el caso de leyes que entraron en vigor después de varios meses (como ocurrió con el Código civil), o viceversa, inmediatamente después del acto de su publicación (como ocurrió con las leyes del cандado y como ha ocurrido también con toda la legislación extraordinaria en los años de la guerra europea (1915-1919), para las cuales la *vacatio* fué suprimida, ha-

(1) *Trait. elem de Droit civil*, I, pág. 71, núm. 170.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—En España se sigue también el sistema sincrónico, obligando las leyes —en la Península, Islas adyacentes, Canarias y territorios de África sujetos a la legislación peninsular— a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa (art. 1.º del Código civil). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que esta disposición no es aplicable a las leyes de Presupuestos, que entran en vigor el primer día del año económico a que se contraen; ni a las permisivas que rigen desde su promulgación.

(3) Si no se computa el día de la publicación, el término de vacación es de catorce días la ley publicada el 1.º de mes, vaya los catorce días siguientes y entra en vigor el décimosexto.

ciéndose entrar en vigor los Decretos lugartenenciales y reales el mismo día de su publicación en la *Gaceta*.

Realizados los predichos actos, y transcurrido el término para su entrada en vigor, la ley es obligatoria para todos, no solamente para los ciudadanos, sino también para los extranjeros, con respecto a aquellas relaciones que, según los principios en materia de conflictos de leyes en el espacio, se someten a la ley territorial, con preferencia sobre la personal, y no sólo para los ciudadanos residentes en el reino, sino también para los que se hallan en el extranjero, con respecto a aquellas relaciones que, a tenor de los mismos principios, están sometidos a la ley personal.

Enlazando este efecto de la obligatoriedad al hecho de la publicación, y considerando el fin al cual ésta tiende, o sea, el de dar a conocer el texto legal, la gran mayoría de los escritores afirma que de la publicación surge una presunción legal contra la cual no se admite la prueba contraria (*praesumptio iuris et de iure*), la presunción de que la ley es conocida de todos, de modo que ninguno podría substraerse a su observancia alegando su ignorancia.

A esta doctrina se refiere el conocido aforismo *nemo censemur ignorare legem*, sobre el cual se funda otro: la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento (*error vel ignorantia iuris non excusat*), cuya fórmula se remonta a las fuentes del Derecho romano (ver. fr. 4, 9, pr. D. 22. 6, etc.).

Se advierte fácilmente que esa presunción general de conocimiento carece de fundamento, al menos en el estado actual de la legislación, ya que la base de toda presunción es que el hecho que se presume corresponda a lo que normalmente sucede, y es innegable que el hecho normal es más bien la ignorancia del Derecho por parte de la generalidad de los ciudadanos, los cuales, en el enorme laberinto de leyes dictadas sin interrupción, no pueden, no ya conocerlas todas, sino ni siquiera una pequeña parte de ellas.

Teniendo en cuenta esta consideración, muchos hablan, más que de presunción, de ficción legal; por la necesidad social de que nadie eluda el cumplimiento de la ley, se finge que con el

hecho de la publicación nadie ignora sus preceptos, impidiendo así que se alegue su ignorancia.

Sin embargo, el error o la ignorancia del Derecho es admitida en algún caso; determinadas categorías de personas, como menores, militares, labradores, mujeres, estaban dispensadas en el Derecho romano de conocerlo por causa de la edad, del alejamiento, de la rusticidad o del sexo (fr. 19. pr. D. 22. 6; 9 § 1 D; 8 C. 6. 9, etc.); se puede invocar el error en el Derecho civil cuando en él radica la causa única o principal del contrato (artículo 1.109) (1), o cuando se trata de buena fe, la cual no es excluida si descansa en un error de derecho (artículos 116, 703, 1.146, 2.137) (2). ¿Deja de tener vigor en estos casos la presunción o la ficción? Justamente se ha dicho que la cuestión de la obligatoriedad de las leyes es cuestión bien distinta de la que se refiere a su ignorancia, como causa de error o de excusa (3). La obligación de someterse a las leyes es independiente del conocimiento de las mismas; es suprema exigencia del ordenamiento la de que todos los sometidos se atemperen a ella, y esta obligación deriva de un precepto positivo y absoluto que, aunque no esté escrito, se halla contenido necesariamente en toda legislación. No existe una presunción de conocimiento, ni es necesaria para que la ley resulte obligatoria para todos, puesto que lo es en virtud de ese precepto.

Y si a ninguno puede ser consentido el eludir la observancia de la ley, so pretexto de ignorancia de la misma, nada impide que en un acto jurídico, ejecutado bajo el imperio de un error de derecho por ignorancia de sus disposiciones, se puedan rechazar las consecuencias de tal error, o que se pueda exigir la tutela de la buena fe basada en el mismo. Y es sólo en tal senti-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase el 1.266 del Código español, pero en él no se habla, como en el italiano, de error de derecho.

(2) Id.—Concuerdan: el 116 con el 69, el 703 con el 451, el 1.146 con el 1.899 y el 2.137 con el 1.957 del Código civil español.

(3) Coviello, *Ignoranza o errore diritto* (Antología Giurídica, X, 1 página 10 y siguientes, Riv. crit. di Dir. e giuris, II, 1904, pág. 65 y siguientes) ver Adber: *Die Werkungen des Rechts irrtums* (Iahrb, l. d. Dogm., XXXIII, pág. 150 y siguientes).

do en el que la ignorancia del Derecho o el error se admiten como excusa.

Por otra parte, si teóricamente el concepto de la presunción, reducida, como se ha visto, a una mera ficción, se debe rechazar, no puede afirmarse que sea por completo extraña a la legislación positiva. Se refería a ello el Derecho romano, puesto que—al menos en los tiempos primitivos de la vida restringida de la *civitas*, cuando el pueblo participaba de un modo directo en la formación del Derecho, mediante los comicios, y todo el Derecho era el de los *pater familias*, llamados precisamente a crearlo—no era contrario a la realidad el suponer que los miembros de la comunidad lo conocieran; en él se inspiró también el legislador francés, el cual, en el art. I.^º del Código civil, declara que, transcurridos los términos fijados después de la publicación, la promulgación (y, por tanto, la ley) «se reputa conocida en la circunscripción», ni fué tampoco diverso el concepto del legislador italiano, que sufrió el influjo de la tradición antigua; sin embargo, la fórmula del artículo primero de las disposiciones preliminares no contiene referencia alguna a la presunción, limitándose a declarar que las leyes son obligatorias en el décimoquinto día (1).

La facultad de dictar normas corresponde al Poder legislativo, que la ejerce mediante sus órganos. Pero hay que observar, de una parte, que el ejercicio de esta facultad puede ser conferido a un poder que no sea el legislativo, y de otra, qué normas obligatorias pueden ser dictadas por otros poderes del Estado y, además, por entes menores políticos y administrativos que, dentro del Estado y bajo la tutela del mismo, desenvuelven la propia actividad.

Cuando el Poder legislativo confía al ejecutivo la facultad de dictar preceptos en su nombre, tenemos una *delegación* de poder, la cual determina que las normas emanadas del Gobierno tengan

(1) Ver sobre el asunto y sobre el valor de los dos aforismos del Derecho romano y del moderno de Ruggiero, *Nemo censetur ignorare legem* (*Diz Prat si Dir. priv.*) Dereux, *Etude critique de l'adage. Nul n'est censé ignorer la loi* (Rev. Trim. de Derecho civil, VI, 1907, página 503 y siguientes).

la misma virtud que la ley, si bien aquellas que proceden del Poder ejecutivo reciban el nombre de decretos. Varios son los motivos que provocan la delegación, pero, sobre todo, motivos de urgencia, necesidad de confiar a los cuerpos técnicos la formación de normas o la de coordinar las diferentes disposiciones de un texto legislativo, exteriormente imperfecto, cuando ha sido aprobado en las Cámaras, o recoger en un texto único diferentes leyes sobre una misma materia; casos los dos últimos que, sustancialmente, difieren de los anteriores, puesto que a formar la ley intervino directamente el Poder legislativo, y la delegación limita la facultad del Poder ejecutivo a obra meramente externa y formal. Aun cuando se trate de delegación plena, hay que advertir que el Poder ejecutivo, al dictar la norma, no puede salir de los límites que le ha asignado la ley de delegación: toda norma que no respetare tales límites sería inconstitucional y desprovista de eficacia (1).

(1) Muchos son los ejemplos de leyes delegadas en nuestra historia constitucional, el más conspicuo lo ofrece la abundante legislación de guerra, años 1915-1919. En virtud de la ley de delegación de 22 de Mayo de 1915, fué dictado durante la guerra un infinito número de decretos lugartenenciales y reales, que dada la amplísima fórmula de delegación del Poder legislativo al Gobierno (para cuanto sea exigido por la defensa del Estado, tutela del orden público y urgentes y extraordinarias necesidades de la economía nacional) se ha extendido a todos los ramos del Derecho público y privado. Es dudoso que todas las disposiciones dictadas en virtud de poderes extraordinarios quepan en la ley de delegación; para muchos es discutible su constitucionalidad. La cuestión más grave es la relativa a la duración de estas leyes de guerra; cuestión difícil de resolver, ya que el Gobierno señaló a muchas preventivamente un plazo de duración y a otras omitió el asignarles tiempo de vigencia. A más de leyes delegadas ha habido también Decretos-leyes, es decir, leyes dictadas por el Poder ejecutivo sin delegación por razones de urgencia y por ello la legislación de guerra ofrece graves dudas en cuanto a su vigencia después de aquella.

La materia fué objeto de estudio por parte de una comisión, cuyos resultados se consignan en las relaciones de Vassalli, *Sul termine di durate in vigore dei decreti emanati in forza della legge 22 maggio 1915* (*Riv. di Dir. comm.* 1919, I, pág. 477 y siguientes) de Galgano, *Contributi alle dottrina delle delegazioni legislature* (*Riv. di Dir. civ.*, XII, 1920, pág. 1 y siguientes). Es indudable que cuando el término fué señalado con el trans-

Independientemente del caso de delegación, el Gobierno posee, como hemos dicho, una facultad propia de dictar normas generales y obligatorias, y en el más estrecho campo de la propia circunscripción territorial, la misma facultad poseen los entes menores autárquicos (1).

Las normas dictadas por el Gobierno se llaman Decretos y Reglamentos, y la facultad de dictarlas conferida al Rey, como Jefe del Poder ejecutivo, por el art. 5.^o de la Constitución (y en caso de ausencia o impedimento del Rey a su lugarteniente), es,

curso de éste, cesó la vigencia de las normas; pero la duda surge con respecto a aquellas disposiciones que no contienen término expreso o tácito de duración. Segré opina que en tal caso debe atribuirseles duración indefinida y que, por tanto, los Decretos rigen aún después de la guerra, ya que en esta época subsisten aún las razones que las provocaron. Según otros, y esta es la tesis más exacta, los Decretos extinguen su vigencia al terminarse la guerra en cuanto que la misma ley de delegación contiene en sí implícito el concepto de una limitada duración de las leyes emanadas por efecto de la delegación (ver Segré, *Riv. di Dir. comm.*, 1919, I, pág. 496). Pero esto no es aplicable a todos los Decretos por haber algunos (entre los delegados) de naturaleza permanente (ver Galgano, obra citada, pág. 42).

Por el contrario, los Decretos-leyes dictados por el Gobierno sin delegación gozan (siempre que no tengan un término de duración) de duración ilimitada salvo la cuestión de la constitucionalidad de este poder extraordinario del Gobierno para legislar en casos de urgencia sin necesidad de una precedente delegación. Otra cuestión es la de en qué momento debe considerarse transcurrido el término de la norma cuando el Decreto contenga la fórmula: *Cesación de guerra, Conclusión de la paz, Durante la guerra, etc.* En parte y relativamente a los Decretos que suspendieron términos o concedieron prórrogas (Decreto-ley de 23 y 27 de Mayo de 1915) el Decreto-ley de 2 de Mayo de 1920, declara que los nuevos términos vencen el quinto día a partir de la publicación de dicho Decreto.

Sobre los precedentes históricos de la delegación legislativa, ver el estudio de Galgano que trata a fondo la cuestión ocupándose también del Derecho extranjero en una sucesiva monografía (*Riv. di Dir. civ.*, XII, 1920, pág. 105 y siguientes).

(1) Ver Jellineck, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, 1886; Codacci-Pisanelli, *Lefge e regolamento* (*Scritti di Dir. pubbl. Cittá di Castello*, 1900, página 3 y siguientes); Cammeo, *Le manifestazioni di volontà dello Stato*; Orlando, *Tratt. di Dir. ammin.*, 1901, III, pág. 1 y siguientes.

por regla general, limitada a la necesidad de disposiciones indispensables para dar ejecución a las leyes. De esto deriva que las normas de ejecución no pueden jamás contradecir las de la ley, de modo que el Reglamento que restringiese o ampliase su alcance, o que en algún modo se opusiese a ellas, sería ilegal e ineficaz; en segundo lugar, que no puede en nuestro ordenamiento reconocerse al Jefe del Estado el derecho que otras legislaciones (por ejemplo, la prusiana) le conceden de dictar «ordenanzas de urgencia», normas que tienen valor de leyes que modifican o suspenden provisionalmente las leyes vigentes por razones de pública necesidad.

Sin embargo, en la práctica se ha ejercido por el Gobierno este poder que la Constitución no le reconoce, invocando en su justificación la necesidad y la urgencia improrrogables de proveer con normas nuevas y excepcionales a una necesidad extraordinaria, sobre todo en momentos de peligro. Son éstos los llamados Decretos-leyes, actos del Poder ejecutivo que, sin delegación de parte del Poder legislativo, crean normas de Derecho y cuya conversión en leyes pide luego el Gobierno al Parlamento, cuando no se limite a pedir simplemente un *bill* de indemnidad. Por regla general, contienen una cláusula que compromete al Gobierno a presentarlos a la aprobación del Parlamento, y cuando tal aprobación es rehusada, no sólo tienen carácter ilegal, sino que ocasiona en el Gobierno una tan grave responsabilidad que no puede serle consentido el que prosiga ejerciendo el poder.

No es éste el lugar a propósito de ocuparse de los precedentes de tal práctica ni de buscar su fundamento jurídico (1). A nuestro parecer, tal facultad es ilegal e inconstitucional por lo dispuesto en el art. 6.^o de la Constitución, que prohíbe taxativamente el suspender la observancia de las leyes o dispensar de

(1) Ver Codacci-Pisanelli, *Sulle ordinanze d'urgenza (Scritti di Dir. pubbl.*, pág. 77 y siguientes) y mejor en la *Relaz.* de 31 de Diciembre de 1924, el proyecto de ley para la conversión en leyes de más de 2.000 decretos dictados en los últimos años. Alti. parl. Sess., 1924 cam. Dep. doc., número 46, A. Cammeo, *Le manif. di volonta dello Stato*, pág. 192; Orlando, *Principii di Dir. cost*, 4.^a ed., Florencia 1905, pág. 223.

ésta. Ni trastornos políticos pueden justificarla cuando (como ocurre en los Decretos que declaran el estado de guerra) cesan las garantías constitucionales (1). Pueden apenas justificarse con ocasión de calamidades públicas y cuando sus preceptos no atenten a las libertades civiles o políticas de los ciudadanos, sino que, por el contrario, miren a ofrecer ayuda y alivio a las poblaciones que las sufren, eximiéndolas de la observancia de las leyes y suministrando excepcionalmente normas provisionales que se adaptan mejor que las comunes a un estado de cosas excepcional y transitorio (2) (3).

(1) Un ejemplo notable lo constituye el Decreto de 22 de Junio de 1889 que proclamó en Milán el estado de guerra a causa de los disturbios populares que suscitó vivas protestas y no obtuvo nunca la aprobación del Parlamento. Otro más reciente ofrece el Decreto que lo proclamaba en las provincias de Reggio y de Messina, como consecuencia del terremoto de 28 de Diciembre de 1908 y para el que no fué pedida siquiera la conversión en ley. El no haber este hallado oposición en la opinión pública, no debe interpretarse como síntoma del reconocimiento de su legalidad.

(2) A tal categoría pertenecen muchos Decretos-leyes dictados para el terremoto siciliano-calabrés. De estos algunos fueron dictados por delegación legislativa (conferida por el art. 6.^o de la ley de 12 de Enero de 1909) otros precedentemente a ésta y, por tanto, sin delegación, pero fueron sometidos a la aprobación parlamentaria que la concedió por el artículo 13 de la citada ley. No se incluyen naturalmente los demás dictados por el Poder ejecutivo en el ejercicio de sus ordinarias facultades. También se ha recurrido por el Gobierno a los Decretos-leyes durante y después de la última guerra, cuando se consideró que no bastaban los poderes conferidos en la ley de delegación de 22 de Mayo de 1915 o cuando ésta perdió su vigencia; y sucesivamente el número ha aumentado tanto, que después de haber *convertido* una ley de 15 de Octubre de 1923 una gran parte un proyecto de ley de 30 de Mayo de 1924 ha propuesto la conversión en bloque de otros 2.376 Decretos. Esta conversión podría constituir otro gravísimo atentado a los principios constitucionales si no hubiese sido declarado que el Parlamento la concede únicamente para superar las dificultades prácticas del procedimiento parlamentario que impone otras tantas leyes de conversión.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—En España también ha tenido realidad esta modalidad legislativa; y desde el 13 de Septiembre de 1923, en que tuvo lugar el golpe de Estado del general Primo de Rivera, hoy jefe del Gobierno y entonces Capitán general de Cataluña - disueltas las Cortes y en suspenso su función legislativa - el Decreto-ley es la única manifestación de elaboración directa de normas del Derecho público y privado.

Finalmente, la facultad de dictar normas corresponde a los entes menores autárquicos, como las provincias y los Municipios, en los límites en que tal poder y autonomía le son reconocidos por el Estado, y para las materias que tengan importancia local y regional cuya tutela y regulación les está encomendada. Son éstas los Reglamentos provinciales y municipales, que se refieren a normas de higiene, construcción, policía, uso de bienes comunales o provinciales, exacción de impuestos locales, etc. Es superfluo añadir que ellos no pueden tener valor si no se observan las formas prescritas; que son ineficaces si contravienen a las normas generales que rigen en todo el territorio del Estado; que su obligatoriedad no se extiende más allá de los confines territoriales de la circunscripción en la que el ente autárquico ejerce sus funciones.

No tienen el mismo valor las demás normas que el Estado, las Provincias y los Municipios dictan para dar instrucciones a los funcionarios administrativos (circulares, notas, instrucciones). Obligan sólo a estos y a los que dependen de éstos en orden jerárquico no a los ciudadanos a los cuales el precepto no va dirigido, y ni siquiera los funcionarios estarían obligados a observarlas si fueran contrarias a las leyes.

Cuando la ley o el Reglamento reunan los citados requisitos, las normas contenidas en ellos deben aplicarse por el Juez a todas las relaciones que comprendan y se prohíbe toda investigación sobre su intrínseca bondad en obsequio del principio de la división de poderes, por el cual el Magistrado debe juzgar *secundum leges* y nunca *de legibus*.

Le es permitido y hasta obligado el indagar la existencia efectiva de la norma. Pero ahora surge la cuestión de los límites de la potestad del Juez, relativamente a esta indagación ya que si para las leyes la promulgación es la afirmación de la existencia de la norma, parece que no debe consentirse una actuación que implique una duda con respecto a aquella afirmación (1). Sin embargo, tal facultad corresponde, sin duda, a la autoridad

(1) Así piensan Laband, *Staatsrecht*, II, pág. 43 y siguientes, Sellmeck *Geset und verordnung*, págs. 339 y 404.

judicial, la cual es llamada a aplicar las leyes existentes, no aquellas que por falta de los requisitos exigidos no hayan alcanzado obligatoriedad. A este fin tiene el Juez el poder de indagar si el texto legal promulgado y publicado ha sido realmente votado en el Parlamento, es decir, si en su confección han intervenido los tres órganos constitucionalmente investidos del Poder legislativo; pero tal indagación no puede extenderse al modo como en el interior de las Asambleas se haya desenvuelto el procedimiento para la discusión y votación (*interna corporis*), debe limitarse a la comprobación de si ha sido proclamado el voto favorable por los Presidentes de las Asambleas porque de toda cuestión relativa al procedimiento interno es Juez soberano la Asamblea misma. La cuestión puede tener práctica importancia en el caso de discordancia del texto legal aprobado por el Parlamento y el sancionado por el Rey o entre el votado en la Cámara de los Diputados y el votado en el Senado (1). Es esta la llamada intervención en la existencia *formal* de la ley que se extiende a los Reglamentos en cuanto se propone averiguar si han sido o no cumplidas las formalidades prescritas.

Al lado de ésta existe otra intervención en la existencia *material* que implica un juicio de mérito en la autoridad judicial. No tiene lugar respecto a las verdaderas y propias leyes porque ello implicaría una valuación del contenido intrínseco de la norma legal. Se aplica: a) a las leyes dictadas por delegación en cuanto debe admitirse tal intervención para saber si el Poder ejecutivo se ha mantenido dentro de los límites de la delegación al dictar las normas y para declarar su inconstitucionalidad e ineeficacia si se ha extralimitado, porque en tal caso hay violación de la ley de delegación (según otros, por el contrario, la investiga-

(1) Un ejemplo ha quedado célebre en la legislación italiana, la ley de 30 de Mayo de 1878 en materia de consumos, cuyo texto, votado por el Senado, establecía una tasa superior al del votado por la C. de los D. La cuestión de la inconstitucionalidad de la ley, no fué resuelta judicialmente. Ver Gabba, *Foro it.*, 1886, I, pág. 705 y siguientes; Armani, *Foro ital.*, 1890, I, pág. 1.105 y siguientes; Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.*, I, páginas 107 y siguientes.

ción corresponde exclusivamente al Parlamento) (1); *b*) a las ordenanzas de urgencia donde se admite la facultad del Poder ejecutivo de dictarlas, para comprobar si se ha producido aquel estado de necesidad y de improrrogabilidad que han producido la excepcional providencia, otros niegan tal fiscalización o la reservan también a las Asambleas legislativas (2); *c*) a los Reglamentos en cuanto tiende a comprobar si sus disposiciones se conforman a las legales (ver ley de 20 de Marzo de 1865 sobre lo contencioso-administrativo, art. 5.^º) y si la materia que regulan no es de la competencia del Poder legislativo.

§ 15.—*La codificación*

Filomusi, Enc. § 29; Brugi, Inst. §§ 38-39; Pacifici, Ist. I, pág. 521 y siguientes; Gian-turco, Sist. I, pág. 7 y siguientes; Schupfer, Man. di St. Dir. it.; Le fonti, pág. 572 y siguientes; Saliroli, Tratt. di St. Dir. it. 6.^a edic., Nápoles 1908, pág. 164 y siguientes (3).

El fenómeno de la codificación, de la reducción a unidad

(1) Ver Fadda y Bensa, ob. cit., pág. 111. En este sentido también la jurisprudencia. Ver también Pacifici, *Ist.*, I, pág. 45 y siguientes.

(2) Ver Mortara, *Comm. al. cod. di proc. civ.*, I, núm. 86 y siguientes. Para quien, como nosotros, no admite la legalidad del Decreto-ley aun concurriendo los motivos de urgencia y necesidad, este caso de fiscalización por parte de la autoridad judicial desaparece; se tratará simplemente de fiscalización acerca de la existencia formal de la norma, porque convencido el Juez de que la norma no procede del Poder legislativo, rehusará aplicarla al caso concreto y no deberá juzgar del mérito. Ver Cammeo op. cit., pág. 192 y siguientes y Venci en Pacifici, *Ist.*, I, págs. 58-59.

(3) Muchas obras sobre la codificación serán citadas al hablar de la interpretación. Recuérdense entre otras, Filomusi, *La codificación civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, Roma, 1887; Behrend, *Die neuen Privatrechts codificationen*, en Holtzendorff, Enc., 1890, pág. 291 y siguientes; Roguin, *Observ. sur la codif. des lois civ.*, (Rec. de la Jac de Lausane, 1906) Gaudemed, *Les codif. récentes et la rev. du code civil* (en la obra *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, París 1904, II, pág. 967 y siguientes); Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codif. du Droit civil*, París 1904. Para conocer particularmente las legislaciones europeas y de guerra de Europa, ver Amand, *Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe, de l'Amérique... avec indication des Sources bibliographiques*, 2.^a edic., París 1908.

orgánica de todas las normas vigentes en un determinado momento histórico de un pueblo mediante la publicación de cuerpos de Derecho o Códigos que recojan modificando o innovando profundamente todo el Derecho de un Estado o ramas del mismo, se repite tan frecuentemente en la historia de la cultura humana que puede considerarse como una ley natural de la evolución jurídica. Varias son las causas que dan lugar a ello: la necesidad de simplificar y ordenar las múltiples reglas jurídicas esparcidas en leyes diversas y contenidas en costumbres o usos diversos; la necesidad de unificar las varias legislaciones imperantes en el territorio de un mismo Estado, sobre todo cuando sigue a un movimiento de unificación política; la necesidad de introducir radicales reformas por el nuevo aspecto que ofrezca una sociedad a consecuencia de una revolución social. Muchas causas contribuyen a la codificación. Así sucedió en la Edad Antigua cuando después de grandes perturbaciones sociales en Grecia y Roma la legislación solónica y la decenviral dieron al pueblo un cuerpo de leyes nuevas y cuando al final del ciclo evolutivo de Roma Justiniano realizaba con la compilación de los *jura* y de las *leges* un proyecto que ya otros habían concebido antes que él, pero que no habían conseguido cumplirlo ni siquiera iniciar. Así sucedió en la Edad Moderna a fines del siglo XVIII y en los albores del XIX, cuando en Europa se produjo un gran movimiento a favor de la codificación que trascendió a los países transoceánicos. La necesidad de recoger los miembros de una legislación farragosa y de unificar el Derecho de las distintas regiones, regidas unas por el Derecho escrito y otras por el consuetudinario (*Droit coutumier*) integrado por una serie infinita de costumbres locales o generales, en las cuales aun a los juristas resultaba difícil hallar la norma para aplicarla al caso concreto, y el gran movimiento social producido por la revolución francesa con la proclamación de nuevos principios y la supresión completa de los ordenamientos jurídicos anteriores, fué la causa compleja que impuso en Francia la codificación de 1804. La necesidad de crear una legislación única que hiciese más fuerte la unidad política, provocó la codificación de 1865 en Italia y la posterior del Imperio germánico; la necesidad de simplificar el Derecho, deter-