



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



**LUCIO PEGORARO**

**ANGELO RINELLA**

LAS  
**FUENTES**  
EN EL  
**DERECHO**  
**COMPARADO**

(CON ESPECIAL REFERENCIA  
AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL)

PRÓLOGO  
DE

**DOMINGO GARCÍA BELAUDE**

ESTUDIO PRELIMINAR Y EDICIÓN AL CUIDADO  
DE

**JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**



CENTRO PER GLI STUDI COSTITUZIONALI  
E LO SVILUPPO DEMOCRATICO



INSTITUTO IBEROAMERICANO  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
(SECCIÓN PERUANA)



**IJMSA**



G. Giappichelli Editore

LUCIO PEGORARO ANGELO RINELLA

# LAS FUENTES EN EL DERECHO COMPARADO

(CON ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL)

Prólogo de

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Estudio Preliminar y Edición al cuidado de

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

Universidad LUMSA (Roma)  
Center for Constitutional Studies and  
Democratic Development



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
(SECCIÓN PERUANA)

1ª edición en castellano en castellano publicada por gentil autorización de G. Giappichelli Editores y los autores: Lima, Julio de 2003.

Título original: *Le fonti nel diritto comparato*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2000.

Traducción del italiano: Marta León (Prefacio),  
Daniel Berzosa (caps. I, II y supervisión),  
Jhoana Delgado (cap. III).

Revisión técnica de Domingo García Belaunde.

© 2003, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional  
(Sección Peruana)  
E-mail: jpalomino@terra.com.pe

© 2003, Lucio Pegoraro y Angelo Rinella  
G. Giappichelli Editora  
Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional  
Registrada en Indecopi. Certificado N° 0008427  
de 24 de octubre de 2002.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012003-0083

ISBN: 9972-9594-4-9

**Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.**

Jr. Lampa 1154 - Lima 1, Perú  
Telfs: 426 1631 / 427 3147  
Telefax: 427 6038  
E-mail: grijley@terra.com.pe

Sede en Trujillo:  
Jirón Pizarro 540, Trujillo  
(al lado de la Corte Superior de Justicia)  
Telefax: 471640  
Celular: 843 4434  
E-mail: grijleytrujillo@peru.com

---

---

# BIBLIOTECA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

---

---

26

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

*Rector:* MANUEL BURGA DÍAZ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

*Decano:* ULISES MONTOYA ALBERTI

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

*Miembros fundadores*

- Manuel BARQUÍN
- Germán J. BIDART CAMPOS
- Jorge CARPIZO
- Héctor FIX-ZAMUDIO
- Pedro José FRÍAS
- Domingo GARCÍA BELAUNDE
- Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA
- Manuel GARCÍA-PELAYO (†)
- Mario JUSTO LÓPEZ (†)
- Alberto MENESES-DIREITO
- Luiz PINTO FERREIRA
- Humberto QUIROGA LAVIÉ
- Luis Carlos SÁCHICA
- Rolando TAMAYO Y SALMORÁN
- Diego VALADÉS
- Jorge R. VANOSSI
- Enrique VÉSCOVI (†)

## SECCIÓN PERUANA

Presidente

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**

Secretario

**JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**

**En memoria del profesor Livio Paladin (1933-2000).**

# ÍNDICE

	Pág.
- Presentación de Domingo García Belaunde... ..	13
- Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego... ..	17
- Prefacio a la edición peruana de Lucio Pegoraro y Angelo Rinella... ..	35

## Capítulo I LAS CATEGORÍAS DE REFERENCIA

1. Definición y tipos... ..	39
2. El <i>genus</i> de las fuentes de origen político. El Derecho ideológico como especialidad del Derecho político ... ..	43
3. Fuentes y fenómeno religioso: la voluntad divina como norma cogente ... ..	46
4. La <i>ratio</i> jurisprudencial como fuente del Derecho ... ..	50
5. <i>Usus</i> y <i>opinio</i> : los determinantes de las normas consuetudinarias ... ..	53
6. Las convenciones: fuentes de "Derecho autónomo" ... ..	57
7. <i>Common law</i> y <i>civil law</i> ... ..	59

**Capítulo II**  
**FUENTES DEL COMMON LAW**

1.	Circulación del modelo del <i>common law</i> y sus diversificaciones ... .. .	63
2.	Los orígenes del Derecho anglo-americano y de la primacía de la jurisprudencia como fuente del Derecho... .. .	68
3.	La centralización del sistema de justicia ... .. .	68
4.	<i>Forms of action</i> y métodos probatorios: los <i>writs</i> y el <i>trial by jury</i> ... .. .	71
5.	<i>Common law</i> y jurisdicción de <i>equity</i> ... .. .	75
6.	Jurisdicción y legislación... .. .	79
7.	El precedente judicial... .. .	81
8.	" <i>Stare decisis et non quieta movere</i> " ... .. .	82
9.	Las <i>opinions</i> de los jueces del <i>common law</i> y la teoría clásica del precedente ... .. .	85
10.	Recientes tendencias en la teoría del precedente ... .. .	89
11.	La legislación en los sistemas del <i>common law</i> ... .. .	92
12.	Fuentes constitucionales ... .. .	93
13.	<i>Statute law</i> e interpretación jurisprudencial ... .. .	95
14.	Legislación secundaria o <i>subordinate legislation</i> ... .. .	99

**Capítulo III**  
**FUENTES DEL CIVIL LAW**

1.	La gran codificación europea ... .. .	104
2.	Recepción y circulación de los modelos continentales ... .. .	108

3.	La crisis de la ley en el Estado social...	112
4.	Rigidez de las constituciones y complicación de los ordenamientos jurídicos..	114
5.	La Constitución como meta-fuente y las fuentes del Derecho en los principales ordenamientos contemporáneos ...	119
6.	La reserva de ley ...	122
7.	Leyes-medida y leyes formales ...	124
8.	El procedimiento de formación de la ley ...	125
9.	Leyes reforzadas o atípicas ...	136
10.	Leyes orgánicas ...	140
11.	Actos con fuerza de ley del Ejecutivo...	142
12.	<i>Sigue.</i> La legislación delegada ...	143
13.	<i>Sigue.</i> Decretos y ordenanzas de necesidad ...	145
14.	Las fuentes de los entes territoriales periféricos. Constituciones y Estatutos ...	148
15.	<i>Sigue.</i> La distribución de competencias ...	149
16.	Fuentes comunitarias y ordenamientos internos ...	151
17.	La "fuerza" de los actos comunitarios. El papel de los entes periféricos ...	152
18.	Los reglamentos...	155
19.	Fuentes-acto residuales: reglamentos parlamentarios, sentencias constitucionales y referéndum abrogatorio...	159
	Consideraciones finales ...	162
	Bibliografía ...	171

# PRESENTACIÓN

**Domingo García Belaunde**

Constituye para mí un señalado honor presentar la primera traducción al castellano de este importante ensayo sobre las fuentes del Derecho, cuyos autores son dos eminentes juspublicistas italianos, Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, docentes en Bologna, el primero, y en Roma, el segundo.

Como es de sobra conocido, el constitucionalismo peruano se ha movido en los últimos años en un sentido creciente, no sólo en lo que se refiere a su actividad interna, sino también en sus relaciones con los colegas en el exterior.

Lo primero era, por cierto, la relación interna, extendida luego a los demás países de América Latina, que se ha consolidado en los últimos años, en especial con los constitucionalistas argentinos y mexicanos, con los cuales hemos mantenido nexos permanentes. E incluso presencia notoria en los eventos internacionales, como se aprecia en la concurrida delegación peruana que asistió al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en México en febrero de 2002, y del que existe un libro con casi todas las ponencias peruanas presentadas a dicho evento.

Y así podemos decir del resto de nuestros países, como son Costa Rica, Colombia, Venezuela, Brasil –en menor grado–, Uru-

guay y Chile. A los que debemos agregar a los constitucionalistas bolivianos, quienes han iniciado, impulsados por el funcionamiento de su Tribunal Constitucional, una actividad muy dinámica.

También ha sido una constante el trato con la comunidad constitucional española, con los maestros mayores y con los más jóvenes, a los cuales se les han publicado sus trabajos, y en el caso de algunos de ellos, libros completos.

Pero nuestra relación con Italia era prácticamente inexistente. Es cierto que gracias a Pablo Lucas Verdú pudimos leer un excelente manual de la época, debido a Paolo Biscaretti di Ruffia, y luego el manual de *Derecho Constitucional Comparado* de Giuseppe de Vergottini. Pero no pasaba de ahí. Eran lecturas y nada más.

Sin embargo, esta ausencia se ha empezado a superar. Y de esto tengo que dar testimonio personal, ya que fue en 1978, en uno de mis viajes a Roma, que gracias a Carlos Fernández Sessarego conocí a Giuseppe de Vergottini, con quien he mantenido desde entonces cordial amistad. Y en esa misma época traté a Biscaretti di Ruffia, a quien visité en Milán. Poco antes había conocido en México y en 1975, a Paolo Barile, a quien vi varias veces, y también a Mauro Cappelletti, quien visitó muchos de nuestros países, entre ellos el Perú, y fue muy traducido, sobre todo en México.

Más tarde, en otros encuentros tratamos a Alessandro Pizzorusso, quien enseña en Pisa, y a Giancarlo Rolla, de la Universidad de Siena, muy interesado éste último por la problemática latinoamericana, como lo acredita el Instituto comparado que ahí dirige. Y posteriormente a Luca Mezzetti y a Lucio Pegoraro, ambos en Bologna. Pegoraro vino a Lima a impartir un cursillo en la maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Católica (2001).

Ese mismo año devolvimos la visita a la Universidad de Bologna en donde participamos en una mesa redonda con otros

colegas peruanos: Ernesto Blume Fortini, José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz, del que queda como constancia una publicación reciente que recoge algunas de esas intervenciones, y que será seguida por otras (cf. AA.VV. *Influenze europee e statunitensi sul costituzionalismo latino-americano*, Lib. Bonomo Editrice, Bologna 2002). En Bologna alternamos con jóvenes investigadores que darán que hablar (como es el caso de Justin O. Frosini).

En el mismo año 2001, entramos en relación con Gustavo Zagrebelsky, a través de su colaboradora Tania Groppi, quien nos había visitado meses atrás. Y en nuestro VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, celebrado en Piura en agosto de 2002, nos acompañaron Luca Mezzetti y Angelo Celotto.

Lo anterior, sucintamente expuesto, muestra que la comunidad constitucional peruana ha iniciado una relación permanente con sus colegas italianos, comunidad que no sólo se caracteriza por su seriedad y su alta producción, sino por la simpatía hacia lo nuestro, que deriva de premisas culturales compartidas. Y todo esto es importante en nuestro país, pues hasta hace relativamente poco tiempo, sólo los civilistas mantenían contacto con los civilistas italianos, lo cual ahora podemos decir que se ha ampliado, y hay que incluir a los constitucionalistas. Lo que redundará en nuestro propio beneficio, sin lugar a dudas.

Dentro de esta línea, son varios los constitucionalistas italianos que han sido traducidos o lo serán muy pronto, y en lo que se refiere a los textos formales, tenemos aquí el primero, fruto de la colaboración de Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, al cual seguirá otro, esta vez con ensayos de Giancarlo Rolla.

De ambos autores, con el que hemos tenido especial contacto, es con Lucio Pegoraro, con quien no sólo hemos departido en Bologna, sino también en Lima, en donde pasó una buena temporada entre nosotros (agosto de 2001) y que la hizo extensiva al medio universitario del Cusco, Arequipa y Piura.

La publicación de esta obra, fruto de una labor conjunta de los dos maestros italianos con el auspicio de sus colegas peruanos, servirá indudablemente para afianzar los vínculos con la comunidad constitucional italiana, de la que tanto tenemos que aprender.

Lima, julio de 2003.

# ESTUDIO PRELIMINAR

José F. Palomino Manchego<sup>(\*)</sup>

## I. Premisa: Impresiones de viaje a la ciudad de Bologna

Con devoto entusiasmo redacto las cuartillas que ahora siguen, para dar cuenta de una de las últimas obras escritas al alimón por dos distinguidos constitucionalistas italianos, a saber: Lucio Pegoraro (Vicenza, 30-I-1952) y Angelo Rinella (Roma, 28-V-1960). Y lo hago con sumo agrado por cuanto se trata de dos colegas dueños de una gran calidad humana, abiertos al diálogo, de personalidad cultísima, y desde luego, preocupados por lo que sucede en la realidad constitucional iberoamericana. De ahí que Pegoraro y Rinella –me consta– gozan de una grata simpatía en la ciudadela académica española, especialmente en la comunidad constitucional.

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional de las Universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima y de la Academia de la Magistratura. Profesor de Derecho Constitucional comparado en la Maestría con mención en Derecho Constitucional de la Universidad Privada de Tacna. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)

Antes que nada, hay que decir que los autores, al ofrecer una gama de opciones interpretativas y sistemáticas, reafirman con el presente libro *Las fuentes en el Derecho Comparado (Con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, la línea trazada por sus antecesores, entre los que destacan: Paolo Biscaretti di Ruffia (1912-1996), Livio Paladin (1933-2000), Alessandro Pizzorusso (Lucca, 1931), Giuseppe de Vergottini (Pisa, 1936), Gustavo Zagrebelsky (Turín, 1943) y Giancarlo Rolla (Génova, 1946).

La primera vez que llegue a Bologna fue en el mes de noviembre de 2000, en compañía de Domingo García Belaunde, Ernesto Blume Fortini y Vladimir Arriaga Pinedo, merced a la invitación que nos formuló el eminente profesor Giuseppe de Vergottini. Había escuchado en mi época de estudiante del famoso Istituto Giuridico «Antonio Cicu» que está ubicado en la Via Zamboni, 27/29, y deseaba conocerlo. De igual forma, tenía ilusión de estar en la Universidad más antigua del mundo, la de Bologna, que data su acta natalicia de 1088.

En aquella ocasión conocí a uno de los colaboradores del profesor Vergottini, me refiero a Luca Mezzetti, muy compenetrado con lo que sucede en las democracias en transición –sus obras así lo reafirman– en especial en las de América Latina.

Ahora volvemos, cargados una vez más de ilusiones por ver tan agradable ciudad de tinte medieval, a fin de participar en la Universidad bolognesa en una velada académica cuyo título es «Le influenze europee e statunitensi sul costituzionalismo latinoamericano, con particolare riferimento al decentramento territoriale, alla giustizia costituzionale e alla protezioni dei diritti». La invitación nos la formuló Lucio Pegoraro a Domingo García Belaunde, Ernesto Blume Fortini, Gerardo Eto Cruz y a mi persona, para el día 2 de octubre de 2001 a las 16.00 horas. Producto de dicho evento se ha publicado un libro que da cuenta de nuestras actividades académicas en la Universidad de Bologna.

Traigo a colación este recuerdo porque fue en Bologna donde con García Belaunde y Lucio Pegoraro definimos la traducción del presente libro al castellano, previos comentarios, detalles, composición y acabado. Esta es una de las formas cómo la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional va nutriéndose de autores de prestigio como son Pegoraro y Rinella.

Bologna es una ciudad muy importante, amén del turismo bien explotado, no solo para Italia, sino también para Europa: gente amable y culta, buenos restaurants, buena comida, buen café, agradables dulces, tiendas bien equipadas con lo último de la moda, y librerías para todos los gustos. Se siente un ambiente cultural inigualable, complementado con sus hermosos paisajes arquitectónicos de viejo cuño.

No olvidemos que Bologna ha sido testigo presencial de la II Gran Guerra (1939-1945) tal como lo demuestran los lugares donde cayeron abatidos los ciudadanos héroes, incluyendo a los niños y mujeres, y que ahora se les venera en verdaderos santuarios en determinados lugares de la ciudad a través de sus fotos, nombres y ofrendas.

## II. Breves datos bio-bibliográficos sobre los autores

Importa observar a este respecto que Lucio Pegoraro es profesor ordinario de Derecho Público Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bologna. Ha publicado diversas monografías sobre *Il Governo in Parlamento. L'esperienza della Va Repubblica francese* (Padova, 1983); *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa* (Padova, 1987); *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* (Milano, 1988); *Le leggi organiche. Profili comparatistici* (Padova, 1990); *Gli statuti degli enti locali* (Rimini, 1993), *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei* (Bologna, 1993, en colaboración con A. Reposo), y *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata* (Torino, 1998).

Por otra parte, ha trabajado con G. Morbidelli, A. Reposo y M. Volpi en la elaboración del manual *Diritto costituzionale italiano e comparato* (Bologna, 2ª. ed., 1997); ha participado con D. López Garrido y M.F. Massó Garrote en la redacción del *Nuevo Derecho Público Comparado* (Valencia, 2000); en colaboración con A. Reposo, C. Fusaro, M. Gobbo, R. Scarciglia ha supervisado varias recopilaciones de lecturas, obras didácticas y códigos a cargo de las prestigiosas editoriales Cedam y Giappichelli.

Es autor de decenas de ensayos y artículos publicados en revistas italianas, españolas y latinoamericanas, incluyendo Perú, sobre temas relacionados con el Derecho Constitucional, con el Derecho Regional y de los entes locales y con el Derecho Comparado, como, por ejemplo, el derecho de la información, las fuentes del Derecho, la justicia constitucional, cuestiones metodológicas y la revisión constitucional, entre muchos otros temas. Dirige, junto a N. Olivetti Rason, la serie «Diritto pubblico contemporaneo. Gli ordinamenti costituzionali» (Editorial Giappichelli).

Unas palabras ahora sobre Angelo Rinella. Nuestro autor es profesor ordinario de Derecho Constitucional italiano y Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad LUMSA de Roma. Los asuntos tratados por él son principalmente: la Constitución económica y armonización comunitaria; el federalismo, la subsidiariedad y las minorías; las formas de Gobierno y la oposición parlamentaria; las fuentes del common law; los procesos de evolución y transición constitucional (UE, Europa centro-oriental, Africa del Sur, Canadá), también por lo que se refiere a la circulación de ciertos modelos.

Además de varios artículos y ensayos, ha publicado monografías sobre *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, 1997; *Materiali per uno studio di diritto comparato sullo "statuto" costituzionale dell'opposizione parlamentare*, Trieste, 1999; *Le fonti nel diritto comparato*, Torino, 2000 (con L. Pegoraro).

De igual forma, participó en unas publicaciones colectivas, tales como: con L. Pegoraro, *Semipresidenzialismi* (Padova, 1997); con L. Coen y R. Scarciglia, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali* (Padova, 1999); con L. Pegoraro e R. Scarciglia, *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale* (Padova, 2000); es colaborador de la obra colectiva dirigida por D. López Garrido, M.F. Massó Garrote, L. Pegoraro, *Nuevo Derecho Constitucional Comparado* (Valencia, 2000).

Bastará así un breve examen para resumir la carrera profesoral de Pegoraro y Rinella, docentes cabales, que no necesitan ningún tipo de presentación por cuanto son hartamente conocidos por la comunidad jurídica italiana. De modo que no es ocasión de insistir sobre ello.

### **III. Algunas observaciones sobre el Derecho Comparado: su importancia e incidencia en el sistema de fuentes**

Nadie puede objetar en las actuales circunstancias que el Derecho Comparado (o "sistemas jurídicos comparados" como prefiere denominarlo Pizzorusso<sup>(1)</sup>) constituye el eje temático que da vida y forma a la Ciencia del Derecho, proyectándose a través de la transmisión del idioma, la religión y los valores, estableciendo el grado y tipo de desarrollo para hacer frente –bien artillada– a los fenómenos de la globalización, al universalismo, al intercambio intercultural de ideas, a la post-modernidad, y a la democratización de los Estados constitucionales<sup>(2)</sup>.

---

(1) Cfr. Alessandro Pizzorusso: *Curso de Derecho Comparado*, traducción del italiano de Juana Bignozzi, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1987, en especial págs. 79-102

(2) Cfr., al efecto, Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (Editores): *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiem-*

Empero, ¿Qué es el Derecho Comparado? ¿Cuál es su naturaleza? ¿Cuál es su objeto? ¿Macrocomparación y microcomparación del Derecho Comparado? ¿Cuáles son las familias jurídicas (sistemas jurídicos) que la integran? ¿Disciplina autónoma o Ciencia autónoma? ¿Es el Derecho Comparado una pluralidad de objetos o un método? Estas y un largo etcétera de interrogante podemos seguir planteando debido a la riqueza conceptual que ofrece el Derecho Comparado, especialmente, a partir del Primer Congreso mundial sobre la materia organizado por Raymond Saleilles, y que se desarrolló en París en 1900.

Al respecto, Leontin-Jean Constantinesco señala que: "Cualquier disciplina autónoma significa elevación. Esta se realiza partiendo de los hechos hacia la idea; de la profusión incoherente de observaciones, hacia la unidad de las reglas; de la yuxtaposición caótica de los conocimientos, hacia la jerarquía de categorías lógicamente establecidas. El primer deber de cualquier ciencia es, en suma, el de reducir, enmarcar y ordenar la multiplicidad desordenada de observaciones y hechos, pertenecientes a determinado ámbito, en categorías estables y objetivamente creadas. Su segundo deber es el de explicar lo que parece inexplicable, es decir, la profusión de los hechos por la unidad de las reglas y categorías. Tal sería —concluye Constantinesco— el papel que le toca desarrollar a la Ciencia del Derecho (s) Comparado (s) en cuanto disciplina autónoma: empeñarse en ordenar y clasificar en un todo coherente la multitud caótica de los macroresultados que le suministra la microcomparación; pero sólo podrá hacerlo sobre la base de los criterios científicos fundamentales que le son suministrados por la teoría de los elementos determinantes" (3).

---

*pos de globalización*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 2003, págs. 1-25, referidas a la Introducción.

(3) Cfr. Leontin-Jean Constantinesco: *Tratado de Derecho Comparado. (Introducción al Derecho Comparado)*, vol. I, traducción del francés por Eduardo Freitas Da Costa, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1981, págs. 328-329.

De ahí que el Derecho Comparado, de conformidad con lo expuesto por Rene David, constituye un instrumento indispensable para llevar a cabo la renovación de nuestra Ciencia Jurídica; debe servirnos para conocer mejor, comprender y profundizar en nuestro propio Derecho. Cuando los juristas se repliegan sobre su Derecho nacional, corren el riesgo de convertirse en simples técnicos, incapaces de dirigir, como es su misión, el desarrollo de su Derecho<sup>(4)</sup>.

A mayor abundamiento, como ha sostenido Cueto Rúa<sup>(5)</sup>, el tema de las fuentes del Derecho es uno de los que ha suscitado más vivas polémicas entre los juristas y iusfilósofos perplejos ante la variedad de los matices que ha ido adquiriendo en el tiempo y las sucesivas dificultades teóricas por él planteadas.

En esta avenida de continuidad, la multivocidad del vocablo *fuerite* («metáfora hidráulica») en el lenguaje natural, acota Pérez Luño, se traduce en abierta equivocidad al ser trasplantado a los dominios de lo jurídico, a tal extremo que el catedrático de Sevilla reflexione con sobriedad para sostener que hay un «desbordamiento de las fuentes del Derecho»<sup>(6)</sup>.

Todo ello implica, por la fuerza de las cosas, que el Derecho Constitucional tendrá que acometer la tarea de regular todo el sistema de fuentes teniendo como norte a la Constitución, sin

---

(4) Cfr. Rene David: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción del francés de Pedro Bravo Gala, Aguilar, S.A., de Ediciones, Madrid, 1969 pág. 9.

(5) Cfr. Julio Cueto Rúa: *Fuentes del Derecho*, reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 9. Antecede Prólogo de Juan Francisco Linares.

(6) Así lo apunta Antonio-Enrique Pérez Luño en su libro *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, págs. 14 y sgtes. Se trata del Discurso leído el día 12 de diciembre de 1993, en el Acto de su recepción pública que incluye al final la contestación del Sr. D. José Martínez Gijón.

obviar por cierto, las tres grandes actitudes teóricas, a partir de 1934, sobre las fuentes del Derecho: a) La *positiva* que polariza su atención en la *causa formal* de las fuentes, de la que hace depender su fundamento y finalidad, y circunscribe su problemática teórica en la identificación del criterio de *validez*, que permite reconocer a una norma como perteneciente a un ordenamiento jurídico; es decir, el criterio que confiere a una norma la calidad de norma jurídica: la tesis de Hans Kelsen, y que ahora ha sido llevada a sus últimas consecuencias por las tesis autopoiéticas de Niklas Luhmann y Gunther Teubner; b) La posición realista que enfatiza la *causa material* de las fuentes jurídicas, al situar su fundamento en las fuerzas sociales que contribuyen a crear el Derecho y su fin en determinar su grado de eficacia: la tesis de Alf Ross; y c) las doctrinas iusnaturalistas que tienden a primar la *causa eficiente* y la *causa final* de las fuentes del Derecho: la tesis de Ronald Dworkin, Robert Alexy y Guido Fassò <sup>(7)</sup>.

Ahora bien, tal como hemos escrito en otra oportunidad, desde una acepción etimológica, la expresión fuentes del Derecho se refiere a todo aquello de lo que el Derecho procede, es decir, al origen de las normas jurídicas. El proceso de creación del Derecho, en realidad, es el que alude al concepto de fuentes del Derecho, o sea, a las distintas manifestaciones del Derecho en un ordenamiento dado.

El momento cumbre de la Constitución radica cuando se constituye en fuente de fuentes. El rol que desempeña la Constitución en el ordenamiento jurídico debe ser materia de atención por parte del operador-intérprete, ora el juez. En especial, debe poner énfasis a la coherencia lógica de las normas jurídicas dentro de cada uno de los Estados constitucionales modernos. Para lo cual se debe tener presente dos sistemas de articulación: a) el

---

<sup>(7)</sup> Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, citado, págs. 57-61.

principio de jerarquía normativa, y b) el principio de competencia o distribución de materias.

Grafiquemos con un ejemplo. La Constitución de 1993 en su artículo 51, establece lo siguiente: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente". De igual forma, el artículo 138 apunta: "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

Aquí está el principio (estructural) de jerarquía formal o normativa, que consiste en que a las normas se les asignan diferentes rangos, ya sea superior o inferior, según la forma que adopten, conforme enseña Ignacio de Otto. Es decir, hay diversas categorías de normas jurídicas que tienen diferente rango (*prelación*), relacionándose de manera jerárquica entre sí. Ahora bien, el respeto al principio de jerarquía normativa determina la *validez* de las normas jurídicas. Una norma que contradice a otra superior carece de fuerza normativa y adolece de un vicio de invalidez *ab origine*. De otro lado, el principio de jerarquía normativa es decisiva para determinar la vigencia temporal de las normas: *lex posterior derogat anteriori*.

Y, el principio (estructural), de competencia o distribución de materias supone, en su formulación más genérica, que cada norma sea dictada por el órgano que posea la *potestad normativa*, es decir, por el órgano correspondiente. Este principio demuestra también que en un mismo nivel jerárquico existen diversas categorías de normas.

#### **IV. Contenido y estructura teórica del libro "Las fuentes en el Derecho Comparado"**

Nos encontramos frente a una obra, sistemáticamente articulada en tres sendos capítulos, y que se podrían resumir así,

sin trastocar su limpieza expresiva, ni mucho menos el matizado pensamiento de los autores.

Por lo que respecta al Capítulo I (*Las categorías de referencia*) hemos de significar que constituye el punto de nacimiento para poder entroncar bien al Derecho Comparado, y sobre esa base, ampliar los horizontes de cualquier saber jurídico. Una vez más vienen a cuento los conceptos y las categorías (de alta significación, por ejemplo, en el Derecho Constitucional). En tal sentido, la *macrocomparación* —como objeto de estudio— permite establecer un concepto lógico y aglutinante de fuentes del Derecho: fuentes legales, fuentes *extra ordinem*, fuentes-acto, fuentes-hecho, fuentes de grado superior, fuentes de grado inferior, fuentes intermedias y fuentes supremas. Recuerdan los autores, tomando como norte el Derecho Político, el papel que le cupo desarrollar —por ventura hoy en día prácticamente extinguido— al *Derecho ideológico*, como forma de producción normativa, representada por el Derecho soviético desde 1917 hasta finales de la década de los ochenta del siglo XX: ósmosis entre el Derecho y la ideología política dominante.

Los autores —luego de haberlo espigado cuidadosamente— resaltan muy bien el influjo religioso en las fuentes, a través del *Derecho divino* <sup>(8)</sup>, en tanto que constituye una manifestación de la voluntad de una autoridad sobrenatural y que se impone a los destinatarios de las normas con la amenaza de sanciones en otra vida, juntas con otras de carácter terrenal. Para lo cual, hay tres religiones que califican la revelación divina como fuente del Derecho: a) Derecho canónico, b) Derecho hebreo y c) Derecho musulmán.

La *ratio* jurisprudencia, en tanto en cuanto es fuente del Derecho, desarrollada básicamente en Inglaterra, y cuyos fundamentos se manifiestan en las argumentaciones racionales de los jueces

---

<sup>(8)</sup> Viene a cuento el libro de John N. Figgis: *El derecho divino de los reyes y tres ensayos adicionales*, traducción del inglés de Edmundo O'Gorman, F.C.E., México, D.F., 1942.

ma romanista) cuyo campo de acción tiene presencia en los Estados de cuño democrático-liberal de la Europa Continental. En la actualidad, lo demuestra la *praxis*, ambas tienen línea de contacto, relaciones e interconexiones.

En cuanto concierne al Capítulo II (Fuentes del *Common Law*) diremos con Pegoraro y Rinella que entre el pasado y el presente se asiste a la circulación del modelo del *Common Law* (Derecho inglés) por los motivos siguientes: *a*) relaciones y distancias (factores divergentes) que se han presentado en el decurso de la historia entre el *Common Law* y el *Civil Law*; *b*) períodos de comunicación y diálogo entre ambos sistemas (por ejemplo, la presencia de Inglaterra, por lo demás "recalcitrante") en la Unión Europea con los Estados del *Civil Law*; y *c*) consolidación en el panorama internacional de dos modelos ejemplares de la familia del *Common Law*: el modelo inglés (Constitución flexible) y el modelo estadounidense (Constitución rígida). Enseñan los autores que el momento crucial de la separación de la familia del *Common Law* de la familia romanista se desarrolla a principios del siglo XVII debido a la fuerte personalidad de Sir Edward Coke (1552-1634).

En esa línea evolutiva, con precisión mayor, el *Common Law* presenta como rasgo característico —por espacio de cinco siglos— la centralización del sistema (medieval) judicial, es decir, es un Derecho regio con alcance y proyección a los súbditos y cuya composición dependía directamente del Rey <sup>(10)</sup>. Lo dicho demuestra que —y para eso sirve el Derecho Comparado— no se puede entender hoy en día el problema que vive el juez (*judge-made-law*), y como tal la judicatura, si es que no se toma como constante referencial a la realidad inglesa de aquella época.

---

<sup>(10)</sup> Vid. Jorge Carpizo: *Lineamientos constitucionales de la Commonwealth*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1971.

Y desde el ámbito procesal, los autores acometen la tarea de puntualizar que, el sistema inglés también hacía su propio espacio para poder fundamentarlo a través de diversas categorías: *cause of action* (reclamación de un derecho), *writ* o *brevis* (orden), *petitum causa petendi*, *itenera procesales*, *forms of action* (y su impacto en el *jury* o jurado), *writ in consimili casu*, *remedies precede rights*, *common lawyer*, *pleading*, *demurrer* y *serjeants* (hoy los *barristers*). Así, el procedimiento que realizaba la judicatura inglesa se tuvo que ir adaptando a nuevas experiencias puestas de relieve a la hora de llevar a término la impartición de justicia. Una de ellas es la *equity*, expresión del Derecho jurisprudencial derivados de los fallos provenientes de la *Court of Chancery* (Administración de la Cancillería), aun cuando con sus justos límites. El binomio legislación-jurisdicción tardó en asumir (decisión judicial) forma plena dentro del sistema del *Common Law*, como se demostró entre los años 1873 y 1875 a través de varias *Judicature Acts*.

El papel que cumple el precedente judicial resulta de vital importancia en el *Common Law* a través de la regla *stare decisis* que, en rigor, tiene doble valor: *a)* horizontal, ya que impone que todo tribunal debe seguir sus propios precedentes, y *b)* vertical, en tanto que obliga a los demás tribunales a someterse a los precedentes dictados por el tribunal jerárquicamente superior. Todo esto se ajusta y camina debido a la *opinion* del juez del *Common Law* puesta de manifiesto en la decisión judicial. La teoría clásica del precedente, nacida en Estados Unidos y luego irradiada en Inglaterra se cuaja a partir de los años 30 del siglo XX. Consta de dos partes: *a)* la *ratio decayendo*, que es la regla general, el principio jurídico subyacente que aplicado a los datos probados, determina la decisión del caso concreto; y *b)* el *boite dictame* o *gratis dicta*, que representan la parte de la decisión que no es reconocible a la *ratio decayendo*, y cuya autoridad es apreciable en términos de doctrina jurídica. En definitiva, la *decision* crea el precedente, y la *opinion* consiste en los argumentos de que se valen los jueces para motivar la *decision* misma.

Súmese a lo expuesto las recientes tendencias en la teoría del precedente desarrolladas en la jurisdicción del *Common Law*, sin abandonar las vigas maestras, con lo cual se presenta una suerte de reinterpretación en la regla del *stare decisis*. Como lo señalan Pegoraro y Rinella: un caso que sea frecuentemente *criticized* (criticado), *questioned* (cuestionado) o *distinguished* (de *distinguishing*: poder de distinguir) tiene más probabilidades de sufrir el *overruling* (negación del precedente) que siempre lo tiene un caso que se resuelve no tanto por el vínculo burocrático y positivista del precedente, sino por el conocimiento que alberga. De lo expuesto se desprende que: a) la técnica *anticipatory overruling* se basa en un principio del *stare decisis* que se entiende derivado no de decisiones anteriores, sino de decisiones futuras; y b) la técnica *prospective overruling* consiste en la posibilidad que tiene un juez de modificar un precedente que crea inadecuado ante la evolución previsible del supuesto de hecho que se discute: *pro futuro*.

Menciónese ahora dos últimos aspectos puntuales referidos a este capítulo. Me refiero a la labor que le toca desarrollar a la legislación en el *Common Law* y que comprende el conjunto de fuentes que presentan forma escrita: el *status* que una vez que ha sido promulgado queda suspendido hasta que el juez no proceda a su primera aplicación a un caso, para que recién ahí entre al circuito del *case law*. Y, en fin, el tema de las fuentes constitucionales o *constitutional law*, reconocidas en los sistemas del *Common Law*, y que tiene varios puntos de contacto con sus homólogas del *Civil Law*, como lo han demostrado en la obra Pegoraro y Rinella.

Su estructura la componen las convenciones constitucionales, es decir, normas de Derecho Público no escrito y que serían, básicamente, las siguientes <sup>(11)</sup>: la *Magna Charta Libertatum* (1215),

---

<sup>(11)</sup> Vid. Arthur E. Sutherland: *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana. (Ideas fundamentales sobre constitucionalismo)*, traducción del inglés de José Clemente, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Airés,

las *Confirmatio Chartarum* (1297), la *Petition of Rights* (1628), la *Habeas Corpus Act* (1679), el *Bill of Rights* (1689), el *Act of Settlement* (1701) modificada por la *Abdication Act* (1936), la *Representation of the People Act* (1867) y las *Parliament Acts* (1911 y 1949). Su complemento se ha hecho con las denominadas *conventions* (normas *extra-ordinem*) en su condición de reglas.

Y, en lo que atañe al Capítulo III (Fuentes del *Civil Law*) debemos precisar que la codificación francesa (*Code Civil* de 1804), la suiza y la alemana, fueron las que sentaron las bases en Europa del siglo XIX. A partir de ahí sus categorías se fueron expandiendo en el globo terráqueo. Paralelamente a ello, comienza a tomar fuerza el fenómeno del constitucionalismo y la expansión de los derechos fundamentales. Será el concepto de ley el que empiece a enriquecer el sistema de fuentes, sin embargo el concepto de Constitución (como meta-fuente) y el principio de rigidez serán los que diseñen la estructura taxonómica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, teniendo al frente al Tribunal Constitucional como "intérprete supremo" de la Constitución. Con el nacimiento de las constituciones rígidas, el concepto de reserva de ley (material y formal) ha sufrido una fuerte evolución.

Resulta interesante significar –siguiendo una vez más a los autores– que el procedimiento de formación de la ley (*iter legis*) se regula tanto en la Constitución, en los reglamentos parlamentarios, en las fuentes no escritas, algunas veces en leyes orgánicas y raramente en leyes ordinarias. Nos encontramos así con el tema de la técnica legislativa –elemento configurador del Derecho Parlamentario– y cuya labor también incidirá en el sistema de fuentes del Derecho.

El *iter* legislativo se encuentra articulado en tres fases o etapas: a) fase de iniciativa parlamentaria, procedimiento legislati-

---

1972. La presente obra constituye de capital importancia para abordar el tema en toda su complejidad.

vo o toma de consideración; *b*) fase constitutiva (en tres lecturas: anuncio del depósito, comisiones competentes y nuevamente la intervención del *plenum* que realiza el reconocimiento final del texto. Destácase aquí que la intervención del jefe del Estado en el procedimiento legislativo se manifiesta más allá de la fase introductoria en la fase de perfeccionamiento o de complemento de la eficacia, bajo tres modalidades diferentes: el reenvío al Parlamento de la deliberación del Legislativo, la sanción y la promulgación (o el rechazo). Y, *c*) la publicación a través de un periódico oficial para asumir la presunción de conocimiento de los ciudadanos pasado un período más o menos prudencial, no siendo usual que las leyes entren en vigor el mismo día de su aprobación.

Asimismo, subráyese la labor que cumple la ley orgánica en su versión moderna reconocida por la Constitución francesa de 1958, que constituye un acto-fuente del Parlamento que se aprueba mediante un procedimiento más riguroso, en comparación con el *iter* ordinario de la ley, que se encarga de regular materias que involucran principalmente a los poderes públicos que se encuentran limitados por los principios establecidos en la Constitución y que, como tal, están sometidos a un proceso de modificación y derogación más complejo.

Los actos con fuerza de ley del Poder Ejecutivo, la legislación delegada (*autorización*), los decretos y ordenanzas de necesidad (cuyo acto ahora es asumido por el Ejecutivo), las fuentes de los entes territoriales periféricos (constituciones y estatutos), la distribución de competencias (criterios por el cual cada materia es disciplinada por el "poder central"), las fuentes comunitarias (las Comunidades europeas, denominadas Unión Europea a partir de 1992), la *fuerza* de los actos comunitarios, los reglamentos, las fuentes-acto residuales, los reglamentos parlamentarios, las sentencias constitucionales, y el referéndum abrogatorio, rubrican a todas luces las singularidades que ofre-

ce el *Civil Law*, ahora expuestas y analizadas con el caudal de saberes, capacidad de síntesis y agudas reflexiones, por los constitucionalistas italianos Pegoraro y Rinella.

Así las cosas, ambos demuestran que dominan los estilos y las técnicas que todo cultor de la Ciencia Jurídica debe tomar en cuenta al momento de usufructuar el Derecho Comparado, en esta oportunidad, por el conducto del Derecho Constitucional.

## V. Consideraciones finales

Así pues, a la luz de todo lo expuesto diremos que *Las fuentes en el Derecho Comparado. (Con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, es un libro breve y conciso, pero preñado de sugerencias y rubricado con un exquisito anclaje bibliográfico. Ahí los lectores encontrarán las directrices fundamentales del Derecho Comparado, disciplina que sirve como cabeza de puente, ora al Derecho Privado, más en concreto al Derecho Constitucional Comparado<sup>(12)</sup>.

Y, además, consiguientemente, porque el libro contiene un riqueza de perspectivas científicas y académicas, útiles para quienes se proponen llevar adelante el cultivo del Derecho Constitucional Comparado, teniendo como norte el método comparativo, empleando lo que Pegoraro y Rinella han venido insistiendo con sobrada razón: *la circulación de los modelos clásicos*. Así, la presente obra acentuará con creces –qué duda cabe– el sincero contacto intelectual que tenemos con los constitucionalistas italianos, productos del buen entender y decir universitarios.

---

(12) Más propiamente, para el tema *vid.* José F. Palomino Manchego: *Syllabus de Derecho Constitucional Comparado*, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003, Antecede Liminar de Domingo García Belaúnde

Ya llegados a este punto, resulta conveniente señalar y recomendar al atento lector –si pretende sacar provecho– que se centre en el contexto general de la obra, aun cuando no sea necesario. Todo lo anterior nos sitúa ahora en condiciones de decir que, la incardinación del Derecho Comparado en el Derecho Constitucional –no empece decir que es un concepto netamente iusprivatista– se hace más notorio e imprescindible que en las demás disciplinas jurídicas. Dos botones de muestra: la Ley N<sup>o</sup> 27687 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) y la Ley N<sup>o</sup> 28094 (Ley de Partidos Políticos) traerán –qué duda cabe– una nueva perspectiva de análisis, y para eso hay que estar bien artillados con las categorías del Derecho Comparado.

Y los sistemas del *Common Law* y del *Civil Law*, como hacen notar los autores en las consideraciones finales cargadas de ideas, todas muy sugestivas, sirven de base para una mejor formación y visión de los juristas en el mundo jurídico. Las tareas vocacionales y el deseo de acercamiento intelectual de Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, puestas de relieve en el presente libro, demuestran que ambos siguen prestando un mejor servicio a la Ciencia del Derecho Constitucional. Por tanto, acojamos con cordial aprobación el presente libro útil y oportuno.

Bologna, octubre de 2001.

Lima, diciembre de 2003.

## PREFACIO A LA EDICIÓN PERUANA

Lucio Pegoraro  
Angelo Rinella

En un pasado que parece remoto sólo por el tumultuoso sucederse de los acontecimientos, la peculiar perspectiva que los ordenamientos latinoamericanos tenían del constitucionalismo creaba, para los constitucionalistas europeos, no pocas dificultades a la hora de realizar útiles microcomparaciones que superasen los confines de estos sistemas jurídicos. Ante entidades difícilmente comparables, el estudioso no podía más que confrontar instituciones, ordenamientos, sistemas de Gobierno dentro de este modo de concebir el Derecho; o bien realizar clasificaciones macrocomparativas con el fin de yuxtaponer la forma de Estado liberal-democrática, en sus múltiples manifestaciones, además de la forma socialista (y, según los casos, a otras que se quieran considerar, como por ejemplo la islámica) a la forma que caracteriza(ba) a los Estados del continente iberoamericano. Algún investigador no ha dudado incluso en individualizar una forma de Estado de los países en vías de desarrollo o una forma de Estado de la transición.

Por nuestra parte, hemos siempre considerado que esta elección enfatizase en exceso las patologías del desarrollo en ordenamientos cuyas raíces estaban, a pesar de todo, sólidamen-

te cimentadas, por una parte en el humus del constitucionalismo occidental; por otra, en el modo de hacer derecho de raíz romana, aunque hibridado por la fuerte influencia norteamericana y por la supervivencia (o reviviscencia) de instituciones autóctonas

Aunque con alguna vacilación, desde hace unos años el abuso de los estados de emergencia ha sido esporádico; numerosas constituciones se han actualizado y reformado sobre esquemas más próximos a las democracias estables; la expansión de los tribunales constitucionales y del control de constitucionalidad ha sido vertiginosa; se han introducido o reforzado los instrumentos de garantía de los derechos...

Todo esto estimula a los constitucionalistas (interesados también por los fenómenos contemporáneos de transición que se están produciendo en la ex Unión Soviética y en la Europa centro-oriental) a perfeccionar o incluso revisar los propios esquemas clasificadores; y a tomar conciencia del fenómeno actual de mundialización en lo que se refiere, no sólo a la economía, sino también a las estructuras jurídicas.

Es cierto que la atención de los mismos constitucionalistas europeos, en la mayoría de los casos, tiende a concentrarse en dos grandes direcciones: por un lado, la forma de Gobierno y, en general, la estructura de las instituciones; por otro, los derechos, las libertades y sus garantías. Por el contrario, la disciplina de las fuentes del Derecho queda relegada a un segundo plano. Y, sin embargo, este último argumento, bastante desvalorizado o al menos marginal en la literatura iuspublicista, es crucial en el estudio de otros temas. En efecto, la disciplina constitucional de las fuentes no sólo permite indicar la naturaleza de las recepciones o de las influencias de los modelos, revelando, contemporáneamente, el grado de resistencia de las experiencias inmediatamente precedentes y de reviviscencia de las más remotas, sino que permite igualmente percibir el modo en el que el poder constituyente o de revisión constitucional, muy

ocupado en los últimos lustros en América Latina, ha concebido el traspaso a una nueva forma de Estado (quizás) y a una nueva (o nuevas) formas de Gobierno.

La disciplina del sistema de fuentes, situándose en la encrucijada entre estos dos esquemas clasificadores, condiciona, ya sea las relaciones entre el pueblo y el Gobierno (basta pensar, por ejemplo, en las leyes en materia de libertad aprobadas por mayoría cualificada, o bien en los límites impuestos al Poder Legislativo de urgencia del Gobierno o a la atribución de poderes normativos a los entes locales), ya sea las relaciones entre los órganos supremos del Estado (prohibición o admisión de decretos-leyes o leyes delegadas, el papel del jefe del Estado en el procedimiento legislativo, las reservas de ley, la previsión de *domaines* reglamentarios, etc.)

Por tanto, el desarrollo de un nuevo constitucionalismo conlleva necesariamente un crecimiento paralelo de la investigación sobre el Derecho tal y como viene diseñado por la Constitución y no como viene adaptado (o deformado) por la praxis (es decir, entre otras cosas, contribuye a revalorizar la actividad de la doctrina jurídica, frecuentemente resignada a limitarse a la recopilación de la praxis o a la justificación de la ya existente).

Consideramos, por tanto, útil someter a la atención de los estudiantes y de los estudiosos peruanos (y en general latinoamericanos) este pequeño volumen, concebido como instrumento didáctico para los estudiantes italianos de las facultades jurídicas y politológicas, que pretende ofrecer una visión sintética, pero, en la medida de lo posible, exhaustiva, de los modelos de fuentes del Derecho y su circulación. Esperamos que de este trabajo se puedan obtener los elementos esenciales y las indicaciones bibliográficas útiles para profundizar en el estudio de los dos principales sistemas de fuentes que caracterizan el Derecho moderno (*common law* y *civil law*), en el contexto de otros modos de producción jurídica (consuetudinario, convencional, religioso: este

último, objeto de un inusitado despertar, especialmente en el mundo islámico).

Los autores queremos agradecer la hospitalidad de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional y, en particular, a nuestros amigos y colegas Domingo García Belaunde, José F. Palomino Manchego y César Landa Arroyo, por habernos animado a traducir el libro y someterlo a la crítica de la comunidad científica peruana y, sobre todo, a los vivaces y siempre atentos y curiosos estudiantes de las universidades del Perú.

Bologna, diciembre de 2002.

# CAPÍTULO I

## LAS CATEGORÍAS DE REFERENCIA

**Sumario:** 1. Definición y tipos. 2. El *genus* de las fuentes de origen político. El Derecho ideológico como especialidad del Derecho político. 3. Fuentes y fenómeno religioso: la voluntad divina como norma cogente. 4. La *ratio* jurisprudencial como fuente del Derecho. 5. *Usus* y *opinio*: los determinantes de las normas consuetudinarias. 6. Las convenciones: fuentes de "Derecho autónomo". 7. *Common law* y *civil law*.

### 1. Definición y tipos

La individualización de las fuentes del Derecho dentro de cada ordenamiento jurídico, generalmente obedece a una opción política, a una elección del legislador. En consecuencia, si se quisiera redactar una lista de las fuentes del Derecho, según criterios meramente descriptivos y con el solo fin de un reconocimiento sistemático, podría apreciarse la multiplicidad y multiformidad de los hechos de los que se hace derivar el Derecho objetivo.

No obstante, cuando se pretende una aproximación dogmática, ordenamiento por ordenamiento, al catálogo de las fuentes (es decir, a los posibles modos de producción normativa tal como se dan en los diferentes ordenamientos jurídicos), sólo el estudio macrocomparativo está en la capacidad de evidenciar la existencia de un concepto lógico y aglutinante de fuente del Derecho. Un concepto que, incluso aceptando su relatividad como consecuencia de los actos y hechos que le son atribuibles, permite identificar las fuentes del Derecho en torno a un elemento funcional y homogéneo. El carácter de la macrocomparación, en suma, consiente que se califiquen como "fuentes del Derecho" los hechos o actos que, en virtud de las normas sobre producción jurídica de los distintos sistemas normativos, se revelan idóneos para innovar el Derecho objetivo vigente<sup>(1)</sup>.

La innovación, sin embargo, podrá asumir en su momento la forma y los efectos de la creación, de la modificación o de la abrogación de disposiciones o normas. Dicho de modo más preciso, las fuentes de las que emanan actos normativos dan lugar a disposiciones normativas; en cambio, de las que presentan la estructura de hechos normativos, derivan modelos de comportamiento: de unas y de otras se deducen las normas a aplicar en cada caso concreto<sup>(2)</sup>.

---

(1) Pegoraro, L.; Reposo, A.: *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Bologna, 1993, págs. 9 y sgts.; ÍD: *Le fonti del diritto*, en Morbidelli, G.; Pegoraro, L.; Reposo, A.; Volpi, M.: *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 2ª. ed., 1997, págs. 163 y sgts.; Pegoraro, L.; Reposo, A.; Gobbo, M. (al cuidado de): *Lecture introduttive al diritto pubblico comparato*, Padova, 1998, págs. 59 y sgts.

(2) Pizzorusso, A.: *Sistemi giuridici comparati*, 2ª. ed., Milano, 1999, pág. 259. Sobre los diversos modos de producción del Derecho, véase también Losano, M. G.: *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extra-europei*, nueva edición, Roma-Bari, 2000.

Ahora bien, los sistemas de fuentes del Derecho normalmente presentan una articulación compleja, que es proporcional al grado de complejidad de la *societas* a la que se refieren. Es posible, sin embargo, ofrecer una serie de distinciones de carácter general que facilitan la lectura del amplio cuadro de referencia mediante la individualización de algunos tipos.

En primer lugar, se advierte que también puede producirse *derecho* fuera de las reglas establecidas para la producción jurídica (especialmente en los ordenamientos inestables o menos evolucionados); lo que obliga a distinguir las *fuentes legales* de las *fuentes "extra ordinem"*, que si se aplican, aun cuando se produzcan de forma irregular, pueden ascender al rango de fuentes del Derecho en virtud del principio de efectividad.

En segundo lugar, en el ámbito de las fuentes reconocidas legalmente, se suele distinguir entre *fuentes-acto* y *fuentes-hecho*. Esta contraposición se apoya específicamente en la circunstancia de que la creación, la modificación o la abrogación de disposiciones, o la determinación de modelos de comportamiento, sea o no sea consecuencia de una actividad relacionada con la producción normativa. Cuando las normas jurídicas deriven de una actividad que no fuese desarrollada con aquel objetivo, nos encontraríamos ante fuentes-hecho, como la costumbre o el precedente judicial.

Las fuentes-acto, por su parte, constituyen el resultado de una actividad puesta en práctica por los órganos legitimados para ello con el principal objetivo de crear, modificar o abrogar normas jurídicas. Así, por ejemplo, son fuentes-acto la Constitución, la ley orgánica, la ley, el reglamento y los otros actos diseñados para la producción del Derecho.

Una tercera y ulterior distinción entre las fuentes del Derecho —que tiene valor en relación con los ordenamientos modernos— se basa en el tema del diferente grado de eficacia normativa que el ordenamiento atribuye a los materiales producidas por ellas.

El fundamento de esta distinción se halla en la teoría de la jerarquía de las fuentes<sup>(3)</sup>, en virtud de la cual se solucionan las antinomias que surjan entre fuentes de grado superior y fuentes de grado inferior<sup>(4)</sup>. Las primeras, en efecto, obran como factores de justificación del carácter normativo de las fuentes inferiores y, al mismo tiempo, como límite de su posible contenido; las segundas, a su vez, obran como instrumento de realización y especificación de las fuentes superiores.

Ahora bien, los "grados" en los que será posible distinguir las fuentes podrán variar, por número y denominación, de ordenamiento a ordenamiento. No obstante, con carácter general, la jerarquía de las fuentes de los ordenamientos estatales se suele articular en tres grados, que se corresponden respectivamente, y en orden decreciente, con las *normas constitucionales*; las normas legislativas ordinarias o *normas primarias*; y las normas reglamentarias o *normas secundarias*.

En los ordenamientos con *Constitución flexible*, como el británico, desaparece la separación por grados entre Constitución y ley ordinaria.

---

(3) Véanse de A. Merkl algunos de sus ensayos traducidos al italiano y recopilados por Patrono, M., en *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1978; de Kelsen, H.: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, 1934; ÍD.: *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960; ÍD.: *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945.

(4) El desarrollo de sistemas normativos, sin embargo, ha originado no pocas brechas en la perfecta construcción kelseniana; lo que, junto a la falta parcial de idoneidad del criterio de *jerarquía* como instrumento de solución de las antinomias, ha reforzado la afirmación del criterio de *competencia*, el virtud del cual una norma es válida en la medida en que disciplina materias reservadas a ella y, en consecuencia, quedan vetadas para otras fuentes. V. *infra* el Cap. III.

A la inversa, la presencia de una *Constitución rígida* implica que sólo pueda ser modificada por una fuente de igual grado; que, en consecuencia, ha de ser diferente de la ley ordinaria (además, el procedimiento suele ser complejo y agravado). Por otro lado, la rigidez de la Constitución determina –casi siempre<sup>(5)</sup>– la introducción de técnicas dirigidas a sancionar la violación por las normas jerárquicamente subordinadas (control de constitucionalidad).

Es oportuno referir que, respecto de la Constitución, se pueden establecer ulteriores grados según se trate de un ordenamiento u otro. Es el caso de las *fuentes supremas*, que no son susceptibles de ser modificadas por los procedimientos normales de revisión; bien por expresa disposición<sup>(6)</sup>; bien porque se refieren a principios cuya modificación adulteraría la llamada Constitución material vigente. Dentro de este bloque, se está pensando también en las fuentes intermedias entre la Constitución y la ley ordinaria, como es el caso de las leyes orgánicas<sup>(7)</sup>.

## 2. El *genus* de las fuentes de origen político. El Derecho ideológico como especialidad del Derecho político

Respecto de lo que se ha examinado hasta aquí, la forma de producción jurídica definida como *Derecho político* asume una di-

(5) Cfr. Blanco Valdés, R.L.: *Introducción a la Constitución de 1978*, Madrid, 1998, trad. it., *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Torino, 1999, pág. 179.

(6) V. el art. 139 de la Constitución italiana y el art. 288 de la Constitución portuguesa.

(7) Las leyes orgánicas se prevén en los ordenamientos francés, español, portugués, brasileño, venezolano, peruano y rumano, entre otros. Acerca de esto v. *infra* Cap. III, § 10.

mención vastísima, teniendo en cuenta que, en los Estados contemporáneos, es, con mucho, la más difundida.

Ésta, según la opinión de una acreditada doctrina<sup>(8)</sup>, presenta en efecto como carácter distintivo el hecho de proceder de una autoridad política, generalmente de uno o más órganos situados en la cúspide del ordenamiento —sea el jefe de la tribu o el presidente de la República—, que traduce la dirección política del Gobierno en normas jurídicas sobre la base de valoraciones políticas. Rige, pues, el principio de que los destinatarios de las normas deben prestar obediencia a la autoridad política.

Resulta de ello, una categoría con unos límites extremadamente vastos; que parece agotar su valor eurístico en la clasificación recogida, en cuanto que significativa útil para todas aquellas formas de producción jurídica que no son reconducibles a las otras clases<sup>(9)</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, resulta indispensable proceder, dentro de la categoría del Derecho político, a nuevas distinciones y clasificaciones. Por ejemplo y de acuerdo con lo propuesto por la citada doctrina, es posible encontrar significativas diferencias entre las fuentes del Derecho según las formas que adquiera la organización política en su ámbito de producción.

Así, derivan importantes diferencias del hecho de que un mismo tipo de fuente opere en un Estado centralizado o en uno de carácter compuesto; o según que la forma de Gobierno sea autoritaria o democrática, y, en este último caso, de acuerdo con el

(8) Pizzorusso, A.: *Sistemi giuridici comparati*, cit., pág. 349.

(9) Reposo, A.: *I modi contemporanei di produzione del diritto*, en Morbidelli, G.; Pegoraro, L.; Reposo, A.; Volpi, M., *ob. cit.*, pág. 162, hace notar que, bien pensado, todo el Derecho es político en tanto que, sea cual fuere la forma de Estado y la tipología que asuman las fuentes, éstas resultan siempre reconducibles a una autoridad política estatal.

tipo de forma de Gobierno diseñado por la Constitución (parlamentaria, presidencial, etc.)

Dentro de este panorama, debe reconocerse una particular posición al *Derecho ideológico*, es decir, a aquella forma de producción normativa en la que es profunda la ósmosis entre el Derecho y la ideología política dominante<sup>(10)</sup>. La referencia más evidente de esta clase de fuentes la ofrece el sistema de Derecho soviético, tal como fue configurado entre 1917 y el final de los años ochenta<sup>(11)</sup>.

Con el triunfo de la doctrina marxista-leninista (1917), la fuente del Derecho por antonomasia se identificó con la organización económica comunista del Estado. En realidad, en la base de la ideología comunista estuvo –y todavía está en los pocos ordenamientos que se inspiran en esa ideología– la necesidad de

(10) Cfr. Reposo, A.: *I modi contemporanei di produzione del diritto*, cit., pág. 163.

(11) Una cierta analogía con el fenómeno del Derecho soviético –al menos desde el punto de vista de los perfiles iuspublicísticos– presentan otras experiencias maduras en Europa en el curso del siglo XX. Son los casos de la Italia fascista, la Alemania nacionalsocialista o la España franquista. Quedan, sin embargo, experiencias que deben ser reconducidas a la esfera del *civil law*.

Sobre el derecho de los países socialistas, pueden consultarse en la literatura italiana a Biscaretti di Ruffia, P.: 1988-1990. *Un triennio di profonde riforme costituzionali*, Milano, 1991; Bartole, S.: *Riforme costituzionale nell'Europa centro-orientale*, Bologna, 1993; Pegoraro, L.: *Il sistema delle fonti giuridiche nelle Costituzioni dei Paesi dell'Est europeo*, en *Quad. cost.*, 1995, págs. 111 y sgts.; Ajani, G.: *Le fonti non scritte nel diritto dei Paesi socialisti*, Milano, 1985; ÍD.: *Il modello post-socialista*, Torino, 1996. En otros idiomas, a David, R.: *Le droit soviétique*, I, *Les données fondamentales du droit soviétique*, Paris, 1954; Hazard, J. N.: *Communists and their Law: a Search for the Common Core of the Legal System of the Marxian Socialist States*, New York, 1969; Hazard, J. N.; Shapiro, I.; Maggs, P. B.: *The Soviet Legal System*, New York, 1969.

abolir el Derecho y el Estado, en tanto que meras superestructuras de la organización económica. Sin embargo, no se llegó nunca a este estadio de evolución y, de igual modo que no fueron derogadas las codificaciones (constitucionales y legislativas), se continuó produciendo de manera similar el Derecho.

En tal sistema, la ley asumió el papel de instrumento para la realización de la dictadura del proletariado, organizado en el partido único. Las formas de producción normativa, coherentemente con tal diseño, situaron a la cabeza del sistema la organización estatal y, dentro de ésta, al partido comunista. Negada toda división de poderes, la suma de los mismos fue concentrada en manos de los órganos dirigentes del partido, a los que correspondió, en consecuencia, la primacía sobre las fuentes. Desde esta perspectiva, la misma Constitución no representaba –y representa– otra cosa que una mera tabla descriptiva de las relaciones económico-sociales establecidas o programadas, o establecidas y programadas<sup>(12)</sup>.

### **3. Fuentes y fenómeno religioso: la voluntad divina como norma cogente**

El fenómeno religioso cruza y atraviesa el sistema de las fuentes del Derecho desde las sociedades primitivas.

Aún hoy es posible hallar ordenamientos jurídicos cuya estructura y, en especial, cuyo sistema de producción normativa presenta fuertes interconexiones con el fenómeno religioso dominante.

---

(12) Debe recordarse que, después del segundo conflicto mundial, el área de influencia del Derecho soviético (o *Socialist Law*) se extiende a Polonia, Checoslovaquia, Hungría, Rumanía, Bulgaria, Albania, las regiones bálticas, la ex Alemania Oriental (DDR) y la ex Yugoslavia. La circulación de tal modelo fue posible por la adopción, en aquellos países, de constituciones de contenido fuertemente ideologizado.

En este párrafo limitaremos nuestras consideraciones al llamado *Derecho divino*, es decir, al Derecho que se sustancia por la manifestación de la voluntad de una autoridad sobrenatural y que se impone a los destinatarios de las normas con la amenaza de sanciones en otra vida, junto con otras de carácter terrenal<sup>(13)</sup>. Nos detendremos, en particular, en las religiones que califican la revelación divina como fuente del Derecho (la hebrea, la cristiana y la musulmana) y no en aquellos fenómenos religiosos que, aun cuando presentan numerosas zonas de intersección con los sistemas de fuentes de cada Derecho vigente, por su carácter politeísta o antropocéntrico, o por ambos motivos, no parecen encuadrables en la noción de Derecho divino que manejamos (es el caso de la religión hindú; pero también ha de tenerse en cuenta el papel que el elemento religioso ha asumido en los ordenamientos jurídicos de Extremo Oriente, como son los Derechos chino y japonés).

#### a) *Derecho canónico*

El ordenamiento jurídico de la Iglesia católica, o Derecho canónico, hunde sus raíces en épocas muy antiguas. La doctrina suele distinguir tres fases en la historia del Derecho canónico: la primera se extiende desde los orígenes del cristianismo al siglo XII, cuando se realiza la primera compilación no oficial de los cánones en el *Decretum Gratiani* (1139-1148); la segunda fase comprende el período que va del siglo XII al Concilio de Trento (1545-1563); la tercera fase discurre desde el siglo XVI hasta la compilación del primer *Codex Iuris Canonici* de 1917 (reemplazado por el nuevo *Codex* de 1983).

La parte del Derecho canónico de derivación divina (*ius divinum*) se compone del *ius divinum positivum*, que resulta de la revelación de las Sagradas Escrituras y el mensaje evangélico; y

(13) El esquema lógico, como veremos, no es distinto del llamado *Derecho político*.

del *ius divinum natural*, que asume, en cambio, como fundamento la identidad entre voluntad divina y racionalidad.

Los destinatarios del Derecho canónico son todos los bautizados: ellos están sometidos al ordenamiento de la Iglesia, de cuya aplicación se encargan los tribunales eclesiásticos.

Además de aplicarse en el Estado de la Ciudad del Vaticano, el Derecho canónico, al día de hoy, también es fuente jurídica en algunos países, si bien sólo respecto de ciertas instituciones y sobre la base de un régimen concordatario <sup>(14)</sup>.

### b) *Derecho hebreo*

El Derecho hebreo se compone del conjunto de textos bíblicos que contienen la revelación divina (*Torá*) y de la interpretación que ha elaborado la doctrina teológica de tales textos, inspirada por la divinidad (*Talmud*) <sup>(15)</sup>.

Desde un punto de vista subjetivo, los destinatarios del Derecho hebreo no son los que se adhieren voluntariamente a la religión, sino los que, habiendo nacido de mujer hebrea, pertenecen al pueblo hebreo.

---

(14) Sobre la cuestión, véanse al menos Padoa Schioppa, A.: *Il diritto canonico come scienza nella prospettiva storica: alcune riflessioni*, en *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milano, 1995; Composta, D.: *Secolarizzazione e diritto canonico*, Milano, 1994; Hervada, J.: *Diritto costituzionale canonico*, Milano, 1989.

(15) En cuanto al Derecho hebreo, pueden consultarse las siguientes obras: Horowitz, G.: *The Spirit of Jewish Law*, New York, 1953; Elman, P. (ET AL.): *An Introduction To Jewish Law*, London, 1958; Elon, M.: *Jewish Law. History, Sources, Principles*, 4 vols., Philadelphia-Jerusalem, 1994; Shapiro, A.; De Witt-Arar, K. C. (al cuidado de): *Introduction to the Law of Israel*, The Hague-London-Boston, 1995; Rabello, A.M.: *European Legal Traditions and Israel*, Jerusalem, 1994; Rescigno, F.: *Scritti sul sistema istituzionale israeliano*, Rimini, 1996.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el Derecho hebreo tiene vigencia actualmente en el Estado de Israel como estatuto personal de los judíos y de forma limitada respecto de algunas esferas de la vida privada (familia); ello, no obstante, no le priva de influencia sobre la producción del Derecho político vigente.

Fuera del Estado de Israel, el Derecho hebreo puede encontrar aplicación por voluntad de los propios judíos, que, a veces, con el fin de regular la relación con el Estado en que se instalan, promueven acuerdos jurídicamente vinculantes.

### c) *Derecho musulmán*

El vínculo entre religión y Derecho se presenta de un modo intenso en el caso del Derecho musulmán, hasta el punto de que la Ciencia jurídica está subordinada a la teología, con lo que el sistema de fuentes resulta vinculado al ritual religioso.

El islamismo ha producido un Derecho (la *sharia*) que resulta de la suma de cuatro fuentes: la revelación divina por medio del profeta Mahoma, recogida en el Corán; la *sunna*, es decir, el complejo de reglas (*hadit*) deducidas de las palabras y las acciones del profeta por los intérpretes, además de la aprobación que aquél haya dado directamente a hechos directa o indirectamente conocidos; el *idjma*, esto es, las reglas alrededor de las que se ha producido el consenso de la doctrina jurídica y que, por tanto, se creen conformes a la voluntad divina; el *qiyas*, o lo que es lo mismo, el complejo de reglas deducido por analogía de las normas derivadas de otras fuentes. A partir de la revelación divina se fue construyendo un Derecho jurisprudencial, predominantemente elaborado entre los siglos VII y X, que todavía hoy constituye el núcleo irreformable del Derecho musulmán vigente.

La compenetración que se registra en el Islam, entre religión y Derecho, es tan fuerte que justifica la presencia en la actualidad de Estados islámicos confesionales.

Resulta más fácil comprender que un Derecho cristalizado hace cerca de diez siglos pueda encontrar aplicación en ciertos ordenamientos, si se tienen en cuenta las siguientes circunstancias.

Primera: el contenido del Derecho musulmán se refiere predominantemente a la materia privada y a la penal; por tanto, el Derecho público dispone de un cierto margen de acción.

Segunda: la necesidad de modernizar el Derecho musulmán se ha perseguido a veces mediante procesos de laicización (Turquía y los Estados musulmanes de la ex Unión Soviética); en la mayoría de los casos, a través de sistemas normativos basados en la coexistencia del Derecho divino y del Derecho político <sup>(16)</sup>.

#### 4. La *ratio* jurisprudencial como fuente del Derecho

La autoridad que deriva de la razón constituye el fundamento de la producción del Derecho por vía jurisprudencial.

Ya desde la antigüedad, las reglas que debían aplicarse para la solución de los conflictos de intereses fueron el resultado del razonamiento humano dirigido a investigar cada caso concreto según técnicas racionales; de modo que se privilegió la fuerza del Derecho frente a un *derecho* de la fuerza.

---

<sup>(16)</sup> Naturalmente esta coexistencia no es de tipo paritario. Así, frente a los sistemas en que la adopción de constituciones, códigos y leyes ha permitido la reducción del alcance del Derecho musulmán, al menos por vía jurisprudencial (Túnez, Egipto, Irak, Siria), se encuentran los que todavía reconocen la prevalencia del Derecho musulmán en el sistema de fuentes (Libia, Sudán, Arabia Saudí, Irán). Cfr. De Wael, H.: *Le droit musulman. Nature et evolution*, Paris, 1989; Azziman, O.: *La traditionalisation du droit: tradition juridique islamique et droit privé marocain*, Roma, 1993; Castro, F.: *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, en *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; ÍD.: *Diritto musulmano*, en *Dig. priv.*, VI, Torino, 1990.

La doctrina de los jurisconsultos romanos constituyó la base del Derecho vigente durante muchos siglos; la misma codificación justiniana y la obra de los juristas en las universidades medievales, que llevó a la construcción del "Derecho común" —que ha permanecido en vigor en muchas partes de Europa hasta la época de las codificaciones—, representan formas de reelaboración de aquella doctrina que predominantemente fue el resultado de una actividad racional<sup>(17)</sup>.

Una estructura diferente presenta el Derecho de carácter jurisprudencial que se ha desarrollado en Inglaterra y, a partir de ello, en otras partes. En lugar de la elaboración sistemática de la doctrina jurídica, el Derecho jurisprudencial anglosajón se fundamenta en las argumentaciones racionales de los jueces producidas para solucionar casos concretos. Dicho en otras palabras, se organiza como una estratificación de decisiones jurisprudenciales que da lugar a un sistema llamado *common law*, en el que se atribuye valor normativo al precedente<sup>(18)</sup>.

Dentro del campo del Derecho jurisprudencial, puede también incluirse el fenómeno de producción normativa conocido con el nombre de "Derecho transnacional"<sup>(19)</sup>. Lo que se explica por el gran número de casos en que la búsqueda de soluciones conduce a la aplicación de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos que son diferentes al de referencia. Operación que sucede sin que tengan que realizarse actos específicos de recepción de normas extranjeras, sino, al contrario y por lo gene-

---

(17) Gorla, G.: *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.

(18) Véase el capítulo II del presente volumen, dedicado a tal sistema.

(19) Ferreri, S.: *Le fonti normative di produzione non nazionale*, en *Tratatto di diritto privato*, dirigido por P. Rescigno, I, Torino, 1984. En lengua no italiana, pueden verse las obras de Jessup, C.: *Transnational Law*, New York, 1983; Osman, F.: *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992.

ral, a causa del espontáneo y extendido reconocimiento del valor "común" dado a esa regla; es decir, de su aptitud para obrar como norma jurídica, incluso fuera de su propio ordenamiento.

La experiencia contemporánea conoce muchos casos de este tipo, especialmente en materia de derechos humanos, donde la jurisprudencia, refiriéndose a documentos y a pactos internacionales, da lugar a la formación de modelos jurídicos desde un acervo cultural común<sup>(20)</sup>. Deriva de ello un *Derecho transnacional* que se obtiene del conjunto de aquellos principios jurídicos fundamentales y comunes a diversos ordenamientos, coherentes dentro de una concepción del Derecho basada en la razón y es capaz de persuadir a otros sujetos (no vinculados a ellos) de su idoneidad para regular ciertas materias o determinados hechos<sup>(21)</sup>.

Asunto común a estas formas de producción normativa es que no tienen como fundamento una autoridad que derive de investidura alguna, ni mucho menos el consentimiento de los destinatarios; pues su fuerza reside en hacer que prevalezcan soluciones racionales, cuyo valor principal estriba en la persuasión de las argumentaciones.

El Derecho jurisprudencial tiene un papel de gran relieve en los ordenamientos contemporáneos, con independencia de la cir-

---

(20) Basta citar el art. 38.c) del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (actualmente, en el sentido del art. 92 de la Carta de la ONU, opera en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas), donde se establece que puede utilizar, como fuente del Derecho, «los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas». Pero también pueden anotarse los casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que han utilizado los principios generales de los Derechos de los Estados miembros como complementarios o interpretativos de las normas de los tratados constitutivos.

(21) Véase Rigaux, F.: *L'insertion de la déclaration d'Alger dans un nouvel ordre transnational humanitaire*, Roma, 1983.

cunstancia del valor de fuente que le sea reconocido formalmente a la doctrina y a la jurisprudencia, o a ambas <sup>(22)</sup>.

No obstante, debe señalarse que, en el área de influencia del *common law*, el precedente judicial se sitúa comúnmente al nivel de una fuente del Derecho; mientras que, en los países de *civil law*, por lo general sólo se le reconoce valor en el plano de la interpretación. Dicho lo cual, debe decirse que, en los ordenamientos de *civil law* en los que se ha introducido el control de constitucionalidad de las leyes, se ha planteado la idea de reconocer el carácter de fuente del Derecho al precedente judicial.

En este sentido, las decisiones de los tribunales constitucionales que producen el efecto inmediato de anulación de una norma inconstitucional con eficacia *erga omnes* pueden contarse, en efecto, entre las formas jurisprudenciales de producción normativa, en la medida en que el órgano se componga predominantemente de juristas y deba motivar expresamente sus decisiones.

Sin embargo, además de valer como precedente, las decisiones de inconstitucionalidad determinan una modificación del ordenamiento vigente, con unos resultados por lo común derogatorios, pero a la vez innovadores, especialmente en los casos en que contienen interpretaciones de contenido positivo <sup>(23)</sup>.

## 5. *Usus y opinio*: los determinantes de las normas consuetudinarias

La definición de costumbre hunde sus raíces en una elaboración teórica desarrollada desde la antigüedad <sup>(24)</sup>. Se basa en los

<sup>(22)</sup> Gray, G.: *The Nature and Source of the Law*, Gloucester, 1921.

<sup>(23)</sup> V. *infra* Cap. III.

<sup>(24)</sup> Es suficiente citar las *Istitutiones* de Justiniano (I, 2, 9) donde está escrito «Ex no scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores

requisitos que debe tener el comportamiento que la constituye para que pueda configurarse la norma jurídica.

Los requisitos que determinan la fijación de una norma consuetudinaria son el *usus* y la *opinio* <sup>(25)</sup>, es decir, la repetición general, uniforme, constante, frecuente y pública de un determinado comportamiento (*usus* o elemento material de la costumbre); al cual se suma la conciencia del que tiene ese determinado comportamiento de que cumple un deber jurídico cuando realiza tal uso (*opinio* o elemento espiritual de la costumbre).

Hay que decir que la noción de costumbre viene frecuentemente referida a los ordenamientos jurídicos de las sociedades "primitivas" <sup>(26)</sup>, ya se remontan a la antigüedad, ya continúen en vigor con su valor jurídico involutivo <sup>(27)</sup>. Ante tal situación, la costumbre asume un sentido extenso, que llega a comprender fenómenos jurídicos que, acaso, se encuadrarían mejor en el Derecho divino, por sus motivaciones conexas con la influencia de entidades sobrenaturales.

Sin embargo, prevalece generalmente en tales sociedades la idea de que los comportamientos establecidos por los antepasados, o los ancianos, son deberes y, además, no susceptibles de modificación.

---

consensus utentium comprobati legem imitantur» («La norma confirmada por el uso da origen a un dato escrito. En efecto, las costumbres con el tiempo asentadas, corroboradas por la aceptación de quienes la practican, se imagina a modo de ley»).

(25) Forma abreviada de *opinio iuris ac necessitatis* del *usus*.

(26) Diamond, A.S.: *Primitive Law*, London, 1950.

(27) El carácter primitivo del Derecho depende del ordenamiento al que se refiera. Así, por ejemplo, la literatura jurídica considera «Derecho primitivo» el que se ha desarrollado con anterioridad al Código de Hammurabi (1914 a.C.); al Derecho romano del 160 a.C.; al Derecho inglés consolidado en torno al 1250 d.C. Cfr. Diamond, *ob. cit.*

No obstante, muchos textos que han constituido las bases de referencia del moderno Derecho, son el resultado de un proceso de codificación o compilación de costumbres preexistentes (del Corán a la Biblia y a los Veda); codificación y compilación que también en épocas recientes han señalado la evolución de determinados ordenamientos <sup>(28)</sup>.

La función que el Derecho consuetudinario desarrolla en el ordenamiento internacional, posee un carácter completamente peculiar. En tal contexto, la ausencia de un órgano al que se le reconozcan poderes normativos formales hace que la principal fuente del Derecho internacional –si no lo única– acabe siendo el conjunto de los comportamientos mantenidos por los Estados y aceptados por ellos como jurídicamente vinculantes.

Los mismos tratados, que presentan una estructura jurídica más próxima a los actos negociales (“Derecho convencional”) que a los actos normativos, asumen un papel de indicadores de normas, antes que de creadores de las mismas.

En los ordenamientos estatales modernos y desarrollados, está extendida la idea del predominio de la ley sobre la costumbre, a causa de una consolidada concepción iuspositivista.

---

<sup>(28)</sup> La doctrina comparatística (David, R.; Jauffret-Spinozi, C.: *Les grandes systèmes de droit contemporains*, Paris, 1992; trad. it.: *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, al cuidado de R. Sacco, Padova, 1994) pone de relieve que Madagascar y toda el África subsahariana han vivido durante siglos, y aún lo siguen haciendo, de acuerdo con usos (patriarcales y matriarcales) a los que se ha superpuesto el Derecho colonial. El propio *common law* inglés se ha formado sobre la base de un Derecho consuetudinario preexistente (Mattei, U.: *Il modello di common law*, Torino, 1996; Criscuoli, G.: *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 2000); así como a partir de 1453 asumió en Francia una particular relevancia la recopilación y la progresiva consolidación de las *coutumes* (Ravà, T.: *Un’esperienza di interpretazione comparativa: origini e struttura delle fonti nella “common law” inglese*, en *Scritti in onore di S. Pugliatti*, II, Milano, 1978).

En consecuencia, las normas que derivan de actos legislativos prevalecen sobre las normas consuetudinarias precedentes y, así, impiden que se formen posteriores costumbres *contra legem*.

La esfera de operatividad de la costumbre, pues, se limita a aquellos casos en que la misma ley reenvía al uso (costumbre *secundum legem*). La situación, como las soluciones, son diferentes en cada ordenamiento ante la hipótesis de una costumbre *praeter legem* (relativa a materias no disciplinadas por la ley). En este caso, la admisibilidad de esta forma de costumbre depende de una concepción del Derecho que consienta una integración de la disciplina legislativa de ese modo o que, por el contrario, contemple la posibilidad de que el sistema legislativo presente lagunas <sup>(29)</sup>.

---

(29) La costumbre *praeter legem* recibe interpretaciones contradictorias en Francia; en Italia, de acuerdo con el art. 8 disp. prel. del Código Civil de 1942 (actualmente vigente), parece que se pudiera admitir la costumbre *praeter legem*; pues de hecho dice que en las materias reguladas por las leyes y los reglamentos, los usos sólo tienen eficacia cuando lo dispongan aquéllos [«nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati»]. Sin embargo, prevalece el recurso a la analogía cuando deban salvarse eventuales lagunas. Cfr. Bobbio, N.: *Consuetudine (teoria generale)*, en *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, págs. 439 y sgts.

En cambio, se admite explícitamente en el art. 1, c. 2, del Código Civil suizo de 1907 y en el art. 1.3 del Código Civil español, tras la modificación introducida por el Decreto de 31 de mayo de 1974. En España, además, tienen gran importancia las antiguas costumbres del Derecho foral.

El Derecho inglés, por su parte, considera el empleo de la costumbre *praeter legem* como fuente del Derecho, siempre y cuando su antigüedad sea inmemorial, para lo cual debe probarse que ha sido observada de manera ininterrumpida desde tiempos anteriores a 1189; lo que generalmente resulta imposible y hace que el uso *praeter legem* se excluya para efectos prácticos de este sistema normativo.

## 6. Las convenciones: fuentes de "Derecho autónomo"

La contraposición teórica entre "Derecho autónomo" y "Derecho heterónomo" <sup>(30)</sup> permite calificar el Derecho de base convencional como conjunto de normas autónomas sobre cuyo contenido los destinatarios se han puesto de acuerdo previamente <sup>(31)</sup>.

En la raíz del Derecho convencional, se encuentra un pacto aprobado por unanimidad (no, por tanto, según el principio de mayoría) por el que los destinatarios de las reglas que derivan del mismo se obligan a observarlo (*pacta sunt servanda*).

Se hallan fácilmente los puntos de contacto entre el Derecho convencional y el instituto privado del "contrato", en virtud del cual las partes regulan sus intereses comunes en términos recíprocamente vinculantes, sin eficacia alguna para los terceros, salvo el caso que se actúe de buena fe.

Sin embargo, el Derecho convencional, a diferencia del negocio jurídico, puede contarse entre las fuentes del Derecho de un ordenamiento jurídico, en tanto que idóneo —al menos en algunas circunstancias— para producir efectos sobre todos los asociados y no sólo sobre los que se vinculan voluntariamente.

En la experiencia de los Estados contemporáneos, la producción normativa de base pactista o convencional se limita a pocas hipótesis.

En primer lugar, los tratados internacionales, que constituyen la clase de Derecho convencional producido en el ámbito de la comunidad internacional y que, a causa de la ratificación, se transforman en Derecho interno.

<sup>(30)</sup> Kahn-Freund, O.: *Collective Bargaining and Legislation. Complementary and Alternative Sources of Rights and Obligations*, en *Selected Writings*, London, 1978.

<sup>(31)</sup> A diferencia del Derecho heterónomo, sea consuetudinario o jurisprudencial, o fundado en la autoridad divina o política.

No es extraño que también se prevean, en normas constitucionales, "pactos", "concordatos" o "acuerdos", generalmente con las confesiones religiosas, cuya recepción habrá de hacerse mediante una ley del Estado. Tampoco puede desdeñarse el caso, muy difundido en los actuales ordenamientos, de la contratación colectiva en materia de trabajo, por el que textos normativos redactados entre las partes con una estructura contractual adquieren eficacia *erga omnes* a causa de una norma específica sobre la producción jurídica; o bien como consecuencia de la fuerza política de los sindicatos (en tal caso, se trataría de una aplicación *extra ordinem*)<sup>(32)</sup>.

Particular relieve, por su rango reconocido, asumen las "convenciones de la Constitución"; se trata de acuerdos, también tácitos, por los que los titulares de órganos constitucionales observan reglas de comportamiento en las relaciones recíprocas e internas, en virtud del hecho de que son aceptadas y compartidas por todos. El límite de su eficacia normativa lo marca la pérdida del consentimiento entre los distintos órganos que han estipulado la convención.

Por razones de sobra conocidas, las convenciones constitucionales ocupan una posición de primer plano en el ordenamiento británico. En éste, las reglas de comportamiento constitucional se consideran vinculantes por los que aplican, en un sentido amplio, la Constitución, incluso aun cuando no estén garantizadas por ningún juez, ni mucho menos por los presidentes de las Cámaras. De acuerdo con una conocida definición, son "reglas no legales que establecen los modos en que las reglas legales deben aplicarse"<sup>(33)</sup>.

---

(32) Daintith, T.: *Regulation by Contract: The New Prerogative*, en *Current Legal Problems*, XXXII, 1979, págs. 41 y sgts.

(33) Marshall, G.; Moodie, G.C.: *Some Problems of the Constitution*, London, 1971.

No obstante lo cual, deben señalarse los intentos aislados de algunos tribunales por superar el límite de no enjuiciamiento de las normas convencionales. En particular, los Tribunales Supremos de Canadá e Israel, han estimado recientemente que podían utilizar las convenciones constitucionales como parámetro de legitimidad constitucional de algunas normas primarias o, cuando menos, con fines interpretativos.

Una última consideración resulta necesaria. Ya que falta una norma que expresamente establezca las reglas sobre la producción de las normas convencionales, debe entenderse que operan como fuentes *extra ordinem* <sup>(34)</sup>.

## 7. *Common law y civil law*

La sumaria referencia hasta aquí ofrecida de algunos tipos de fuentes del Derecho impone la necesidad de una profundización, siempre desde el punto de vista de la comparación jurídica. Tal exigencia, a la que se tratará de dar respuesta en los siguientes dos capítulos, conduce a una encrucijada ineludible, que se refiere al plan metodológico (primer cimiento sustancial ante una tarea de este tipo).

Nos referimos a la dicotomía, por tradición ya consolidada, entre las dos principales –al menos por difusión en el mundo contemporáneo– familias jurídicas <sup>(35)</sup>: la familia del *common law* y la del *civil law* o de los sistemas romanistas.

<sup>(34)</sup> Pizzorusso, A.: *Sistemi giuridici comparati*, cit., pág. 331.

<sup>(35)</sup> La noción de «familia jurídica» no corresponde obviamente a una realidad biológica; representa una construcción teórica elaborada con fines eurísticos para poner de manifiesto algunas semejanzas y diferencias que existen entre ordenamientos jurídicos. Por eso, las familias jurídicas prescinden de la diversidad de reglas vigentes en los distintos ordenamientos y sólo toman de ellos los elementos fundamentales y constantes; es decir, aquéllos que permiten reconocer las reglas jurídi-

En consecuencia, las normas que derivan de actos legislativos prevalecen sobre las normas consuetudinarias precedentes y, así, impiden que se formen posteriores costumbres *contra legem*.

La esfera de operatividad de la costumbre, pues, se limita a aquellos casos en que la misma ley reenvía al uso (costumbre *secundum legem*). La situación, como las soluciones, son diferentes en cada ordenamiento ante la hipótesis de una costumbre *praeter legem* (relativa a materias no disciplinadas por la ley). En este caso, la admisibilidad de esta forma de costumbre depende de una concepción del Derecho que consienta una integración de la disciplina legislativa de ese modo o que, por el contrario, contemple la posibilidad de que el sistema legislativo presente lagunas <sup>(29)</sup>.

---

(29) La costumbre *praeter legem* recibe interpretaciones contradictorias en Francia; en Italia, de acuerdo con el art. 8 disp. prel. del Código Civil de 1942 (actualmente vigente), parece que se pudiera admitir la costumbre *praeter legem*; pues de hecho dice que en las materias reguladas por las leyes y los reglamentos, los usos sólo tienen eficacia cuando lo dispongan aquéllos [«nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati»]. Sin embargo, prevalece el recurso a la analogía cuando deban salvarse eventuales lagunas. Cfr. Bobbio, N.: *Consuetudine (teoria generale)*, en *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, págs. 439 y sgts.

En cambio, se admite explícitamente en el art. 1, c. 2, del Código Civil suizo de 1907 y en el art. 1.3 del Código Civil español, tras la modificación introducida por el Decreto de 31 de mayo de 1974. En España, además, tienen gran importancia las antiguas costumbres del Derecho foral.

El Derecho inglés, por su parte, considera el empleo de la costumbre *praeter legem* como fuente del Derecho, siempre y cuando su antigüedad sea inmemorial, para lo cual debe probarse que ha sido observada de manera ininterrumpida desde tiempos anteriores a 1189; lo que generalmente resulta imposible y hace que el uso *praeter legem* se excluya para efectos prácticos de este sistema normativo.

## 6. Las convenciones: fuentes de "Derecho autónomo"

La contraposición teórica entre "Derecho autónomo" y "Derecho heterónimo" <sup>(30)</sup> permite calificar el Derecho de base convencional como conjunto de normas autónomas sobre cuyo contenido los destinatarios se han puesto de acuerdo previamente <sup>(31)</sup>.

En la raíz del Derecho convencional, se encuentra un pacto aprobado por unanimidad (no, por tanto, según el principio de mayoría) por el que los destinatarios de las reglas que derivan del mismo se obligan a observarlo (*pacta sunt servanda*).

Se hallan fácilmente los puntos de contacto entre el Derecho convencional y el instituto privado del "contrato", en virtud del cual las partes regulan sus intereses comunes en términos recíprocamente vinculantes, sin eficacia alguna para los terceros, salvo el caso que se actúe de buena fe.

Sin embargo, el Derecho convencional, a diferencia del negocio jurídico, puede contarse entre las fuentes del Derecho de un ordenamiento jurídico, en tanto que idóneo —al menos en algunas circunstancias— para producir efectos sobre todos los asociados y no sólo sobre los que se vinculan voluntariamente.

En la experiencia de los Estados contemporáneos, la producción normativa de base pactista o convencional se limita a pocas hipótesis.

En primer lugar, los tratados internacionales, que constituyen la clase de Derecho convencional producido en el ámbito de la comunidad internacional y que, a causa de la ratificación, se transforman en Derecho interno.

<sup>(30)</sup> Kahn-Freund, O.: *Collective Bargaining and Legislation. Complementary and Alternative Sources of Rights and Obligations*, en *Selected Writings*, London, 1978.

<sup>(31)</sup> A diferencia del Derecho heterónimo, sea consuetudinario o jurisprudencial, o fundado en la autoridad divina o política.

No es extraño que también se prevean, en normas constitucionales, "pactos", "concordatos" o "acuerdos", generalmente con las confesiones religiosas, cuya recepción habrá de hacerse mediante una ley del Estado. Tampoco puede desdeñarse el caso, muy difundido en los actuales ordenamientos, de la contratación colectiva en materia de trabajo, por el que textos normativos redactados entre las partes con una estructura contractual adquieren eficacia *erga omnes* a causa de una norma específica sobre la producción jurídica; o bien como consecuencia de la fuerza política de los sindicatos (en tal caso, se trataría de una aplicación *extra ordinem*)<sup>(32)</sup>.

Particular relieve, por su rango reconocido, asumen las "convenciones de la Constitución"; se trata de acuerdos, también tácitos, por los que los titulares de órganos constitucionales observan reglas de comportamiento en las relaciones recíprocas e internas, en virtud del hecho de que son aceptadas y compartidas por todos. El límite de su eficacia normativa lo marca la pérdida del consentimiento entre los distintos órganos que han estipulado la convención.

Por razones de sobra conocidas, las convenciones constitucionales ocupan una posición de primer plano en el ordenamiento británico. En éste, las reglas de comportamiento constitucional se consideran vinculantes por los que aplican, en un sentido amplio, la Constitución, incluso aun cuando no estén garantizadas por ningún juez, ni mucho menos por los presidentes de las Cámaras. De acuerdo con una conocida definición, son "reglas no legales que establecen los modos en que las reglas legales deben aplicarse"<sup>(33)</sup>.

---

(32) Daintith, T.: *Regulation by Contract: The New Prerogative*, en *Current Legal Problems*, XXXII, 1979, págs. 41 y sgts.

(33) Marshall, G.; Moodie, G.C.: *Some Problems of the Constitution*, London, 1971.

No obstante lo cual, deben señalarse los intentos aislados de algunos tribunales por superar el límite de no enjuiciamiento de las normas convencionales. En particular, los Tribunales Supremos de Canadá e Israel, han estimado recientemente que podían utilizar las convenciones constitucionales como parámetro de legitimidad constitucional de algunas normas primarias o, cuando menos, con fines interpretativos.

Una última consideración resulta necesaria. Ya que falta una norma que expresamente establezca las reglas sobre la producción de las normas convencionales, debe entenderse que operan como fuentes *extra ordinem* <sup>(34)</sup>.

## 7. *Common law* y *civil law*

La sumaria referencia hasta aquí ofrecida de algunos tipos de fuentes del Derecho impone la necesidad de una profundización, siempre desde el punto de vista de la comparación jurídica. Tal exigencia, a la que se tratará de dar respuesta en los siguientes dos capítulos, conduce a una encrucijada ineludible, que se refiere al plan metodológico (primer cimiento sustancial ante una tarea de este tipo).

Nos referimos a la dicotomía, por tradición ya consolidada, entre las dos principales –al menos por difusión en el mundo contemporáneo– familias jurídicas <sup>(35)</sup>: la familia del *common law* y la del *civil law* o de los sistemas romanistas.

<sup>(34)</sup> Pizzorusso, A.: *Sistemi giuridici comparati*, cit., pág. 331.

<sup>(35)</sup> La noción de «familia jurídica» no corresponde obviamente a una realidad biológica; representa una construcción teórica elaborada con fines eurísticos para poner de manifiesto algunas semejanzas y diferencias que existen entre ordenamientos jurídicos. Por eso, las familias jurídicas prescinden de la diversidad de reglas vigentes en los distintos ordenamientos y sólo toman de ellos los elementos fundamentales y constantes; es decir, aquéllos que permiten reconocer las reglas jurídi-

En sentido lato, los sistemas jurídicos del *common law* tienen su origen en el *legal system* que se formó en Inglaterra y que se extendió a los ordenamientos que evolucionaron a partir de la base inglesa, como sucedió en el caso de los Estados Unidos de América.

Los sistemas del *civil law* encuentran, en cambio, en la tradición del derecho romano las raíces de su misma estructura. Tienen su principal área de difusión en los Estados democrático-liberales de la Europa continental y en los que derivan de ellos (por ejemplo, en los de Sudamérica).

Pueden citarse numerosos ejemplos comunes que ejemplifican las importantes diferencias que se dan entre los dos tipos de sistemas.

Normalmente se señala que los derechos de origen romanista se basan en la codificación de las reglas: la ley desarrolla un papel determinante en el ordenamiento jurídico. Por el contrario, los sistemas de *common law* se basan esencialmente en el Derecho jurisprudencial. La ley, que no es desconocida en estos sistemas, no ocupa sin embargo una posición privilegiada en su sistema de fuentes. Mientras que un fundamento propio y autónomo lo tiene el Derecho de origen jurisprudencial.

Luego, también resulta profunda la diferencia en lo que se refiere a la organización de los tribunales y el proceso. Como muestra, basta notar que el juez romanista es un funcionario que accede a la carrera judicial por concurso público; en cambio, la selección del juez del *common law* transcurre por cauces muy distintos y, dado el caso, incluso se puede presentar su nombramiento político.

---

cas, comprender el valor de las mismas e interpretarlas. Las principales familias jurídicas del mundo contemporáneo pueden resumirse en tres: la familia romano-germánica; la familia del *common law*; y la familia socialista (si bien ésta se halla en vías de extinción).

Pero si se evidencia que el conjunto del sistema de acceso a la justicia es muy diferente, aún más profunda todavía es la separación cultural relativa a la formación del jurista: el de tradición romanista se forma en la universidad según una tradición docta; el jurista del *common law* lo hace preeminentemente sobre la base del *case law*.

Ahora bien, esta dicotomía tan sumariamente trazada no parece, en el mundo contemporáneo, tan profunda y neta como dan a entender los lugares comunes descritos.

En el curso de los siglos, las dos familias han mantenido contactos y conocido influencias recíprocas, más allá de la influencia de factores culturales comunes tan potentes como la moral cristiana o las doctrinas filosófico-políticas más difundidas (liberalismo).

Incluso manteniendo su estructura diferenciada, son crecientes los puntos de contacto (justicia constitucional, armonización o uniformización, o ambas cosas, de las normativas por los Estados miembros de la Unión Europea, administración pública, federalismo). En particular y en cuanto a las fuentes, la idea de norma jurídica y el papel de la ley misma resultan ya muy próximos en los dos sistemas.

Por otro lado, se comprueba la existencia de sistemas jurídicos que conjugan con armonía elementos procedentes de las dos familias jurídicas (Escocia, Israel, Québec), hasta el punto de que podría configurarse una única familia jurídico occidental<sup>(36)</sup>.

A pesar de los innegables procesos de acercamiento entre los dos sistemas, sin embargo conviene mantener la dicotomía a los efectos del análisis de los diversos sistemas de fuentes del Derecho. De hecho, la reconstrucción histórica de los dos troncos —

---

<sup>(36)</sup> David, R.; Jauffret-Spinosi, C.: *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., pág. 21.

que no puede ser separada— arroja luces de las que no parece que pueda prescindirse, si se pretende una correcta lectura desde el Derecho comparado.

En las consideraciones conclusivas volveremos sobre los temas de las relaciones e interconexiones entre *common law* y *civil law*, también a la luz de lo que surja del análisis de las fuentes de los dos sistemas.

## CAPÍTULO II

# FUENTES DEL COMMON LAW

SUMARIO: 1. Circulación del modelo del *common law* y sus diversificaciones. 2. Los orígenes del Derecho anglo-americano y de la primacía de la jurisprudencia como fuente del Derecho. 3. La centralización del sistema de justicia. 4. *Forms of action* y métodos probatorios: los *writs* y el *trial by jury*. 5. *Common law* y jurisdicción de *equity*. 6. Jurisdicción y legislación. 7. El precedente judicial. 8. "*Stare decisis et non quieta movere*". 9. Las *opinions* de los jueces del *common law* y la teoría clásica del precedente. 10. Recientes tendencias en la teoría del precedente. 11. La legislación en los sistemas del *common law*. 12. Fuentes constitucionales. 13. *Statute law* e interpretación jurisprudencial. 14. Derecho secundario o *subordinate legislation*.

### 1. Circulación del modelo del *common law* y sus diversificaciones

Razones políticas, culturales y económicas han determinado la difusión y la superposición del Derecho anglo-americano en numerosos ordenamientos jurídicos en todas partes del mundo, que in-

cluso ha extendido su influencia a países de tradición romanística (o de *civil law*) y al área de las naciones post-socialistas.

La circulación del modelo del *common law* resulta ligada sobre todo a motivos de naturaleza histórico-política, y coincide sustancialmente con los países directamente afectados por el radio de influencia del Derecho inglés y, en particular, con los colonizados por el Imperio británico. En todos los casos, la transposición del Derecho inglés se ha enfrentado a adecuaciones e hibridaciones que han alterado la estructura y los caracteres originales del mismo. No obstante lo cual, tales ordenamientos son clasificables dentro de la familia del *common law*.

La aplicación del Derecho inglés comenzó en Irlanda ya a partir del siglo XII, cuando Enrique II afirmó su señorío sobre la isla. Todavía hoy los jueces irlandeses citan y se adecuan a los precedentes ingleses.

Los actuales ordenamientos de Canadá, Australia y Nueva Zelanda presentan muchos elementos del Derecho inglés, aunque también están integrados por institutos cuya matriz proviene de la codificación. También dentro del área del *common law* se cuentan el Derecho sudafricano y el Derecho hindú y, en algunos aspectos, el Derecho israelí. A éstos deben sumarse todos aquellos países que forman parte de la *Commonwealth*, que, incluso después de haber alcanzado la independencia, han conservado el *common law* implantado.

Una nutrida parte de países pertenecientes a la familia del *common law* representa el resultado de la influencia ejercida por el otro prototipo que ha conocido una amplia difusión: el Derecho estadounidense (Filipinas, Panamá, Islas Caimán, Palaos, etc.)

En consecuencia, se ha asistido y se asiste en la época contemporánea, a un significativo proceso de circulación del modelo del *common law*, en el que destacan algunas cuestiones.

La primera que debe señalarse concierne a las relaciones y distancias que se han consumado a lo largo de los acontecimientos de la historia entre *common law* y *civil law*, desde una perspectiva preeminentemente cultural.

Aunque en un primer período, la formación romanista de los *common lawyers* aseguraba un flujo cultural de conexión entre los dos sistemas, en la época de Sir Edward Coke (alrededor de 1600) se interrumpió de manera brusca. En efecto, la formación extra-universitaria del jurista, fundada en la preeminencia de la contribución científica y didáctica de los *Inns of Court*<sup>(37)</sup>, urge y anima la práctica de seguir los precedentes judiciales. Con esta decisión, se afirma la primacía de los tribunales sobre las universidades; el triunfo de la lengua de los prácticos sobre el de los eruditos. El conflicto entre Estado e Iglesia y la veneración por la *rule of law* sellaron la definitiva desaparición del Derecho romano y canónico del equipaje cultural del *common law*. A su vez, la llegada al escenario europeo-continental de la codificación napoleónica y de las instancias del positivismo legislativo, hicieron más evidente la separación entre la tradición jurídica continental y la del *common law*.

En contraposición con estos factores divergentes, se han desarrollado periodos de comunicación y diálogo entre los dos sistemas que, con el tiempo, han puesto cada vez más de relieve el tronco común que se remonta al patrimonio de la tradición jurídica occidental. El Derecho anglo-americano, de forma no diversa a la de los sistemas de *civil law*, se caracteriza por ser un orde-

---

(37) Se trata de asociaciones privadas profesionales de abogados, sin personalidad jurídica, cuyo origen se remonta al siglo XIV. Representan el reflejo de una concepción corporativa de la profesión legal: a tales organizaciones, de hecho, corresponde la facultad de atribuir el título de *barrister*. Por otro lado, es la misma corporación la que decide la admisión a la práctica forense a partir de unos requisitos fijados por ella. Se obliga a los aspirantes a seguir cursos y a realizar exámenes ante alguna *Inn*.

namiento autónomo —e independiente de la religión, de la moral y de las otras reglas sociales— de normas preexistentes, generales y abstractas<sup>(38)</sup>. Si no se tuviera en cuenta este todo aglutinante no se entendería la *ratio* de las distintas interconexiones que, en el ámbito de los ordenamientos, se registran hoy entre experiencias jurídicas pertenecientes a las dos tradiciones; por no hablar del proceso de integración política, económica y jurídica de la Unión Europea, que incluso tiene a Gran Bretaña como protagonista (aunque sea de una manera recalcitrante), junto a los países del *civil law*, de los progresos que se han registrado.

Una segunda cuestión que debe indicarse viene impuesta por la consolidación en el panorama internacional de dos prototipos, dos modelos ejemplares dentro de la familia del *common law*: el modelo inglés y el estadounidense. Estas dos experiencias jurídicas, después de una larga fase de desarrollo paralelo y unitario, han mostrado evidentes señales de divergencia, ofreciendo cada vez más connotaciones propias y exclusivas.

Así, en el sistema institucional inglés se registra la indiscutida soberanía del Parlamento, la falta de una Constitución escrita y un correlativo Poder Judicial de revisión, la existencia de un ordenamiento unitario y una coherente jerarquía jurisdiccional, mientras que en el estadounidense destaca en cambio la presencia de una Constitución rígida, jerárquicamente supraordenada a las otras fuentes, un relevante sistema de control de constitucionalidad, un reparto de la función jurisdiccional entre esfera federal y esfera estatal; por no hablar de la penetrante y poderosa función política asumida por su Tribunal Supremo y de los amplios poderes de los jueces en la interpretación de los *statutes* y los precedentes.

La misma regla del *stare decisis*<sup>(39)</sup> recibe una diferente aplicación en los dos sistemas.

---

(38) Mattei, U.: *Il modello di common law*, cit., pág. 3.

(39) Véase *infra* § 8.

El papel asumido por los *statutes* también parece que revela nuevas divergencias entre los modelos de referencia del *common law*. El acusado positivismo que caracteriza la experiencia inglesa induce a los juristas ingleses a preferir la interpretación *literal* de los *statutes* o, si es necesario, el recurso al principio de proporcionalidad. Aparecen, en cambio, menos atados por el tenor de la letra, incluso podría decirse que hasta más emancipados, los jueces del otro lado del mar Océano que, ante la interpretación de los actos legislativos, no demuestran ningún temor a la hora de examinar la legitimidad de las *policies* hasta poner en duda su constitucionalidad.

También en el terreno de la doctrina, el jurista norteamericano, sensible al modelo sistemático alemán, al interpretar la norma se vale de los instrumentos metodológicos derivados del rigor lógico y del razonamiento dogmático de la tradición continental.

Es el momento de señalar que los sistemas del *common law* no se reducen a los prototipos inglés, estadounidense y a sus derivados. De hecho, otros ordenamientos jurídicos, que han asumido el *common law* como substrato propio, han mantenido en vigor reglas derivadas de la anterior tradición jurídica, especialmente en lo que hace referencia al estatuto de la persona<sup>(40)</sup> (India, Sudán, etc.)

Sin embargo, como hemos de acotar nuestra investigación sobre las fuentes del Derecho a un ámbito compatible con la finalidad de esta obra, limitamos el análisis a las fuentes de los dos tipos referidos.

No obstante, no podemos dejar de considerar los orígenes del modelo del *common law*, que aportará el conocimiento indis-

---

<sup>(40)</sup> Por «estatuto de la persona», se entiende el régimen jurídico particular que el ordenamiento asegura a los individuos en relación, por ejemplo, con su pertenencia a una comunidad religiosa.

pensable para comprender un fenómeno jurídico que, quizás más que otros, ha estado intensamente modelado por su propia historia. Y la historia del sistema de *common law* casi coincide exclusivamente, al menos hasta el siglo XVIII, con la historia del Derecho inglés.

## 2. Los orígenes del Derecho anglo-americano y la primacía de la jurisprudencia como fuente del Derecho

Es común que la doctrina del Derecho comparado remonte la formación y la consolidación del *common law* al período de la historia inglesa que se extiende desde la conquista de Guillermo de Normandía, llamado El Conquistador, en 1066 y la llegada de la dinastía de los Tudor en 1485. En todo este tiempo, un nuevo sistema jurídico, común en todo el reino, sustituye gradualmente las costumbres locales<sup>(41)</sup>.

Recientemente se ha observado que el momento crucial de la separación del *common law* de la familia romanista se remonta, como ya se ha señalado, a la época de Sir Edward Coke, a principios del siglo XVII, cuando en el Derecho inglés prevalecieron los caracteres medievales que, en cambio, en la Europa continental habían dejado paso a la modernización emprendida por el absolutismo<sup>(42)</sup>.

## 3. La centralización del sistema de justicia

Desde el punto de vista estructural, lo primero que debe ponerse de relieve es el establecimiento en Inglaterra de institucio-

---

(41) Lupoi, M.: *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1995, págs. 16 y sgts.

(42) Cfr. Mattei, U.: *Il modello di common law*, cit., págs. 13 y sgts.

nes centralizadas, destinadas originalmente a desarrollar funciones administrativas, y después llamadas a administrar justicia.

En un sistema medieval, caracterizado por un amplio pluralismo jurídico, y donde las pretensiones de los barones y las otras autoridades locales se tradujeron en pretensiones patrimoniales<sup>(43)</sup>, la monarquía debía mantener una lucha extenuante por la afirmación y la difusión de la jurisdicción de la *Curia regis*<sup>(44)</sup>.

El *common law* se presenta inicialmente como un Derecho regio, común a todos los súbditos, administrado por un sistema judicial que deriva directamente del Rey<sup>(45)</sup>; los componentes de los tribunales reales eran en efecto los miembros de la Corte elegidos por el Rey.

Su actividad se desarrollaba principalmente de acuerdo con tres directrices: en primer lugar, los llamados *pleas of the Crown* (*placita coronae*), es decir, cuestiones que concernían directamente a la Corona y que sucesivamente se extendieron a toda la jurisdicción penal. En segundo lugar, la jurisdicción de la *Curia regis*

(43) Maitland, F.W.: *The Forms of Action at Common law*, Cambridge, 1948.

(44) En el sistema feudal la administración de justicia no era gratuita. El señor de un tribunal feudal obtenía un beneficio significativo por administrar justicia. En consecuencia, la mengua de jurisdicción tenía una inmediata repercusión sobre el patrimonio.

(45) «El *common law* inglés se llamó históricamente así porque era común a los hombres libres de Inglaterra, que dependían todos de la jurisdicción directa de los tribunales centrales reales. Este hecho evidenciaba el contraste entre el *common law* y las distintas costumbres locales; en una fase sucesiva, el *common law* se opuso al Derecho creado por ley (*statute law*), siendo el primero elaborado por los jueces y el segundo por los legisladores, y éste es el significado corriente en la actualidad». Van Caenegem, R.C.: *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987, trad. it.: *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, 1991, pág. 42.

constituyó un tipo de remedio en favor de quien no hubiera podido conseguir justicia ante los tribunales feudales (*propter defectum justitiae*). Por último, el Rey administró justicia entre sus vasallos directos (los llamados *tenants in chief*).

Se debe a esta jurisdicción centralizada (en el curso de cinco siglos al menos) la formación del Derecho jurisprudencial que, en el sistema del *common law*, ha asumido una posición de predominio, que ha acabado por significar la más relevante diferenciación estructural respecto del sistema del *civil law*.

La obra de consolidación del *common law* fue posible gracias a los escritos de algunos juristas que, especialmente durante el reinado de Enrique II (1154-1189), contribuyeron a cristalizar el Derecho jurisprudencial producido por los tribunales reales. En particular, a finales de 1100, se elaboró, presumiblemente por Ranulf de Glanvill, el primer tratado jurídico del *common law*.

Todo ello, además de testimoniar la difusión de una multiplicidad de derechos locales, debido a la variedad de las costumbres y las decisiones de los tribunales locales, introduce la idea de la primacía de la jurisprudencia como fuente del Derecho: un Derecho regio, administrado por una estructura unitaria y centralizada que, por obra de los mismos juristas prácticos, tiende a asumir características técnicas y, al fin y al cabo, de imparcialidad, hasta el punto de liberarse de la persona del Rey y que pasa indemne a través de guerras civiles y de convulsiones históricas. Así, las luchas entre Enrique III y sus barones —que incluso condujeron a la sanción del carácter limitado de la monarquía con la *Magna Charta*— no pusieron en tela de juicio el sistema de *common law*, en cuanto que ya estaba legitimado como costumbre del reino, antes que como precepto del príncipe<sup>(46)</sup>.

---

(46) Baker, J.H.: *An Introduction to English Legal History*, London, 1979.

#### 4. *Forms of action* y métodos probatorios: los *writs* y el *trial by jury*

La eficacia de la justicia regia respecto de las jurisdicciones locales, tenía también entre sus fundamentos un sistema procesal singular.

Para conseguir la intervención del Rey, era necesario procurarse, mediante pago, un *writ* de la cancillería. El *writ*, llamado también *brevis*, era sustancialmente una orden con la que el Rey, dirigiéndose a un funcionario local, disponía que se hiciese justicia y que fuera satisfecho el derecho a favor de quien se había dictado el *writ* mismo.

Según el *petitum* y la *causa petendi*, el *writ* asumía una forma y un contenido diversos. Así como, según el *writ*, variaba la competencia del Tribunal, cambiaba el sistema para que fuese posible realizar un acuerdo ante el mismo<sup>(47)</sup>; diferentes además eran los tipos de réplica admitidos de parte del adversario y, sobre todo, diferentes eran los *itinera* procesales<sup>(48)</sup>.

Hasta el reinado de Enrique III (1216-1272), la *Curia regis* podía conceder los *writs* que estimase oportunos, sin ningún vínculo sustancial<sup>(49)</sup>. Sucesivamente tuvo lugar un cambio en el sistema, destinado a dejar su huella en el modelo del *common law*.

(47) Por ejemplo, según el tipo de acción, era más o menos posible una condena por contumacia.

(48) En cuanto a los medios probatorios, por ejemplo, las *forms of action* más antiguas se articulaban a través de las ordalías: a veces se admitían las ordalías del agua; otras, las ordalías del fuego. En ciertos casos, estaba previsto el recurso a la «batalla» (*trial by battle*); otras veces, en cambio, a la «purgación» (*wager of law*), que era un juramento solemne, respaldado, a su vez, por el juramento de doce *oath helpers* (testimonios bajo juramento) sobre la propiedad de atenderla.

(49) Holdsworth, J.B.: *History of English Law*, 16 vols., Cambridge, 1922-1926.

En efecto, de un sistema en que la reclamación de un derecho (*cause of action*) era precedida por un remedio jurisdiccional (*writs*), se pasa a un sistema en que un número taxativamente limitado y preestablecido de *writs* precede y determina los derechos de los que puede solicitarse tutela judicial<sup>(50)</sup>.

Con la llegada y consolidación de la monarquía parlamentaria, los tribunales reales y la cancillería perdieron la libertad plena de disposición sobre los *writs* y, en consecuencia, de modificar las fórmulas procesales. De hecho, esta práctica aparecía a los ojos del Parlamento como una suerte de legislación. Por ello, se dispuso la creación de un *Register of writs*, que recogiese las *forms of action* taxativamente previstas para tutelar, en sede jurisdiccional, determinadas pretensiones. Las que no fuesen de esta clase, quedaban en la esfera de competencia de los tribunales locales.

Sin embargo, por las *Provisions of Oxford* de 1285 (también denominadas *Statute of Westminster II*), se autorizó al canciller a conceder *writ in consimili casu*, es decir, en relación con supuestos de hecho parecidos a casos anteriores en los que ya se hubiesen concedido *writs*.

Es importante resaltar el hecho de que una vez conseguido el *writ*, todo lo demás quedaba en manos del procedimiento. Por tanto, era necesario y suficiente adecuarse minuciosamente al procedimiento prescrito, para conseguir una decisión de la Justicia regia.

*Remedies precede rights*, el procedimiento ante todo y, como ha sido destacado oportunamente, al ser dadas las *forms of actions*, los derechos tienen que deducirse de ellas<sup>(51)</sup>.

---

(50) Maitland, F.W.: *The History of the Register of Original Writs. Collected Papers*, II, Cambridge, 1911.

(51) Maitland, F.W.: *The Forms of Actions at Common law, cit.*, págs. 145 y sgts.

El peso que las *forms of action* han tenido en la determinación de la mentalidad y en la modelación de la estructura del *common law*, se debe en gran parte a la consolidación del instituto procesal del jurado; que es tanto como decir una prueba fundada en el testimonio de un grupo de personas sobre la veracidad de las afirmaciones de las partes. Gradualmente, este instituto acabó por constituirse en el eje del proceso del *common law* y en el instrumento típico de autogobierno; es decir, de colaboración de la colectividad en el ejercicio de actividades públicas<sup>(52)</sup>.

La introducción de tal instituto procesal se debe a Enrique II, quien, a finales del siglo XII, con el ánimo de conciliar las exigencias de un control centralizado y la difusión de un sistema desconcentrado de justicia regia, instituyó el *Grand Assize* y cuatro *Petty Assizes*, también llamados *Possessory Assizes*. El sistema denominado de los *assizes* ha representado hasta 1971, época de su desaparición, un instituto judicial típico de la experiencia jurídica inglesa.

A partir de 1167, algunos jueces (*assize commissioners* o *itinerant justices*) fueron enviados a la periferia con el objetivo de ocuparse sólo de determinadas cuestiones (*on commission*). Así, en un primer momento, las acciones penales fueron promovidas por los *commissioners* a través del *presentment* o incriminación de los sospechosos; los mismos podían convocar a los llamados *recognitores*, un grupo de doce vecinos, para que testimoniaran bajo juramento sobre el grado de veracidad de los hechos afirmados en juicio. El mismo instrumento probatorio era extensible a los juicios ordinarios civiles, en caso de que una de las partes rechazara las pruebas aducidas por la otra.

---

(52) Reposo, A.: *Le fonti del diritto negli ordinamenti anglossassoni*, en Morbidelli, G.; Pegoraro, L.; Reposo, A.; Volpi, M., *ob. cit.*, págs. 191 y sgts.

Los testigos, interrogados por el *assize commissioner*, expresaban un veredicto (*vere dictum*) sobre la contienda en acto. En el curso del siglo XIV, este sistema se consolidó con la institución de jurados (*jury*) que, por la afirmación de la veracidad o falsedad de lo manifestado por las partes, determinaban los hechos de la causa. La actuación de los miembros de los jurados, se limitaba a la comprobación de los hechos; pero, sobre ello, lo hacían como verdaderos jueces y su juicio era inapelable.

De este modo, el proceso con jurado (*trial by jury*) permitía a los "jueces togados" dejar a otros el análisis y la comprobación de los meros hechos, con lo que podían centrarse en las cuestiones de Derecho. Tanto es así que, con la finalización del proceso tras el fallo del "juez togado", la eventual impugnación ante un juez jerárquicamente superior, no afectaba al veredicto del jurado, sino a los eventuales vicios procesales que se debieran a la falta de respeto del magistrado de las reglas procesales.

Se observa que la neta separación entre comprobación de las cuestiones de hecho y comprobación de las cuestiones de Derecho, señala una distinción de papeles entre jurado y tribunal que no tiene parangón en el sistema del *civil law*.

Por otro lado, en este sistema, el abogado (el *common lawyer*) tenía la delicada tarea de elaborar el *pleading*, es decir, de reconstruir la cuestión de hecho jurídicamente relevante, sobre el que el jurado habría de pronunciarse. Dicho de modo más preciso, se trataba de clarificar un hecho que, resultando decisivo para la solución de la controversia, era afirmado por una parte y negado por la contraparte. De este modo, el jurado debía decidir sobre la veracidad o falsedad de los hechos presentados.

A este sistema se sumó, en un momento dado, un instituto procesal pensado para operar fuera del jurado: el llamado *demurrer*. Actuaba cuando una de las partes, incluso admitiendo todos los hechos y, en consecuencia, haciendo superfluo el vere-

dicto del jurado, denunciaba su irrelevancia desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas sustentadas por el adversario. En 1540, este instituto desapareció por un *statute* (ley). Sin embargo, hasta entonces, el *demurrer* constituyó uno de los principales vehículos de elaboración y desarrollo del *common law*. De hecho, daba lugar a discusiones informales sobre puntos de Derecho, no verbalizadas en los *plea rolls*, pero que se recogían libremente en los *Year Books* <sup>(53)</sup>.

Después del *Statute of Jeofails* de 1540, el *pleading* asumió forma escrita y el momento del debate de la cuestión de Derecho se trasladó a una fase siguiente, cuando se obligó a los jueces a motivar la decisión adoptada frente a los *serjeants* (los actuales *barristers*).

En conclusión, el tecnicismo y el formalismo que llegaron a alcanzar los procedimientos ante los tribunales del *common law*, hicieron que no se pudiesen adaptar a todas las exigencias de la administración de la justicia. Por lo cual, junto (y de modo paralelo) a los tribunales, se desarrollaron sistemas alternativos de jurisdicción, dirigidos principalmente a resolver allí donde los tribunales del *common law* no eran capaces de hacerlo. Entre los sistemas alternativos de justicia, el de *equity* conoció un particular desarrollo, que determinó una bipartición fundamental entre *common law* y *equity*, que ha llegado hasta nuestros días.

## 5. *Common law* y jurisdicción de *equity*

En el tiempo en que, después de la *Magna Charta* y la guerra civil, el Parlamento bicameral fue adquiriendo poderes cada vez

---

(53) Los *Year Books* constituyen la forma más característica de la literatura jurídica inglesa; en ellos, se recogían, por orden cronológico y año por año, apuntes y comentarios acerca de la actividad de la *Court of Common Pleas*. Sin embargo, no contienen, como los *Reports* sucesivos, los informes más o menos fieles de los casos resueltos. Cfr. Dawson, W.F.: *The Oracles of the Law*, Westport, 1968.

más amplios, la justicia regia se separó de la persona del Rey y del *King's Council*, para articularse en tres tribunales del *common law*: el *King's Bench*, el *Common Pleas* y el *Exchequer*.

En torno a la actividad de estos tres tribunales de Westminster, se desarrolla un Derecho jurisprudencial que, en concreto y más técnicamente, llamamos *common law* y que, poco a poco, asume rasgos cada vez más precisos. Este Derecho, por las razones que veremos, surge y se institucionaliza como alternativa a la jurisdicción basada en la *equity*.

Ya se ha señalado el hecho de que la separación de la jurisdicción regia del carisma personal del Rey, si de un lado le ha permitido sobrevivir a los vaivenes de la monarquía, de otro le ha hecho perder la elasticidad y la discrecionalidad que estaban ínsitas en la administración directa de justicia por parte del Soberano. Dicho en otras palabras, una justicia ligada al caso concreto también podía ofrecer soluciones diferentes a las previstas en la regla general; es decir, permitía que la cuestión se decidiese por equidad.

Pero un poder semejante sólo podía ser reconocido al Rey y a los tribunales que se identificaban con la persona del Rey. La liberación de los tribunales del *common law* del patronato regio, llevó consigo la exclusión de la prerrogativa de decidir una cuestión con la discrecionalidad que consentía el caso concreto y que lo apartaba del *rule of law*. La única prerrogativa regia que los tribunales del *common law* mantuvieron concernió al control sobre las actuaciones de los órganos de control y de justicia local, mediante los *prerogative writs* <sup>(54)</sup>. Mediante la verificación

---

<sup>(54)</sup> Los jueces itinerantes de la justicia regia (*justice in erie*) se valían de los *prerogative writs* para exigir cuentas de la actuación de los *sheriff*, tribunales locales, etc. Los más importantes eran y siguen siendo: el *certiorari*, destinado a controlar lo realizado por los órganos o tribunales locales; el *mandamus*, mediante el que se podía imponer oficialmente un acto concreto; la *prohibition*, con el que, al contrario, era posible impedirlo;

de la legalidad del poder local y de su coherencia con los parámetros de la justicia central, aseguraron una uniformidad de la jurisdicción en todo el reino.

A partir del siglo XIV, empezó a advertirse una clase de esclerotización del Derecho surgido del *common law*. Al perder los jueces esos márgenes de discrecionalidad, la rigidez de las fórmulas y esquemas empezó a mostrar su inadecuación para ofrecer justicia en todos los casos que no fueran reconducibles a los supuestos de hecho consolidados.

Pero si los tribunales regios perdían la capacidad de impartir justicia, coherentemente con una mentalidad de tipo feudal, el Rey debía poner el remedio. Así, se entendió como algo completamente natural que las víctimas de decisiones no conformes con el sentido de justicia, pudieran dirigirse directamente al Soberano, que sólo podía actuar legítimamente separando sus decisiones de los protocolos de la regla general. En tales circunstancias, el recurso se presentaba al Canciller del Rey, que lo sometía al juicio del Soberano en el seno del *King's Council*. Alrededor de 1400, el número de apelaciones al Rey alcanzó un número tan elevado, que indujo al Rey y al Consejo a delegar su autoridad en el Canciller.

En el curso del siglo XV, la *Court of Chancery*, es decir, la Administración de la Cancillería, se vuelve un tribunal monocrático; su procedimiento siguió el modelo inquisitorio continental, con pocos formalismos y un cierto carácter expeditivo. Se trataba del llamado procedimiento romano-canónico, que se desarrollaba casi completamente de forma escrita (conocido también como *bill procedure* por el nombre del acto de petición por el que se iniciaba el juicio).

---

el *quo warranto*, diseñado para pedir cuentas del poder en virtud del cual se decretaba la aprobación de cierta clase de actos; el *habeas corpus*, con el que se exigía la presentación de un prisionero para verificar la legitimidad de su detención.

La jurisdicción del Canciller tenía, pues, los rasgos de discrecionalidad propios de la antigua justicia regia; que, como le consentía considerar características peculiares en cada litigio, hacía que administrase justicia según *aequitas*. La *equity*, en otras palabras, fue el Derecho jurisprudencial derivado de los fallos de la *Court of Chancery*; que bien pronto se fue formando y consolidando en competencia con el Derecho jurisprudencial derivado de las resoluciones de los tribunales del *common law*.

Naturalmente, las prerrogativas de la *Court of Chancery* no fueron ilimitadas: carecía de competencia para conocer los derechos tutelados por el *common law* en la medida en que sólo podía actuar en defensa de la persona. Sin embargo, podía disponer la suspensión de un juicio del *common law* cuando reconociera en él un resultado inicuo o viciado; o bien, a petición del condenado, decretar la suspensión de la ejecución de una sentencia de un tribunal del *common law* y sustituirla por un fallo en equidad.

Así, la administración de justicia en equidad parecía responder, al menos en un primer período, a principios y criterios metajurídicos vinculados a los principios del Derecho romano y del Derecho canónico.

Bajo Enrique VIII (1509-1547) se asiste a la secularización de la cancillería con el traspaso de las funciones judiciales de los canonistas religiosos a los *common lawyers*, que carecían de formación en Derecho romano-canónico. De este modo, la *equity* se consolidó y estabilizó como un Derecho jurisprudencial —de similar modo ocurrió con el *common law*—, articulado en un complejo sistema de casos judiciales e institutos.

La historia del Derecho inglés testimonia, sin embargo, que este paso no ha estado libre de tensiones y conflictos. Protagonistas indiscutibles del enfrentamiento entre el esclerotizado *common law* y la emergente jurisdicción de *equity* fueron, por un lado, Sir Edward Coke, *Chief Justice* del *King's Bench*, que estaba aliado con los barones del Parlamento y fue el paladín de la *rule of law*, en

nombre de la que el Rey no tenía autoridad para participar en las decisiones de "sus" tribunales (*Case of prohibition*, 1608); por el otro, cancilleres como Ellesmere y Francis Bacon, que consintieron las interferencias en la jurisdicción de los tribunales del *common law*, hasta inducir a Jacobo I a adoptar, en 1616, una medida que reconoció como lícitas las pretensiones de los jueces de *equity*.

Sin embargo y precisamente a partir de Bacon, los cancilleres se vieron obligados a observar cierto auto-control (*self-restraint*) en el ejercicio de su jurisdicción; hasta que en 1676, el canciller Lord Nottingham estableció que la conciencia del juez de *equity* debía considerarse no interna, sino "civil y política"; en suma, como "*equity follows the law*", el Canciller tiende a decidir no tanto en nombre de la ley moral, cuanto sobre la base de motivaciones jurídicamente relevantes.

De ese modo, se pusieron los fundamentos para una coexistencia entre el *common law* y la *equity*; que supone todavía hoy una de las señas de identidad del sistema del *common law* y le otorga una singular estructura dual.

## 6. Jurisdicción y legislación

Si se observa la historia del Derecho inglés desde la perspectiva de la comparación entre fuentes del Derecho, la idea clásica que se extrae de ello es la de un *common law* casi exclusivamente basado en el Derecho jurisprudencial. Sin embargo, el Parlamento no dejó de intentar imponerse como legislador supremo.

No obstante, fue durante el reinado de los Tudor cuando se reconoció el valor de la producción legislativa parlamentaria y fue en aquel período cuando la legislación del *common law* asumió las características de modernidad que todavía hoy se constatan<sup>(55)</sup>.

<sup>(55)</sup> Durante el reinado de Enrique VIII (1509-1547) se aprobó un número de *statutes* igual al de los doscientos cincuenta años precedentes.

En particular, los *statutes*, de meras instrucciones informales dirigidas a jueces y súbditos, que dejaban un amplio margen de discreción a las Cortes, cambiaron su estructura y adquirieron los caracteres de un detallado análisis de los supuestos de hecho previstos, y se les añadieron listas de reglas y excepciones, a las que los jueces debieron atenerse <sup>(56)</sup>.

Los *statutes* empezaron a ser impresos y publicados, para asegurar su autenticidad y aplicación. Los mismos *bills*, aun cuando mantuvieron la forma de una petición, asumieron la estructura y la articulación de verdaderos y auténticos proyectos de ley.

A pesar de tales cambios, todos conducentes a considerar al Parlamento cada vez más como legislador, siguió siendo percibido como un tribunal de justicia <sup>(57)</sup>, de acuerdo con la imagen que se había consolidado del mismo desde la época medieval. Un tribunal que era capaz, por el *bill procedure*, de remediar los problemas o injusticias ante las que la justicia del *common law* parecía desarmada por la rigidez y formalidad de sus protocolos, férreamente estratificados con el paso del tiempo.

No puede provocar asombro, en consecuencia, el hecho de que, en el sistema de fuentes del *common law*, la distinción entre legislación y decisión judicial haya tardado en asumirse de forma plena. En este sentido, supuso una contribución importante la formalización (a mediados del siglo XIX) de la actividad judicial desarrollada por el Parlamento exclusivamente por los *Lords* <sup>(58)</sup>.

---

<sup>(56)</sup> Plucknet, T.F.T.: *Dr. Bonham's Case and Judicial Review*, en *Harvard L. R.*, 1926; ÍD.: *A concise History of the Common law*, Boston, 1956.

<sup>(57)</sup> Arnolds, J. H.: *Statutes as Judgements: the Natural Law Theory of Parliamentary Activity in Medioeval England*, en *U. Pa. L. R.*, 1977, págs. 329 y sgts.

<sup>(58)</sup> Hasta ese momento, los *Lords* actuaban en sede judicial como si fuesen una comisión del órgano legislativo, con lo que contribuían a confirmar la idea de que desarrollaban una función mixta entre legislativa y

La historia del Derecho inglés conoció una época de profundas transformaciones entre los siglos XIX y XX<sup>(59)</sup>. Bajo el influjo del pensamiento de Jeremy Bentham y el triunfo de la idea de democracia, la actividad legislativa disfrutó de un desarrollo sin precedentes, que introdujo reformas radicales en el sistema del *common law* y, entre otros, en el mismo sistema judicial.

Entre 1873 y 1875, a través de varias *Judicature Acts*, se suprimió la distinción entre tribunales de *Common law* y tribunales de *Equity* de la Cancillería. En consecuencia, todos los órganos judiciales ingleses se convirtieron en competentes para conocer de cualquier clase de cuestiones, fuesen de *common law* o de *equity*.

Además, la llegada del "Estado del Bienestar" puso en crisis a principios del siglo XX, la elaboración casuística y jurisprudencial, incapaz de satisfacer las exigencias de rápidas transformaciones sociales. Sólo una prolífica producción legislativa y reglamentaria pudo enfrentarse a las nuevas circunstancias; que, al tiempo, ocasionó profundos cambios en la organización del Poder Judicial, como, por ejemplo, el incremento sustancial de los órganos dedicados a la solución de controversias planteadas sobre la base de la nueva legislación<sup>(60)</sup>.

## 7. El precedente judicial

El análisis de las fuentes del Derecho en los sistemas del *common law*, tradicionalmente pone de manifiesto que correspon-

---

judicial. Stevens, R.: *Law and Politics: the House of Lords and Privy Council 1867-76*, Chapel Hill (N.C.), 1978; Van Caenegem, R.C.: *I signori del diritto*, cit., págs. 38 y sgts.

<sup>(59)</sup> Dicey, A.V.: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1915.

<sup>(60)</sup> Street, H.: *Justice in the Welfare State*, London, 1975; White, R.: *The Administration of Justice*, London, 1985.

de un papel de fuente primaria al precedente judicial, al contrario de lo que ocurre en los sistemas de *civil law*.

Sin embargo, en sentido lato, el precedente judicial no es desconocido en los ordenamientos de origen romano. Por el contrario, la regla según la cual los casos parecidos deben decidirse aplicando la misma norma jurídica, responde a un principio de justicia inserto en la tradición jurídica occidental.

Lo que de verdad marca la diferencia en los sistemas del *common law* se halla en el valor vinculante del precedente judicial a la luz de la regla *stare decisis*. Conviene, pues, partir de esta regla, en la que parece fundarse el carácter de fuente del precedente. El examen, sin embargo, exige una cierta articulación ya que deben describirse, aunque sea de modo sumario, tanto las descomposiciones que esta regla ha conocido en el tiempo (hasta el punto de crear una suerte de subsistema de fuentes), como los muchos valores y significados que se han atribuido a la regla en los principales sistemas de *common law* (Gran Bretaña y Estados Unidos) y que trazan una línea fronteriza entre la teoría clásica y la teoría moderna del precedente.

## 8. "*Stare decisis et non quieta movere*"

La respuesta a la preocupación de los juristas positivistas respecto de la certeza del Derecho, se ofrece, en los sistemas del *common law*, mediante la regla "*stare decisis et non quieta movere*"<sup>(61)</sup>. Indica la obligación jurídica del juez de no desatender determinados precedentes judiciales; aunque fueran, a su juicio, injustos o fruto de una lectura errónea de las normas.

---

(61) Así como la codificación omnicompreensiva, les parecía a los juristas continentales la respuesta adecuada a la cuestión de la certeza del Derecho.

Es fácil darse cuenta de que, tras esta máxima —que ciertamente une los sistemas del *common law*— se esconden múltiples y complejos problemas acerca del valor y el sentido que se atribuye a la misma, que, sin embargo, no aparecen de forma unívoca en las distintas experiencias jurídicas.

De manera general, se acepta que la regla del *stare decisis* presenta un valor doble: horizontal, en el sentido de que impone que todo tribunal debe seguir sus propios precedentes; y vertical, en tanto que obliga a los demás tribunales a someterse a los precedentes dictados por el tribunal jerárquicamente superior.

En cuanto a la primera acepción de la regla *stare decisis*, no parece que haya vinculado nunca la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. También, la Cámara de los *Lords* se ha desentendido formalmente de tal obligación (1966). Los tribunales intermedios, aunque con cierta elasticidad, tienden a observar el vínculo horizontal del *stare decisis*.

Ahora bien, la cuestión presenta un punto de verdadero interés por el hecho de que enlaza directamente con la función creadora del Derecho. La cultura jurídica anglosajona ha recurrido a la llamada "teoría declarativa del *common law*" para explicar el papel desempeñado por los jueces. De acuerdo con esta interpretación, la tarea del juez es *jus dicere* y no *jus dar*. Consecuentemente, cuando el juez formula una decisión no crea Derecho, sino que se limita a sacar a la luz lo que el Derecho *es* o, lo que es lo mismo, invoca la costumbre antigua y espontánea que está vigente desde tiempo inmemorial (*ab immemorabilia*).

Blackstone, como ningún otro, puso en evidencia los dos corolarios —por lo demás antitéticos— derivados de la teoría declarativa del *common law*.

Por un lado, si es cierto que el juez se limita a descubrir la costumbre inmemorial; entonces, es inmutable y, en cuanto tal, vinculante para la tramitación de la decisión que ha exigido su

concurso. En consecuencia, es válida como precedente. Sería errónea, pues (como resultado *ab iniuria*), la decisión que sucesivamente se alejara del precedente.

Por otro lado, si es cierto que la decisión jurisprudencial tiene una mera función declarativa –y no creativa– del Derecho, no puede excluirse la hipótesis de que sea fruto de una declaración errónea; y, por tanto, que fuere devuelta *ab iniuria*. En este supuesto, no se colige la razón por la que un juez que actúe con posterioridad, sobre la base de mejores y más fundados argumentos jurídicos, no pueda corregir el precedente <sup>(62)</sup>.

Desde el plano de las fuentes del Derecho, el punto de conexión entre ambos corolarios, que hace coherente al sistema, se explica desde la altísima consideración en que se tenía el valor persuasivo de la decisión judicial <sup>(63)</sup>. En virtud de ello, un cambio de la jurisprudencia sólo se justifica como corrección de un error del precedente; porque, a partir de nuevos y acertados razonamientos, se comprueba que el Derecho no era lo que se pensaba que fuese.

De lo dicho deriva que, por su misma naturaleza, la negación del precedente (*overruling*) tiene eficacia retroactiva.

Si ahora se observa el componente vertical de la regla *stare decisis*, debe señalarse que la organización jerárquica de los tribunales, establecida en Inglaterra por las *Judicature Acts*, determinó en no poca medida, en el curso del siglo XIX, la rigidez de la obligación que nace de la regla *stare decisis*. Negar o alejarse de un precedente equivale a crear Derecho. Porque la función legislativa requiere el concurso, junto a los *Lords*, de los Comunes y de la Corona, los propios *Lords* consideraron, durante casi un siglo, que no debían apartarse de los mismos precedentes.

---

<sup>(62)</sup> Blackstone, W.: *Commentaries on the Laws of England* (1765), I, Chicago, 1979.

<sup>(63)</sup> Mattei, U.: *Il modello di common law*, cit., pág. 105 y sgts.

Sólo en 1966, por una *practice statement* emanada del ejercicio de la potestad de autorreglamentación reconocida a los tribunales, la Cámara de los *Lords*, tras reconocer que una adhesión rígida a los precedentes podría conducir a decisiones injustas, se liberó del vínculo derivado de los propios precedentes <sup>(64)</sup>.

## 9. Las *opinions* de los jueces del *common law* y la teoría clásica del precedente

La *opinion* del juez del *common law* representa, en la decisión judicial, la elaboración, en detalle y profundidad, de una cuestión de Derecho. En ella, el juez no se limita a evidenciar el silogismo judicial, sino que elabora una doctrina que, sobre la base de los *statutes* y de los precedentes, pone a punto una solución que va más allá del caso concreto y se proyecta hacia hipotéticos casos futuros <sup>(65)</sup>.

Desde la idea del valor del precedente, sin embargo, no todo cuanto se exponía en la *opinion* podía asumir eficacia vinculante según la regla del *stare decisis*. Se desarrollaron, pues, sutilezas técnicas para la interpretación del texto de las *opinions*, que dieron lugar, en conexión con la consolidación de la misma regla (hacia la segunda mitad del siglo XIX), al desarrollo de una doctrina que los estudiosos califican como *teoría clásica del precedente*.

<sup>(64)</sup> Stone, P.: *Precedent and the Law*, Sidney, 1987.

<sup>(65)</sup> Mientras en Inglaterra cada juez expresa su propia *opinion*, en Estados Unidos, se encarga a un juez la redacción de la *opinion of the Court*. Sin embargo, en este país, todo miembro del tribunal puede manifestar su propia opinión (*dissenting opinion*) y, de ese modo, consigue que sus razonamientos, contrarios a la opinión de la mayoría (*concurring opinion*), se publiquen en los *reports*, con las repercusiones innegables que ello tiene en la consideración del precedente. Cfr. Mattei., U.: *Il modello di common law*, cit., pág. 111.

Elaborada principalmente en Estados Unidos<sup>(66)</sup>, se difunde luego por Inglaterra, contribuyendo, en los años 30 del siglo XX, a dar su máximo rigor a la regla del precedente vinculante.

La teoría que examinamos, traza claramente la distinción entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*.

La *ratio decidendi* constituye la regla general, el principio jurídico subyacente, que, aplicado a los datos probados, determina la decisión del caso concreto. Pese a que está íntimamente relacionada con los hechos expuestos ante el tribunal, es susceptible, sin embargo, de abstracción y generalización en forma de proposición jurídica<sup>(67)</sup>.

En consecuencia, la *ratio decidendi* se presta a ser extraída del caso invocado como precedente. El procedimiento de identificación, que corresponde al tribunal que debe adecuarse al precedente, consta, según la teoría en examen, de dos fases: la primera consiste en la individualización, por el método inductivo, del principio jurídico que ha determinado la decisión, liberándolo de los *obiter dicta* que pueda haber. En la segunda fase, se emplea el método deductivo y consiste, al revés de lo que sucede en la aplicación, en fijar la nueva *ratio decidendi* para el supuesto de hecho pendiente.

Los *obiter dicta* (o *gratis dicta*), pues, representan la parte de la decisión que no es reconducible a la *ratio decidendi* y cuya autoridad es apreciable en términos de doctrina jurídica.

Una segunda distinción-contraposición de la que se vale la teoría clásica es la que hay entre *decision* y *opinion*.

---

<sup>(66)</sup> Wambaugh, J.: *The Study of Cases*, St. Paul (Minn.), 1894; Black, C.L.: *Law and Judicial Precedent*, St. Paul (Minn.), 1912.

<sup>(67)</sup> Salmond, H.: *Jurisprudence*, Bombay, 1985.

La *opinion* consiste en los argumentos de que se valen los jueces para motivar la decisión misma. La *opinion*, por tanto, no debe ser confundida con la *decision*: esta última crea el precedente, no la primera. Además, la presencia de frases que expresan la *opinion* del juez, es completamente irrelevante en cuanto al valor de la *decision*. De hecho, entre las dos podría no haber congruencia lógica, lo que, en todo caso, no impediría que la *decision* produjese su efecto vinculante. En otras palabras, el juez sólo puede hacer vinculantes sus afirmaciones si forman parte de la *ratio decidendi*.

Para la doctrina del *stare decisis*, el tribunal llamado a aplicar un precedente, una vez extraída la *ratio decidendi*, quedará vinculada por la *legal rule* que la misma *ratio* lleva consigo.

Ahora bien, según la teoría clásica, pueden preverse límites al valor vinculante del precedente. Idea que se acepta ante todo por la sencilla razón de que, en la realidad, es harto difícil que se presenten dos casos exactamente idénticos.

Se ha dicho que la *ratio decidendi* debe extraerse del precedente y ha de ser interpretada en estrecha conexión con el caso sobre el que se decida. Pero no puede excluirse que, una vez dilucidada la norma jurídica que fundamenta la *ratio* del precedente, el tribunal estime esa decisión como no precedente con respecto del caso pendiente. Basta, para tal propósito, que el tribunal demuestre la existencia de diferencias de hecho que justifiquen una *distinción* y, por consiguiente, una decisión distinta y la aplicación de nuevas reglas jurídicas.

El poder de distinguir (*distinguishing*) es propio de los sistemas basados en la regla del *stare decisis*: ello permite determinar la *legal rule* establecida por el precedente. La teoría clásica admite también que un tribunal desatienda el precedente interno a la propia jurisdicción, incluso fuera de los casos de *distinguishing*.

Ya se ha señalado que, a partir de 1966, los *Lords of Appeal in Ordinary*, incluso respetando los derechos adquiridos, no volvieron

ron a considerarse ligados al deber de adecuarse a sus propios precedentes. Así sucede con el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que no estima que esté obligado por la regla del *stare decisis* respecto de su propia jurisdicción; mientras que considera que los otros jueces (estatales y federales) sí están vinculados por sus decisiones.

El *overruling* expulsa el precedente de las fuentes del Derecho en favor de una nueva *legal rule*. No obstante, para que este efecto se produzca, debe fundarse en argumentos consistentes. La cuestión es pacífica cuando el precedente refiere una situación "abiertamente absurda o equivocada". En tal caso, el juez posterior de igual grado puede ejercer legítimamente el poder de *overruling*<sup>(68)</sup>. En cambio, la cuestión se complica de forma considerable cuando la decisión que constituye el precedente no parece viciada por error alguno, ni es absurda y, sin embargo, de aplicarse, daría lugar a un resultado injusto.

La teoría clásica ha señalado algunas áreas del Derecho donde la regla *stare decisis* no admite derogación alguna. Así sucede generalmente en las llamadas *rules of property*, donde la exigencia de certeza respecto de las posiciones jurídicas subjetivas impone una rigurosa aplicación del precedente judicial. El mismo rigor impera en lo que se refiere a las *rules of contract* y a las *rules of procedure*<sup>(69)</sup>. La preocupación que reside en la base de esta exigencia se encuentra en la capacidad retroactiva de las decisiones del *common law*. El *overruling*, pues, vendría a configurarse como

---

(68) Si el siguiente juez fuese de grado inferior, no podría sustraerse a la regla *stare decisis*, a menos que se valiera del *distinguishing* con éxito. De todos modos, aun aplicando el precedente, podría indicar sus motivos de crítica en la *opinion*, que adquirirían un valor doble: por una parte, como alegación en favor del condenado y, por otra, como mensaje al juez superior.

(69) Larremore, C. J.: *Stare Decisis and Contractual Rights*, en *Harvard L. R.*, 1908.

un tipo de "ex post facto" law<sup>(70)</sup>. Menor resistencia encuentra el *overruling* en el área de la *law of torts*<sup>(71)</sup> y, por eso, se presta una menor atención a los precedentes. La razón es bien sencilla: se debe a la enorme dificultad de que se presenten dos supuestos de hecho idénticos en la realidad.

Y por eso es más fácil el *overruling* respecto de aquellos precedentes cuya decisión se fundamenta en cuestiones de *public policy*<sup>(72)</sup>.

## 10. Recientes tendencias en la teoría del precedente

La moderna doctrina del precedente ha venido individualizando una serie de técnicas, desarrolladas en la jurisdicción del *common law*, que parece interpretar la regla *stare decisis* de una manera distinta a lo que se ha dicho hasta ahora.

A título meramente de ejemplo, se considera que un caso puede ser *harmonized*, cuando el juez posterior atenúa las diferencias que habrían podido, al menos en apariencia, justificar un *distinguishing*, adaptando así el *common law* al supuesto de hecho en discusión.

---

<sup>(70)</sup> Cardozo, B.: *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921.

<sup>(71)</sup> La *law of torts* nace de la consolidación a lo largo de los años, por medio de una jurisprudencia reiterada, de una compleja serie de figuras sencillas de *torts* (ilícitos); lo que evidencia la ausencia de una teoría general del acto ilícito. La *law of torts* tiene una esfera de aplicación que comprende el ilícito civil en el Derecho privado; pero también incluye algunos supuestos de hecho que, en un sistema de *civil law*, se incluirían dentro de los ilícitos penales.

<sup>(72)</sup> En el caso de los Estados Unidos, juega a favor el hecho de tener una Constitución escrita, que, articulada sobre reglas generales de considerable valor político, se presta mal a una interpretación rigurosamente extraída del precedente. El mismo Tribunal Supremo parece tener predilección, habida cuenta de sus decisiones, por desempeñar un papel protagónico en el proceso político.

El caso, además, puede ser criticado (*criticized*) por un juez que, no obstante, declara que no puede desvincularse del precedente; podrá ser limitado (*limited*) por el juez posterior que quiera adoptar una interpretación restrictiva del precedente respecto de los hechos sobre los que debe decidir; o bien, el precedente podrá ser cuestionado (*questioned*), porque se duda de su autenticidad o rigor científico.

Por otro lado, no poco peso han asumido los jueces discrepantes. Su voto particular (*dissenting opinion*) debilita la decisión de la mayoría y, con el tiempo, el grado de erosión que causa puede provocar la superación del precedente.

Admitidas estas técnicas, no hay duda de que la regla del *stare decisis* sufre una significativa reinterpretación. Un caso que sea frecuentemente *criticized*, *questioned*, *distinguished* tiene más probabilidades de sufrir el *overruling* de lo que siempre lo tiene un caso que se resuelve no tanto por el vínculo burocrático y positivista del precedente, sino por el conocimiento que alberga. Desde esta óptica, la teoría moderna del precedente ha extendido la tipología del *overruling*, hasta determinar unos casos de *anticipatory overruling* y de *prospective overruling*.

El *anticipatory overruling* es una técnica difundida principalmente en los Estados Unidos, pero no del todo desconocida en Gran Bretaña. Se basa en la absoluta fidelidad de los tribunales inferiores a los precedentes del Tribunal Supremo. El *activismo* de este Tribunal (periodo que se inauguró a partir de los años cuarenta, con la actitud de los miembros designados por Roosevelt decididos a hacerlo protagonista) se manifestó principalmente en cambios jurisprudenciales sobre temas cruciales, como la legislación social, la segregación racial, y los derechos civiles y políticos. Estos cambios, sin embargo, no se expresaron mediante *overruling* explícitos, sino que el Tribunal prefirió mantener formalmente el propio precedente, pero vaciándolo de sus fundamentos teóricos.

Cuando se debate uno de estos casos, un tribunal inferior puede desatender el precedente del Tribunal Supremo, basándose en que, si se atiende a las decisiones del mismo, es razonable creer que el propio Alto Tribunal no seguirá en el futuro ese precedente <sup>(73)</sup>. En consecuencia, el *anticipatory overruling* (o *anticipatory stare decisis*) se basa en un principio del *stare decisis* que se entiende derivado no de decisiones anteriores, sino de decisiones futuras.

Naturalmente, la tendencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a enfrentarse con temas políticos y la relevancia que se da a las opiniones políticas de sus miembros, hace posible proyectar hacia el futuro —de forma razonable— el vínculo jurisdiccional.

La misma proyección de futuro, aunque justificada de otra manera, se resuelve mediante otra técnica, conocida como *prospective overruling*. Ésta consiste en la posibilidad que tiene un juez de modificar un precedente que crea inadecuado ante la evolución previsible del supuesto de hecho que se discute, *pro futuro*, es decir, para los casos que se presentarán de allí en adelante. El caso pendiente, sin embargo, se decide desde el precedente, aunque se estime superado.

La mejor doctrina no ha dejado de poner en evidencia que semejante planteamiento contradice la esencia misma de la regla *stare decisis* de acuerdo con su formulación clásica. Según ésta, el juez que decide una causa no crea nuevo Derecho, sino que aplica el Derecho existente; además, el valor vinculante atañe a la *ratio decidendi* y no, por el contrario, al *obiter dictum*.

Las razones que han impulsado a los tribunales estadounidenses a elaborar una técnica semejante, se explican por la exi-

---

<sup>(73)</sup> Note, H.: *The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century*, en *Yale L.J.*, 1974, págs. 172 y sgts.

gencia de tutelar las expectativas de la parte que ha puesto su confianza en el precedente. Con el *prospective overruling*, en la práctica, se quieren proteger aquellas situaciones jurídicas subjetivas (especialmente si se refieren a la propiedad o a los contratos) que resultarían de otro modo perjudicadas como consecuencia de la innovación jurisprudencial. Al mismo tiempo, no se quiere renunciar a la necesaria adecuación de la regla jurídica a las cambiantes condiciones de hecho. De este modo, se armonizan exigencias tan dispares como la continuidad y la evolución del Derecho<sup>(74)</sup>.

## 11. La legislación en los sistemas del *common law*

La expresión "legislación" referida a los sistemas del *common law* puede ser utilizada, en sentido lato, para comprender el conjunto de fuentes que presentan forma escrita, cuya producción se ha realizado por órganos expresamente destinados para ello.

Respecto del Derecho jurisprudencial, que constituye la estructura sobre la que se apoyan los sistemas del *common law*, el *corpus* de las leyes y de los actos legislativos en sentido amplio y reglamentarios asume –según la idea clásica– un papel supletorio.

Dicho de modo más preciso, el *statute*, incluso después de haber sido promulgado, queda de alguna manera suspendido hasta que un juez no proceda a su primera aplicación a un caso. Así, convertido en parte de una decisión jurisprudencial, el *statute* entra en el circuito del *case law*. Por efecto, pues, de la primera aplicación jurisprudencial, el *statute* asume el papel, sustancial y no sólo formal, de fuente del Derecho no en cuanto acto legislativo, sino en cuanto elemento constitutivo de la *ratio decidendi*<sup>(75)</sup>.

(74) Wigmore, J.H.: *Evidence in Trials at Common law*, Boston, Toronto, 1976.

(75) David, R.; Jauffret-Spinosi, C.: *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., págs. 377 y sgts.

En lo que se refiere a la producción legislativa, las fuentes constitucionales desempeñan un papel particular, al que conviene dedicar una breve reseña.

## 12. Fuentes constitucionales

Las fuentes constitucionales, o *constitutional law*, de los sistemas del *common law* presentan, desde el plano material, diversos puntos de contacto con sus homólogos de los sistemas del *civil law*.

En concreto, en aquellos ordenamientos donde está vigente una Constitución rígida y jerárquicamente supraordenada a las fuentes ordinarias, el texto constitucional es fuente del Derecho en la medida que establece una disciplina sobre las modalidades de producción de las restantes fuente-acto (*statutes, acts* de otra naturaleza, etc.)

Sin embargo, si, por un lado, es cierto que la producción legislativa representa un complemento de la espina dorsal del *common law* (es decir, del Derecho jurisprudencial); por el otro, la *constitutional law* representa —según una conocida definición— “un sistema de reglas referido a la organización y funciones de los órganos fundamentales del Estado, a sus relaciones recíprocas y a las relaciones entre tales órganos y los sujetos privados”<sup>(76)</sup>.

Ahora bien, en los países del *common law* donde se ha consolidado y desarrollado un constitucionalismo escrito (con el instituto conexo de la *judicial review*), parece que se registra —desde este punto de vista— una similitud con la familia del *civil law*. La Constitución de los Estados Unidos (aprobada por la Convención de Filadelfia en 1787) constituyó el prototipo de Constitución escrita a imitar para muchos países del *common law*. La difusión en aquellos países de este modelo de Constitución escrita, acabó por marcar una diferencia radical con el sistema jurídico inglés.

<sup>(76)</sup> Dalton, P.J.; Dexter, R.S.: *Constitutional Law*, London, 1976.

Singular, en efecto, resulta la situación en el sistema británico, donde, como es sabido, no existe una verdadera Constitución escrita, en el sentido de documento formal y unitario que reúna los principios organizadores del Estado-persona y del Estado-comunidad.

Al contrario, se compone de un complejo de actos y documentos a los que se reconoce relevancia constitucional, que, a su vez, están integrados por convenciones constitucionales, es decir, por normas de Derecho público no escrito.

En cuanto a las leyes, deben recordarse, al menos, la *Magna Charta Libertatum*, concedida en 1215 por el Rey Juan sin Tierra a sus barones; las *Confirmatio Chartarum* de Eduardo I (1297); la *Petition of Rights* (1628); la *Habeas Corpus Act* (1679); el *Bill of Rights* (1689); el *Act of Settlement* (1701), modificado por la *Abdication Act* (1936); la *Representation of the People Act* (1867) y las *Parliament Acts* (1911 y 1949).

Sin embargo, estas leyes han resultado insuficientes para disciplinar cumplidamente la compleja área del llamado *government*, es decir, las relaciones entre los órganos constitucionales titulares de la función de dirección política.

En consecuencia, se han venido desarrollando las denominadas *conventions*: reglas que presuponen, a su vez, otras reglas legales y que se dictan para disciplinar posteriormente las actividades de los órganos de Gobierno<sup>(77)</sup>.

Se trata, en otras palabras, de reglas de comportamiento vinculantes para los órganos constitucionales del Estado; no derivan del Derecho jurisprudencial, ni son impuestas por los ór-

---

(77) Hood-Phillips, O.: *Conventions in the British Constitution*, en *Scritti in onore di G. Ambrosini*, III, Milano, 1970.

ganos judiciales; se trata de normas *extra-ordinem* configuradas para definir el área de la discrecionalidad constitucional <sup>(78)</sup>.

A título de ejemplo, se refiere la elección del primer ministro británico. En abstracto, el Rey es libre de designar a quien quiera para tal puesto; pero, en realidad, existe una obligación constitucional que impone el nombramiento del líder del partido mayoritario en la Cámara de los Comunes. De igual modo, es de origen convencional la obligación que recae sobre el monarca de nombrar a las personas que indique el Primer Ministro como miembros del Gobierno. Y aún hay más: toda una serie de *prerogative powers* (históricamente de la exclusiva competencia de la Corona), también por convención, se ejercen por el Rey de conformidad con las normas del Gobierno británico.

### 13. *Statute law* e interpretación jurisprudencial

La primera cuestión que debe señalarse es que la tradicional supletoriedad de los *statutes law* respecto de los *case law*, no se puede reducir sin más a una mera cuestión de cantidad o calidad.

Ya durante los reinos normandos y angevinos, la legislación había alcanzado una masa imponente. Sin embargo, es con los Tudor cuando la producción legislativa conoce un desarrollo notable, suscitando al mismo tiempo entre los *common lawyers*, la necesidad de ordenar algunas técnicas apropiadas para la interpretación. Técnicas en las que todavía se trasluce la idea medieval de un juez con funciones de oráculo y, por tanto, dotado de amplios márgenes de libertad frente al contenido de los *statutes*.

Ante la producción legislativa contemporánea, la moderna doctrina del *common law* cae en cierta clase de contradicción: re-

<sup>(78)</sup> Marshall, G.; Moodie, G.C.: *Some Problems of the Constitution*, cit., págs. 42 y sgts.

conoce la supremacía formal de los *statutes*; pero, luego, afirma la subordinación sustancial de éstos a las normas del *common law*.

La supremacía de los *statutes* derivaría de la posición de absoluta dominación que el Parlamento tiene entre las instituciones inglesas de Gobierno; así como en los Estados Unidos juega a su favor la existencia de una Constitución escrita (sustancialmente un acto de producción legislativa) como *supreme law*.

La misma literatura científica, sin embargo, sustenta la supletoriedad de hecho de los *statutes* que entran a formar parte del *common law* como consecuencia de la interpretación y de la aplicación hecha por los jueces. Su capacidad de innovar el derecho vigente se anuda a la función de mera adecuación del Derecho jurisprudencial a los cambios de las condiciones económicas y sociales <sup>(79)</sup>. Adecuación que ocurre mediante un pronunciamiento jurisdiccional (*declaring*): una vez que entra en vigor, la ley forma parte del sistema del *common law* y, por tanto, del *declaring* por la que se aplica.

Como ya ha sido subrayado, "los *statutes* presuponen la existencia del *common law* (...). No constituyen otra cosa que la *addenda* y la fe de erratas del libro del *common law*; y carecerían de significado si no se refiriesen al *common law*" <sup>(80)</sup>.

También se ha dicho que, desde hace un siglo, el *common law* ha entrado en la era de los *statutes* <sup>(81)</sup>, con lo que se quiere poner de relieve algunas características propias de los actuales sistemas del *common law*.

En primer lugar, el triunfo del "Estado del bienestar", tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, ha determinado un

---

<sup>(79)</sup> Calabresi, G.: *A Common law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.)-London, 1982.

<sup>(80)</sup> Geldart, W.: *Elements of English Law*, London, 1975.

<sup>(81)</sup> Calabresi, G.: *ob. cit.*, págs. 11 y sgts.

tipo de "orgy of statute making" <sup>(82)</sup> en cuanto a la creación de nuevas instituciones sociales y de redistribución de los recursos.

Esta ingente producción legislativa es consecuencia de los límites estructurales del Derecho jurisprudencial: los tribunales no pueden crear instituciones ni redistribuir riqueza.

No obstante, sigue en pie la idea, que frente a esta enorme producción legislativa, los *statutes* mantienen naturaleza de enmiendas, también con contenido derogatorio, del sistema del *common law* y que, por tal razón, tienen carácter excepcional.

Esta interpretación ha hecho que los *statutes* en general y, en especial, las llamadas *law reform* <sup>(83)</sup>, se confeccionen, desde la idea del *drafting*, con sumo detalle, con una puntillosa formulación lingüística y, en algunos pasajes, hasta con prolijidad. Con ello, se persigue estrechar el margen de libertad de los jueces en la interpretación de los propios *statutes*; en suma, disminuir el riesgo de que se deje sin valor la reforma introducida.

En este sentido, los *common lawyers* ingleses han dictado algunas reglas de *statutory interpretation* (o *statutory construction*) <sup>(84)</sup>.

El primer criterio de interpretación de los *statutes* es la interpretación literal (*litteral interpretation*). La fidelidad al texto, defendida por los *common lawyers*, implica la exclusión de técnicas de interpretación como la analogía o el recurso a los trabajos preparatorios para reconstruir cuáles eran las intenciones del legislador <sup>(85)</sup>.

---

(82) Gilmore, G.: *The Ages of American Law*, New Haven, 1977.

(83) Se trata de leyes de contenido amplio, que el legislador, inglés o norteamericano, emplea para reformar sectores enteros del Derecho de modo coherente y orgánico. Es el caso, por ejemplo, de la *Law of Property Act* inglesa de 1925 o del *Uniform Commercial Code* estadounidense.

(84) Cross, A.R.: *Statutory Interpretation*, London, 1987.

(85) Maxwell, P.B.: *The Interpretation of Statutes*, London, 1969.

Sin embargo, cuando el acto legislativo presenta un contenido meramente declarativo y no innovativo del *common law*, se admite la interpretación analógica.

En Inglaterra, por otro lado, se permite el recurso a la llamada *golden rule* en la interpretación. Este principio general consiste en que no puede atribuirse un sentido contrario al sentido común a las palabras de la ley.

En Estados Unidos, la presencia de una Constitución escrita (suprema respecto de cualquier otra fuente) ha provocado una lectura particular de la teoría de la interpretación. Dos escuelas del pensamiento se enfrentan desde siempre, con posiciones alternas, a la hora de interpretar esa Constitución: de un lado, la que cree necesario partir del *original intent* de los padres constituyentes; del otro, la que cree decisiva una interpretación evolutiva, que asegure al texto constitucional una validez política permanente.

Por otro lado, en lo que se refiere a la legislación, el juez norteamericano no encuentra límites cuando investiga la intención del legislador o los trabajos preparatorios de las normas: al revés, la *policy* (el contenido político del Derecho subyacente de los *statutes*) es un terreno abonado para la discrecionalidad del juez. Basta pensar en las posibilidades de desarrollo de cierta *policy* mediante una interpretación extensiva del acto legislativo. O, al revés, en la posibilidad de que un juez declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley.

En resumen, en el mundo del *common law*, se presentan dos actitudes ante la interpretación de los actos legislativos, cuyo expresión prototípica se halla en los dos modelos de referencia (el inglés y el estadounidense).

En Inglaterra, se considera que el *statute* es un elemento extraño al *common law*, que sólo entra a formar parte del mismo por el *declaring*. Además, el *statute* tiene que recibir una inter-

pretación sustancialmente restrictiva para moderar su incidencia en el Derecho jurisprudencial. Al mismo tiempo, sólo se reconoce preeminencia sobre el precedente jurisprudencial a la letra del acto legislativo (autoridad superior que deriva del *statute* por el reconocimiento de la soberanía del Parlamento, en tanto que órgano legitimado para superar los precedentes que se consideren equivocados).

En los Estados Unidos, en cambio, el control difuso de constitucionalidad induce al juez a no fijarse en el Parlamento como en el soberano absoluto, sino que, siguiendo la estela de las sentencias del Tribunal Supremo, se viste de "ingeniero social", lee críticamente la *policy* en la que se inspiran los diversos *statutes* y acaba por expresar su adhesión o su rechazo al *criterio*, extensivo o restrictivo, de interpretación y aplicación de la ley.

Y de este modo, los *statutes* se insertan en el mismo circuito del *common law*, y no como en Inglaterra, en un circuito alternativo<sup>(86)</sup>.

#### 14. Legislación secundaria o *subordinate legislation*

El "Estado de Bienestar" no sólo ha causado una copiosa producción legislativa, sino también de actos normativos subordinados o secundarios.

Las intervenciones correctivas, especialmente en el sistema económico, han supuesto una notable producción de normas de contenido administrativo; lo que ha creado no pocos problemas a los *common lawyers* por la interpretación clásica que niega la existencia en Inglaterra de un Derecho Administrativo de tipo continental. Se han desarrollado, no obstante, muchas formas de normación secundaria que es oportuno reseñar brevemente.

---

<sup>(86)</sup> Atiyha, P.S.: *Common law and Statute Law*, en *Modern L. R.*, 1985, págs. 1 y sgts.

En primer lugar, están las varias subespecies que se manifiestan a través de la *delegación legislativa*. Sobre la base de tal instituto, el Parlamento puede delegar en otros sujetos o entes el poder de hacer normas —que, en su momento, adoptarán las formas de *order*, *regulation* y *rule*—. En el campo de la *delegated* o *subordinated legislation*, se distinguen algunos instrumentos que tienen en común el hecho de otorgar al Gobierno la potestad normativa. En particular, los ministros pueden adoptar por sí solos *statutory instruments*, es decir, decretos legislativos a partir de una expresa delegación legislativa o *enabling act*. Por la *Statutory Instrument Act* de 1946, el poder de promulgar *orders*, *rules* o *regulations* por delegación corresponde al Rey, oído el parecer del Consejo Privado (por medio de las llamadas *orders in Council*); o a los ministros de la Corona (por medio, como se acaba de decir, de los *statutory instruments*). Sobre la legislación delegada, el Parlamento de Westminster ejerce un control de tipo preventivo o posterior. Según los casos, pues, el acto de control operará, respectivamente, como condición suspensiva de la eficacia del acto normativo; o bien como condición resolutive del mismo.

Entre los actos de legislación secundaria más característicos de Gran Bretaña, deben mencionarse los *bylaws*: se trata de actos normativos secundarios, dictados por las autoridades locales u organismos independientes, sujetos a la aprobación de un departamento gubernativo; y cuya legitimidad formal y material es controlada por los tribunales.

En los Estados Unidos, como generalmente ocurre en los sistemas del *common law*, los órganos de Gobierno tienen la potestad de dictar actos normativos desprovistos de fuerza de ley (*executive orders*), que se suman a los actos “secundarios” de entes locales y entes independientes (*Agencies*, *Independent Regulatory Commissions*, etc.) Sin embargo, cuando la aprobación de tales actos sea consecuencia de una delegación del Congreso, adquiere

ren fuerza y rango de ley (*forces and effect of law*), es decir, eficacia *erga omnes* y valor de ley<sup>(87)</sup>.

En el ordenamiento de los Estados Unidos, además, se admite como legítimo que el Ejecutivo sancione reglamentos y actos con fuerza de ley. En este sentido, la jurisprudencia ha subrayado que tal potestad normativa primaria del Ejecutivo debe ser entendida en sentido funcional; es decir, como ejercicio de poderes instrumentales (*implied powers*) al servicio de los *enumerated powers*.

En la misma área de los *implied powers*, la doctrina y la jurisprudencia introducen la llamada *emergency legislation*, indispensable —en determinadas circunstancias— para el ejercicio de las actividades de Gobierno (estado de guerra, crisis económica o social).

También se incluye en la legislación secundaria la denominada *contingency legislation*. Consiste en una deliberación del Congreso sobre un determinado *statute*, que tiene que ver con la verificación de un acontecimiento incierto<sup>(88)</sup>, cuya entrada en vigor se pospone y se deja al criterio del Presidente.

---

(87) Patrono, M.: *Le leggi delegate in Parlamento. Analisi comparato*, Padova, 1981.

(88) Cfr. Reposo, A.: *Le fonti del diritto negli ordinamenti anglosassoni*, cit., pág. 225.



## CAPÍTULO III

# FUENTES DEL CIVIL LAW

SUMARIO: 1. La gran codificación europea. 2. Recepción y circulación de los modelos continentales. 3. La crisis de la ley en el Estado social. 4. Rigidez de las constituciones y complicación de los ordenamientos jurídicos. 5. La Constitución como meta-fuente y las fuentes del Derecho en los principales ordenamientos contemporáneos. 6. La reserva de ley. 7. Leyes-medida y leyes formales. 8. El procedimiento de formación de la ley. 9. Leyes reforzadas o atípicas. 10. Leyes orgánicas. 11. Actos con fuerza de ley del Ejecutivo. 12. *Sigue*. La legislación delegada. 13. *Sigue*. Decretos y ordenanzas de necesidad. 14. Las fuentes de los entes territoriales periféricos. Constituciones y estatutos. 15. *Sigue*. La distribución de competencias. 16. Fuentes comunitarias y ordenamientos internos. 17. La "fuerza" de los actos comunitarios. El papel de los entes periféricos. 18. Los reglamentos. 19. Fuentes-acto residuales: reglamentos parlamentarios, sentencias constitucionales y referéndum abrogatorio.

## 1. La gran codificación europea

Como ya se ha señalado en el capítulo I (que versa sobre la naturaleza de la consolidación de los preceptos religiosos o de los mandatos de la costumbre), las diferentes codificaciones realizadas desde la primera mitad del siglo XVIII en adelante, se diferenciaban de los códigos elaborados a partir de las ideas del Derecho natural racionalista, de la Ilustración y del Derecho positivo<sup>(89)</sup>, no tanto en el origen de la fuente (pública en ambos casos), ni en el valor (oficial) o en el carácter innovador de la misma, ni tan siquiera en su estilo o forma de desarrollo, sino en el hecho de que tales recopilaciones presuponen la supervivencia de los derechos particulares y del *jus comune*. Tanto en los Estados latinos como en los

(89) Una exposición de las más importantes consolidaciones y codificaciones del Derecho romano al contemporáneo en el mundo occidental, se encuentra en Viora, M.E.: *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, 1967. Véase en general, Piano Mortari, V.: *Codice (storia)*, en *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960; así como Tarello, G.: *Codice (Teoria generale)*, en *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; y Sacco, R.: *Codice (diritto comparato e straniero)*, en ídem.

En relación con las investigaciones de textos jurídicos de la Antigüedad, se puede consultar la *Rev. int. des droits de l'antiquité* (*ivi*, 1935, en particular Volterra, E.: *Les rapports entre le droit roman et les droits de l'Orient*, del cual puede verse también *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937); Gaudamet, J.: *L'autorité de la loi et de la coutume dans l'antiquité*, en *Rapports Généraux au V<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1960.

Para el Derecho romano, véanse las referencias bibliográficas de cualquier manual italiano y extranjero. De modo especial, señalamos los trabajos dedicados al mundo clásico y al mundo medieval, que preceden a cualquier ensayo relativo a la tradición italiana del Derecho común en el siglo XIX, en AA.VV.: *Filosofia e scienza della legislazione*, tomo I de *L'educazione giuridica*, 3 vols., Napoli, 1988; que pueden completarse con Vanderlinden, J.: *Le concept de Code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> siècle au XIX<sup>e</sup> siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1968; así como con la amplia bibliografía recopilada por Cavanna, A.: *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, reimpr., Milano, 1994.

alemanes, por otra parte, los nuevos códigos han estado condicionados por la herencia del Derecho Romano, hasta tal punto que las codificaciones de los siglos XVIII y XIX pueden considerarse como un producto natural de la tradición del Derecho civil <sup>(90)</sup>.

En consecuencia, la ley por antonomasia se refleja en el código: "un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (...) y caracterizado por la unidad de materia, vigente para (...) el Estado entero (...), al cual se encuentran subordinados todos los súbditos y sujetos de la autoridad política estatal, fruto de la voluntad de la autoridad, con carácter público, que deroga todo el Derecho precedente en la entera materia por él disciplinada y está destinado a permanecer durante mucho tiempo vigente" <sup>(91)</sup>.

Las diferentes manifestaciones de la situación política, la sensibilidad de los monarcas, la formación de los juristas, la unidad o la fragmentación de los Estados, la presencia de nuevas doctrinas políticas dejaron huella en las distintas codificaciones <sup>(92)</sup>.

<sup>(90)</sup> Así sucede con los códigos elaborados por Federico el Grande de Prusia (ALR, *Allgemeines Landrecht*), los códigos napoleónicos, el Código Civil austriaco (ABGB, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) y después, con el Código alemán de 1900 (BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch*) y el Código Civil suizo de 1907 (ZGB, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*) y las innumerables recepciones que se han producido en estos códigos de forma compartida entre la familia jurídica de los ordenamientos del *civil law* y la del *common law*. Cfr. Watson, A.: *The Making of the Civil law*, Cambridge, 1981.

<sup>(91)</sup> Cfr. Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

<sup>(92)</sup> Sobre las codificaciones francesas y alemanas, la literatura italiana y extranjera es extensa. Nos limitamos, por lo tanto, a señalar las obras más importantes, entre las cuales sobresalen Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*, I, cit.; ÍD.: *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, en *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978; Corradini, G.: *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971; Bonini, R.: *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, I, Bologna, 1973; Arnaud, A.J.: *Les origines*

Las etapas de la codificación francesa, articuladas en varios proyectos, vieron en concreto una atenuación progresiva de su carácter revolucionario, así como la disolución de su tradición jurídica y de su amplia elaboración jurisprudencial en el *Code Civil* de 1804, con el cual se alcanzó un punto de equilibrio entre la abstracción y la casuística; mientras se estableció definitivamente el nuevo modelo de técnica legislativa. De igual modo, el vínculo con el Derecho Romano es estrecho en el gran *Code de Commerce* de 1807 (cuya redacción recibió la influencia parcial del mismo Napoleón<sup>(93)</sup>), tanto en el contenido como en la organización de las distintas materias<sup>(94)</sup>.

---

*doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969; Wieacker, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2, neubearbeitete Auflage, Göttingen, 1967, trad. it., *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, Milano, 1980; Viola, F.; Urso, M.: *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, 1989 y Cannata, C.A.; Gambaro, A.: *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Torino, 1989.

Una gran cantidad de información útil aparece en los tres tomos dedicados a *L'educazione giuridica*, cit., y en los tres volúmenes sobre *Reason in Law. Proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984*, Milano, 1987-88 (en especial, en el vol. I, Scarpelli, U.: *La razionalità dei codici*). Véase también *Legislazione. Profili giuridici e politici. Atti dell XVII Congresso naz. della Soc. It. di filosofia giur. e pol.*, Milano, 1992.

A las obras anteriormente indicadas, debe añadirse el volumen de Monateri, P.G.: *Il modello di civil law*, Torino, 1996, que a su vez contiene una amplia bibliografía.

(93) Cfr. Padoa Schioppa, A.: *Saggi di storia del diritto commerciale*, Como, 1984.

(94) En relación con la codificación penal, las innovaciones más importantes se presentaron desde los primeros proyectos en temas relativos a la introducción del jurado de conciencia, el cambio del sistema acusatorio en lugar del inquisitivo, la publicidad de las audiencias, la libertad de defensa y el establecimiento de un nuevo sistema de penas; novedades

También en la identificación de algunos presupuestos, la codificación alemana presentó características profundamente diferentes. En su vigorosa reacción contra el sistema francés, la Escuela Histórica de Savigny, Puchta, Hugo —que seguía de cerca el Derecho romano, como también los estudiosos del derecho histórico alemán: J. Grimm, Eichhorn, Beseler—, rechazó la idea de un código único (postura defendida por Thibaut) que reuniese el Derecho de los Estados en los que se encontraba repartido el pueblo alemán; al contrario, sostenían que el Derecho podía desarrollarse “orgánicamente” sólo a través de la costumbre, los usos sociales y la ciencia <sup>(95)</sup>. No obstante, el positivismo científico de la Escuela Histórica y de la Pandectística debió pagar un tributo al positivismo legislativo, a pesar de la ausencia de una revolución y de la derrota sufrida por el movimiento liberal, promotor de la codificación, en 1848.

Al principio, muchos Estados alemanes se dotaron de códigos penales y proyectaron o adoptaron, o ambas cosas, códigos civiles (Sajonia) y de Derecho procesal civil, que tenían una fuerte influencia francesa; y numerosos Estados de la Confederación asumieron como propio el Código General de Comercio alemán de 1861 <sup>(96)</sup>. Pocos años más tarde, el Reich bismarckiano (1870) produce los primeros proyectos de Código Civil, que finalmente constituirían el BGB y que entró en vigor el 1º de enero de 1900.

---

des que se consagraron en el *Code Penal* y en la *Instruction criminelle* (ambos en vigor desde el 1 de enero de 1811).

(95) La labor exclusiva del jurista, según Savigny, era la de representar la conciencia jurídica popular y sólo el Derecho romano expresaba el ideal de una concepción jurídica “científica” (Wieacker, F.: *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, cit., págs. 11 y sgts.) Fracasada la misión de unificar el Derecho de los pueblos alemanes en un código, la tarea fue asumida por la ciencia del Derecho Civil, denominada *Pandectística*, en referencia a las pandectas justinianeas.

(96) ADHGB: *Allgemeines Deutsche Handelsgesetzbuch*.

Por así decirlo, el continente era el mismo (se trataba de un código tanto en Francia como en Prusia, en Austria o en el Reich alemán); pero el contenido del BGB fue producto de la Pandectística alemana, que repudiaba el Derecho abstracto y racional y defendía la prevalencia del Derecho histórico y nacional<sup>(97)</sup>; por eso, el Código alemán contaba con una amplia "parte general" que contenía generosas concesiones a las "cláusulas generales" y a la apreciación del juez (cosa inconcebible para el pensamiento francés que, en palabras de Montesquieu, consideraba al juez sólo como la "bouche de la loi").

Frenado el movimiento de la unificación del Derecho y su codificación por la Restauración, el proceso retoma un nuevo impulso en Suiza después de los acontecimientos de 1848. Varios cantones dictan sus propios códigos, tomando como punto de referencia los precedentes modelos franceses y austriaco; mientras la tendencia a la unificación se materializa hacia 1884 en un "Derecho de las obligaciones"<sup>(98)</sup>. Esta situación alcanzó su más alto resultado en el Código Civil —influenciado por el positivismo y la Pandectística— que, luego de varios ajustes, entró en vigor nueve años más tarde, el 30 de marzo de 1911.

## 2. Recepción y circulación de los modelos continentales

Las codificaciones francesas, alemanas y suizas se constituyeron en modelos de "dimensión ecuménica" adoptados en todo el mundo. (Curiosamente, no siempre la recepción de los mismos seguía la suerte de la colonización, como lo demuestran las experiencias iberoamericana, africana y del Imperio otomano)<sup>(99)</sup>.

(97) Sacco, R.: *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

(98) O.R.: *Obligationrecht*.

(99) Sobre la recepción de los códigos —a la cual, Sacco, R.: *Introduzione al diritto comparato*, cit., dedica las págs. 225 y sgts.—, el texto fundamental

Casi todos los territorios restaurados, después de la caída de Napoleón, asistieron a repentinas abrogaciones de los códigos de inspiración francesa que habían sido introducidos y a la mo-

pertenece a Zweigert, K.; Kötz, H.: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Grundlagen*, Tübingen, 1984, trad. it.: *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, 1992. Además, se encuentran artículos del más variado tipo en la *Rev. int. dr. comp.*

En el caso particular italiano, además de los manuales de historia del Derecho y los numerosos ensayos específicos sobre la materia, véanse la *Introduzione*, del compilador, y la *Premessa storica*, de R. Bonini, en Rescigno, P. (dir.): *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982. Sobre el Código de Comercio, los escritos recogidos en el mencionado volumen de Padoa Schioppa, A.: *Saggi di storia del diritto commerciale*.

Para el mundo árabe y el Imperio otomano, puede verse Velidedeoglu, H.V.: *Le mouvement de codification dans les pays musulmans. Ses rapports avec les systèmes juridiques occidentaux*, en *Rapports Généraux au V<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, cit.; Castro, F.: *La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei*, en *Riv. dir. civ.*, 1985, I; ÍD.: *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, cit., y *Diritto musulmano*, cit.; Losano, M.G.: *L'ammodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, Milano, 1985 (que recoge algunos ensayos de otros autores sobre el mismo tema).

En relación con América, citamos AA.VV.: *Diritto romano, codificazioni, e unità del sistema giuridico latino-americano*, en *Studi sassaresi*, V, Milano, 1977-78; De Vries, H.P.; Rodríguez-Novas, J.: *The Law of the Americas*, Dobbs Ferry, New York, 1965; Baudoïn, L.: *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, 1967; Alvarado Velloso, A.: *Diritto dei Paesi latino-americani*, en *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.

Sobre las codificaciones chinas, Dell'aquila, E.: *Il diritto cinese. Introduzione e principi generali*, Padova, 1981; Sacco, R.: *Cina*, en *Dig. priv.*, II, Torino, 1988; Tsien Tche-Hao: *Le modèle du législateur et la science de la législation en Chine (des origines à nos jours)*, en AA.VV., *L'educazione giuridica*, II, cit.; Cavalieri, R.: *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999.

En cuanto a Japón, véase Losano, M. G.: *Il diritto economico giapponese*, Milano, 1984, págs. 17 y sgts. (e *ivi* una contribución de Chongko Choi sobre *La recezione del diritto occidentale in Corea*).

mentánea recuperación del *jus comune*. Pero su manifiesta insuficiencia, la difusión de la cultura de la Ilustración, las exigencias de unificación del Derecho y las presiones de los movimientos liberales indujeron a algunos príncipes elaborar nuevas codificaciones (cuando no se limitaron simplemente a conservar el *Code civil*). Lejos de agotar su influencia en los países que habían sido objeto de la conquista napoleónica (como Suiza, Italia, los Países Bajos y Bélgica), los códigos de corte francés fueron exportados a otras regiones de Europa y del mundo.

Inmunes a la influencia del *common law*, todos los Estados iberoamericanos que apenas habían alcanzado la independencia en el curso del siglo XIX, consideraron indispensable dotarse de códigos a lo largo de esa centuria y superar el Derecho basado en las *Leyes de Indias* y las llamadas *Siete Partidas* (América española) o las *Ordenações Filipinas* (Brasil). En el mismo sentido, el proceso de codificación se inspiró en el modelo francés en lugar de acudir a los sistemas de España o Portugal, que, por una parte, recordaba a las antiguas potencias coloniales y, por la otra, porque ni España ni Portugal tuvieron códigos civiles hasta 1889 y 1867 respectivamente, cuando se dejaron influenciar por el prototipo de Código napoleónico <sup>(100)</sup>. Entre tanto, otras experiencias

---

Por último, para los países socialistas, señalamos Sacco, R.: *Il substrato romanistico del diritto civile nei paesi socialisti*, en *Riv. dir. civ.*, 1969, I.

<sup>(100)</sup> Aparte de la original experiencia del denominado *Code Henry* haitiano de 1812, los códigos adoptados hasta la mitad del siglo eran poco menos que traducciones del *Code Civil* (como es el caso del de Haití de 1825, de Bolivia de 1845 y de Santo Domingo, este último aprobado en el mismo período). Después de la aprobación del Código de Brasil en 1916 y del mexicano de 1928, se pone fin a una época de codificación en América Latina. Los códigos chileno y argentino son considerados los ejemplos más representativos de los esfuerzos de adaptar la experiencia europea a la tradición jurídica iberoamericana. Cfr. De Vries, H.P.; Rodríguez-Novas, J.: *The Law of the Americas*, cit.

codificadoras testimoniaron la tentativa de implantar en el *corpus* jurídico de los nacientes Estados de ultramar, institutos propios del Derecho indígena <sup>(101)</sup>.

Después de una experiencia de medio siglo, también se inspiraron en el modelo francés en el norte del continente americano los códigos de Louisiana, Québec e incluso California y Dakota. A su vez, después de su descolonización, lo hicieron las ex-colonias francesas, así como las ex-colonias italianas (Somalia y Etiopía.)

En los territorios musulmanes, la implantación y desarrollo de los códigos franceses no fue tan simple como en América Latina, por el abismo que separaba –y continúa separando– las concepciones filosóficas, culturales, religiosas, y las condiciones políticas, económicas y sociales de Occidente con el mundo y con el Derecho islámico: era inevitable que un Derecho rígido manifestara una profunda crisis de rechazo ante las instancias de renovación que, a la par, eran cada vez más perseguidas.

En el Imperio Otomano –donde la Ley de las Capitulaciones, que aseguraba la aplicación del Derecho occidental a los europeos, había favorecido una familiarización parcial de los distintos sistemas jurídicos–, la influencia francesa se traduce en el Código de Comercio de 1850 y en el Código Penal de 1858. De la misma manera, en el curso del siglo XIX, adoptaron códigos Túnez, Argelia y Egipto.

También debe prestarse atención a la circulación de los códigos alemanes y, en especial, a la del BGB. Ellos no fueron nunca objeto de una recepción comparable al francés, pero su influencia fue notable en Japón y China (Código de 1929); en Brasil y el

---

<sup>(101)</sup> El Código Civil chileno de 1855 redactado por el genial Andrés Bello, gozó de un éxito particular: fué adoptado en Ecuador, Colombia y Venezuela, y tanto Vélez Sarsfield, autor del Código Civil argentino de 1869, como Teixeira de Freitas, a quien se debe el Proyecto de Código de Brasil de 1864, lo tuvieron en cuenta.

Perú; y en Hungría, Yugoslavia, Checoslovaquia y Grecia. A su vez, el Código Civil suizo no sólo representó una piedra fundamental de la modernización turca (iniciada por Mustafá Kemal en 1927), sino que logró influenciar a varios países de la Europa oriental (URSS, Código Civil de 1923; Checoslovaquia, Hungría o Polonia), de América del Sur (en especial, en el Código Civil del Perú) y de Asia (la antigua Siam o China).

A pesar de las numerosas crisis de rechazo que la codificación sufrió en Europa (en especial, en los países germánicos) y después, en ordenamientos que se constituyeron como independientes (donde la rigidez del Derecho consuetudinario, jurisprudencial y religioso impedía su aplicación), el modelo afianzó sus raíces y siempre acompañó otro gran movimiento que es fiel reflejo suyo: el de la formalización de las constituciones.

El reconocimiento mismo de la existencia de derechos naturales no podía menos que materializarse en su afirmación "positiva" y en la enunciación de reglas que garantizaran su ejercicio: la misma fuente (la ley) venía llamada a diseñar en lo fundamental el Derecho Civil y, al mismo tiempo —llamándose de manera diversa con el nombre de Constitución—, a delimitar el poder del monarca, a reestructurar el Estado, a establecer los límites de la Administración pública. El Derecho Constitucional, en resúmenes, nace como un derecho formalmente legislativo.

### 3. La crisis de la ley en el Estado social

El acuerdo existente entre el código y la sociedad <sup>(102)</sup> se resquebrajó en cuanto el programa liberal recopilado en sus nor-

<sup>(102)</sup> Las consideraciones expresadas por Klein, F., en la obra: *Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs*, I, Wien, 1911, son recordadas por Liberati, G., en la bella *Introduzione* a la edición italiana de Wieacker, F.: *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M., 1974, trad. it.: *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983.

mas, se mostró insuficiente para enfrentarse a la nueva misión que el Estado se proponía en el campo social. La crítica a los códigos provenía bien de las corrientes políticas que reputaban inadecuada la introducción en sus textos de "contenidos sociales", bien por parte de la Iglesia, la doctrina o la jurisprudencia; o bien sea de los que, con la *Freirechtsschüle* o Escuela del Derecho Libre, reivindicaban un papel creativo para la jurisprudencia (en el sentido de que era la única llamada a interpretar los códigos), que no podía corresponderle. Sin embargo, fue el mismo legislador quien propinó el golpe decisivo al modelo de codificación auspiciado por el Estado liberal <sup>(103)</sup>.

A finales del siglo XIX y, sobre todo, después de la Primera Guerra Mundial, la legislación laboral, comercial, de seguros y asistencial, entre otras, vienen a consolidarse y a superar los códigos; formando un cuerpo de *leyes especiales*, con las que los Parlamentos pretenden satisfacer las necesidades de nuevas clases y grupos particulares <sup>(104)</sup>. Tales leyes especiales no se caracterizan sólo por su contenido, sino que además la técnica legislativa viene adulterada y la formulación de sus enunciados no presenta la transparencia de los códigos <sup>(105)</sup>; a la ley le faltan los requisitos

<sup>(103)</sup> Wieacker, F. *op. ult. cit.* Sobre el estudio del Estado social, enmarcado en la lectura de Forsthoff, F.: *Rechtsstaat im wandel*, Stüttgart, 1964, con específico énfasis a la crisis de la ley, véase López De Oñate, F.: *La certeza del diritto*, Roma, 1942, Milano, 1968; Irti, N.: *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; Porrás Nadales, A.: *Introducción a una teoría del Estado Post-social*, Barcelona, 1988; Wieacker, F.: *op. ult. cit.* En particular, sobre *Le leggi provvedimento* y *Le leggi speciali*, se sugieren los volúmenes de Mortati, C. (Milano, 1968), y de Italia, V. (Milano, 1983); ver también Paladin, L., *La legge come norma e come provvedimento*, en *Giur. cost.*, 1969.

<sup>(104)</sup> En tal sentido, Irti, *L'età della decodificazione, cit.*

<sup>(105)</sup> Sobre la técnica de redacción de los actos normativos en varios ordenamientos, ya sean de *common law* o de *civil law*, véase Dale, W.: *Legislative Drafting: A New Approach*, London, 1977; Viandier, A.:

de generalidad y abstracción; y la naturaleza procesal que asume influye de manera directa e inmediata en la administración y en la jurisdicción<sup>(106)</sup>; se hace más complicado el trabajo de los operadores jurídicos y de los mismos aparatos de ejecución; se exige de la actividad de los magistrados que supla los vacíos de la ley e interprete las disposiciones que no logren acoplarse en el sistema general de fuentes.

#### 4. Rigidez de las constituciones y complicación de los ordenamientos jurídicos

Las constituciones decimonónicas, predispuestas para dar protección rigurosa a la autonomía de los individuos, no supieron resistir la participación en el poder de todas las clases sociales presentes ya desde el final de la Gran Guerra, a través de la cual se hizo posible la enunciación exhaustiva de los llamados *derechos sociales* junto con los tradicionales derechos políticos y de libertad.

---

*Recherche de légistique comparée*, Berlin, Heidelberg, 1988; el fascículo sobre *La técnica legislativa: un artigianato da valorizzare*, en *Foro it.*, 1985, V.: Pizzorusso, A.: *Il "Renton Report" e le prospettive di evoluzione del sistema giuridico inglese*, en AA.VV.: *L'educazione giuridica*, cit., III, *La discussione contemporanea*; Bartole, S. (comp.): *La tecnica legislativa*, Padova, 1988; Pagano, R. (al cuidado de.): *Normative europee sulla tecnica legislativa*, Roma, 1988; Pattaro, E.; Zanotti, F. (al cuidado de.): *Applicazione e tecnica legislativa. Atti del Convegno, Bologna, 9-10 maggio 1997*, Milano, 1998; Ainis, M.: *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, 1997; Costanzo, P. (al cuidado de.): *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Napoli, 1999. En concreto acerca de Italia, consúltense los fascículos 2-3/1985 de *Le Regioni* y 2-3/1989 de *Reg. e gov. loc.*; la relación de la llamada Comisión Barettoni Arleri, publicada con el título *Fattibilità e applicabilità della legge*, Rimini, 1983; las actas del Congreso de Trieste del 28-29 de octubre 1988 sobre *Scienza e tecnica della legislazione*, Trieste, 1992; Bettini, R.: *Il circolo vizioso legislativo*, Milano, 1983.

(106) Paladin, L.: *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

De otra parte, en el segundo período de postguerra, las diferencias entre la sociedad, el sistema económico, la nueva forma de Estado y la implementación de un nuevo sistema de fuentes ligado a la ideología del siglo XIX, fueron configurándose, a pesar del esfuerzo de la doctrina jurídica continental por afirmar la unidad sustancial del concepto de ley<sup>(107)</sup>. Frente a tal problemática, la mayoría de las constituciones recientes ha respondido a los estímulos de los diversos sectores de la sociedad y a la satisfacción de las demandas particulares, conectando la diversidad sustancial de la ley con diferentes subtipos, en los que se pueden calificar tales diferencias en razón, por ejemplo, del procedimiento seguido para la adopción de un determinado asunto o por las materias de las cuales se ocupa.

El sistema de fuentes se enriquece, por tanto, con una multiplicidad de actos que no son leyes "ordinarias", a pesar de estar provistas de fuerza para resistir la derogación legislativa (la llamada fuerza pasiva de la ley). La palabra "ley" viene utilizada también para designar algunos actos emanados por entes políticos autónomos (leyes de las Comunidades Autónomas españolas; leyes de las Regiones italianas; leyes de los *Länder* austriacos y alemanes). El *criterio* de jerarquía que las constituciones flexibles resaltaban claramente en el diseño de una escalera compuesta por tres niveles (la ley, el reglamento, los usos sociales) se revela incapaz de resolver las antinomias entre las distintas fuentes. En su lugar, se abre camino y asume una importancia creciente el *criterio* de competencia. Así las cosas, la segmentación de la ley surge con técnicas diferentes y en diferentes sectores como obra de la Constitución.

Por lo demás, en los ordenamientos del *civil law*, la ley del Parlamento tiene reservada implícitamente una competencia *residual*: con excepción de aquellos ordenamientos descentraliza-

---

(107) De Otto, I.: *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, cit.

dos que no asignan las competencias enumeradas a los órganos electivos de los Estados miembros, sino que, al contrario, utilizan la técnica opuesta de señalar en la Constitución la lista de las competencias del Estado central, dejando las restantes atribuidas a los entes periféricos.

También representa una excepción la Francia de la Vª República, donde la ley determina la propia competencia en las materias taxativamente señaladas en la Constitución; mientras un *domaine* residual es conferido al reglamento.

Lo que no se encuentra con frecuencia en la actualidad es la atribución a la ley del Parlamento de una competencia general. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la esfera de competencia de la ley, así como la de cualquier otra fuente está constitucionalmente determinada: leyes de los Estados federales o de las Regiones, leyes aprobadas por actos del pueblo (referéndum o plebiscito), reglamentos parlamentarios, reglamentos comunitarios, actos de las cámaras en sesión plenaria. De igual forma y con mayor razón, sucede con las fuentes intermedias entre la Constitución y la ley (denominadas leyes orgánicas en Francia, España, Venezuela, Perú, Rumania, Portugal o Brasil).

Hoy en día —de manera diferente a lo que ocurría hace algún tiempo—, en pro de la unidad de la ley, la “especialidad” de la materia se acompaña a menudo de leyes cuyo contenido está determinado por acuerdos previos (por ejemplo, en asuntos de ratificación de tratados) o condicionado por vínculos anteriores<sup>(108)</sup> o por opiniones constitucionalmente previstas<sup>(109)</sup>. Sucede con leyes en materia de finanzas, vinculadas a procedimientos parti-

---

(108) Como las leyes que disciplinan las relaciones del Estado con las confesiones religiosas, a tenor de los artículos 8, inciso tercero, de la Constitución italiana.

(109) Art. 131.2 de la Constitución española.

culares<sup>(110)</sup>; con leyes que pueden ser aprobadas solamente por el *plenum* de cada una de las cámaras<sup>(111)</sup>; con leyes adoptadas por referéndum<sup>(112)</sup>; con leyes que no pueden someterse a referéndum<sup>(113)</sup>; con leyes aprobadas en sesión plenaria de las dos ramas del Parlamento<sup>(114)</sup>; con leyes unicamerales o tricamerales<sup>(115)</sup>; con leyes aprobadas por mayorías calificadas<sup>(116)</sup>; con leyes que regulan las relaciones entre grupos lingüísticos o culturales y sus correspondientes poderes<sup>(117)</sup>; con leyes configuradas del modo más diverso, que disciplinan las competencias de los Estados miembros o de las Regiones (o de análogos entes territoriales), o las relaciones entre ellos y el Estado central<sup>(118)</sup>.

Las relaciones entre la ley ordinaria y la infinita tipología de fuentes atípicas sólo están inspiradas en el *criterio* de jerarquía<sup>(119)</sup>

- 
- (110) Por ejemplo, el capítulo V de la Constitución austríaca; el título VI de la Constitución finlandesa, en la versión anterior a la revisión de 1995.
- (111) Art. 72, último párrafo, de la Constitución italiana; art. 75.3 de la Constitución española.
- (112) Art. 11 de la Constitución francesa; art. 79.2 de la Constitución islandesa; art. 27 de la Constitución irlandesa; art. 105.3 de la Constitución estonia.
- (113) Art. 75.2 de la Constitución italiana; art. 42.6 de la Constitución danesa; art. 74 de la Constitución letona.
- (114) Art. 28, último párrafo, de la Constitución italiana; art. 29.2 de la Constitución neerlandesa; art. 62.2 de la Constitución rumana.
- (115) Véase, por ejemplo, para el primer caso, el art. 74 de la Constitución del Reino de Bélgica; y, para el segundo, la *Constitution Act 1983* de la República de Sudáfrica, *mult. loc.* (hoy sustituido por la *Constitution Act 1997*).
- (116) Art. 93 de la Constitución noruega; art. 63 de la Constitución neerlandesa; art. 24, párrafo tercero, de la Constitución húngara.
- (117) Título III de la Constitución belga.
- (118) Constituciones italiana, española, austriaca y *Grundgesetz* alemana.
- (119) Es decir, no se excluye, por ejemplo, que una ley orgánica francesa sea superior en fuerza vinculante, respecto a una ley ordinaria.

en algunos casos. Sin embargo, como el objeto de la disciplina es la referencia a determinado tipo de ley, las diferentes clasificaciones se regulan a partir del *criterio* de competencia, sin que esto comporte necesariamente la superposición de fuentes legales <sup>(120)</sup>.

- (120) Esto exige la necesidad de una definición correcta de la materia desde el punto de vista semántico (muy problemática en textos, como los constitucionales, que están redactados con un manejo vago del lenguaje). El debate sobre la competencia de la ley ordinaria, de las leyes fortalecidas o atípicas y de las otras fuentes no subordinadas, en todo caso, se resuelve al final por los tribunales constitucionales. La doctrina jurídica italiana tiene el mérito de haber profundizado en el tema de la relación existente entre el criterio de jerarquía y el criterio de competencia en los regímenes de constituciones rígidas. Ver en particular Crisafulli, V.: *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, y *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, 6a. ed., Padova, 1993; Modugno, F.: *L'invalidità della legge*, I, Milano, 1970; ÍD., *Legge (in generale)*, en *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973; Pizzorusso, A.: *Fonti del diritto*, en Branca, G. (dir.): *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 1977; Ruggeri, A.: *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977; ÍD.: *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 1993; ÍD.: *Fonti, norme, criteri ordinatori*, 2a. ed., Torino, 1999; Zagrebelsky, G.: *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984; ÍD.: *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990; Paladin, L.: *Diritto costituzionale*, 3a. ed., Padova, 1998 (págs. 151 y sgts.) y *Le fonti del diritto italiano*, cit.; Cicconetti, S.M.: *Le fonti del diritto*, I, *L'ordinamento giuridico. La Costituzione. Le leggi costituzionali. Le leggi ordinarie*, Torino, 1997; Giocoli Nacci, P.: *Appunti sulle fonti normative*, Bari, 1992; Guastini, R.: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; ÍD.: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998; Pedrazza Gorlero, M.: *Le fonti del diritto. Lezioni*, Torino, 1995. Así mismo se pueden agregar De Otto, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit. Para el ordenamiento español ver Garrarena Morales, A.: *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1980. Varios de los aspectos tratados en estas páginas son afrontados por Pérez Royo, J.: *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1988, y por Balaguer, F.: *Las fuentes del Derecho*, 2 vols., Madrid, 1992. Ver además, en relación con el sistema portugués de fuentes, Miranda, J.: *Manual de Direito Constitucional*, V,

Fijada por la Constitución la competencia de una fuente, ésta necesita a su vez disposiciones de actuación de grado inferior; atenuándose así el nivel constitucional, el *criterio* de jerarquía reaparece entonces en el interior de *microsistemas jerárquicos* que asumen características diferentes entre los distintos ordenamientos y que, debido a la variedad de particularidades que ofrece cada uno, dificultan la certeza jurídica.

## 5. La Constitución como meta-fuente y las fuentes del Derecho en los principales ordenamientos contemporáneos

El hecho de que los textos constitucionales se vuelvan rígidos y la posibilidad de los tribunales constitucionales de sancionar las violaciones a la Carta fundamental, extiende –por así decirlo– la espiral de las fuentes, en cuyo vértice se encuentra la Constitución; sobre este particular se recordará aquí solamente algún concepto relativo a su naturaleza de fuente del Derecho, dejando de lado los perfiles históricos y las tradicionales clasificaciones entre constituciones largas y breves, flexibles y rígidas, autoritarias y democráticas y las diferentes definiciones de Constitución (formal, sustancial, material), entre muchos otros temas.

En primer lugar, se encuentra en algunos ordenamientos un tipo de “super-Constitución”, cuya existencia no sólo *se presupone* –en el ámbito doctrinal–, sino que, por el contrario, es declarada por las mismas disposiciones que impiden el proceso de revisión o por los tribunales constitucionales, siempre que se identifiquen algunos “principios fundamentales” inmodificables<sup>(121)</sup>.

---

*Actividade constitucional do Estado*, Coimbra, 1997, págs. 150 y sgts.; Gomes Canotilho, J.J.: *Direito Constitucional*, Coimbra, 1993, págs. 783 y sgts.

(121) Es este el caso de la Constitución italiana, donde la *Corte costituzionale* ha individualizado un “núcleo fuerte” (entre las primeras, véanse las Sentencias núm. 18/1982 y núm. 1146/1988).

Haciendo referencia a la relación que se puede establecer entre la Constitución y otras fuentes, se puede anotar que los vínculos que se crean entre los diversos tipos de fuentes y las circunstancias que rodean tales institutos constituyen solamente uno de los temas tratados por la doctrina constitucional (tanto en textos antiguos como modernos, incluidos los últimos textos constitucionales adoptados en Europa del Este).

En particular, las constituciones enuncian a menudo el principio de supremacía, bien sea de forma expresa<sup>(122)</sup>, bien indirecta (introduciendo el control de constitucionalidad); al mismo tiempo disciplinan la ley y su procedimiento de formación, los actos con fuerza de ley, las fuentes atípicas y las fuentes de los Estados miembros o de las Regiones. Algunas veces, se dictan disposiciones relativas al poder reglamentario del Gobierno, aunque faltando casi siempre un exhaustivo sistema normativo de fuentes de ámbito local; pero estas normas casi nunca se ocupan de temas como la interpretación, la derogación o la eficacia espacial de las normas.

Debido a estas omisiones, la disciplina de las fuentes menores viene sometida a la ley (o a otras fuentes subordinadas a la Constitución); pero su posición en el sistema general no siempre se presenta de forma clara; además, siendo las circunstancias temporales y espaciales de la ley disciplinadas en fuentes de rango legislativo<sup>(123)</sup>, se presentan dos problemas: uno relativo a la

---

<sup>(122)</sup> Art. VI, cl. 2, de la Constitución de los Estados Unidos de América; art. 9.1 de la Constitución de España; art. 5.1 de la Constitución de Bulgaria; art. 137 de la Constitución de Ecuador.

<sup>(123)</sup> Sobre la abrogación (derogación) véase en la doctrina italiana Sorrentino, F.: *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972; Quadri, R.: *Dell'applicazione della legge in generale*, en Scialoja, A. y Branca, G. (dir.): *Commentario del codice civile*, Art. 10-15, Bologna-Roma, 1974.

aplicabilidad/derogación de fuentes del mismo grado y el otro relacionado con la posibilidad de aplicar las reglas legislativas en materia de interpretación y abrogación de normas constitucionales o en general de normas de rango superior (leyes orgánicas o leyes fortalecidas); éste último caso se resuelve de manera diferente según se trate de reglas de interpretación o de reglas sobre la eficacia temporal.

En cuanto al primer aspecto, ciertas constituciones —especialmente las de la última generación— reconocen al Tribunal o Corte Constitucional como el órgano autorizado para interpretar la Constitución y las leyes <sup>(124)</sup>; cabe anotar que frecuentemente la asignación de esta última función viene conferida al máximo Tribunal ordinario <sup>(125)</sup>, si bien todos evitan dictar las reglas relativas a los modos de interpretar los enunciados normativos, por oposición a lo que ocurría en el pasado en los sistemas derivados de la corriente francesa, donde la idea recurrente era que sólo el Poder Legislativo podía interpretar la ley contribuyendo a la constitucionalización de tal principio <sup>(126)</sup>.

<sup>(124)</sup> En tal sentido, por un lado, cabe citar el art. 93 GG alemana, el art. 149.1 de la Constitución búlgara; y, por otra parte, el art. 161.1 de la Constitución española y el art. 128.1 de la Constitución eslovena.

<sup>(125)</sup> Cfr. los artículos 125.1 de la Constitución de Bulgaria y 47 de la Constitución de Hungría. Sobre la interpretación, véase Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949; ÍD.: *Teoria generale della interpretazione*, 2a. ed., 2 vols., Milano, 1990; Tarello, G.: *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980. Y, además, los volúmenes de Guastini, obras cit. en la nota 120).

<sup>(126)</sup> Véase, por ejemplo, el art. 28 de la Constitución belga de 1831; así como el art. 88 de la Constitución sueca, en la versión anterior a la revisión de 1974, que imponía la forma de ley para la interpretación auténtica; pero admitía un poder análogo del Rey en el intervalo de las sesiones del *Riksdad*, salvo la ratificación del mismo o del Sínodo General de la Iglesia para las Leyes Eclesiásticas.

En relación con el segundo punto de vista, son numerosos los textos que consagran el principio secular de la irretroactividad de la ley penal. No se halla, en cambio, más que esporádicamente una prohibición generalizada de retroactividad de la ley ordinaria o de otras fuentes equiparables<sup>(127)</sup>. Se puede concluir que, con algunas particularidades, la Constitución y las fuentes superlegislativas son interpretadas según reglas dictadas en leyes ordinarias; y que —a no ser que esté expresamente prohibido— las fuentes subordinadas a la Constitución, de rango primario o *superprimario*, pueden ser objeto de aplicación retroactiva<sup>(128)</sup>.

## 6. La reserva de ley

El concepto de reserva de ley ha sufrido una profunda evolución. En el caso de las constituciones flexibles, las reservas representaban un límite que se imponía a las fuentes subordinadas o a la misma discrecionalidad de la Administración Pública; sin embargo, el Poder Legislativo podía derogar la Constitución removiendo tal límite<sup>(129)</sup>. Con el advenimiento de las constituciones rígidas, las reservas previstas constitucionalmente representan, en cambio, un vínculo apropiado para el Parlamento, sobre

---

(127) En el primer sentido, citamos los arts. 24.2 de la Constitución italiana; 16 de la Constitución neerlandesa; 103.2 de la GG alemana; en el segundo, los arts. I, secc. 9, cl. 2, de la Constitución estadounidense; III, secc. 22, de la Constitución filipina; 97 de la Constitución noruega; 38 de la Constitución nicaragüense (que establece una excepción en materia de las leyes penales favorables al reo).

(128) Sobre el principio de irretroactividad, véase Grotanelli De' Santi, G.: *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970.

(129) Cfr. Paladin, L.: *Le fonti del diritto*, cit., pág. 187. Específicamente para el sistema normativo italiano, consúltese sobre reserva de ley, Fois, S.: *La "riserva di legge"*, Milano, 1963; Di Giovine, A.: *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969; Sorrentino, F.: *Lezioni sulla riserva di legge*, Genova, 1977.

el cual recae la obligación de someter su regulación a la ley sin ninguna posibilidad de derogación por vía del reglamento<sup>(130)</sup>. Una reserva de ley ordinaria no sólo involucra la prohibición para el legislador de no ejercer su competencia y dejársela al reglamento, sino además substraer a la ley la disciplina de una determinada materia en favor de fuentes provistas de una mayor fuerza vinculante<sup>(131)</sup>.

Es necesario distinguir entre las reservas materiales y las reservas formales. Donde operan las primeras, se necesita una verdadera ley; pues no es suficiente que la materia resulte disciplinada por un acto con fuerza de ley (por ejemplo, la ley del presupuesto no puede ser confeccionada por delegación o aprobada por decreto u ordenanza, con excepción de lo que sucede en Francia y en otros pocos ordenamientos). En España, donde la Constitución subtrae de la legislación delegada y de la de urgencia un considerable grupo de asuntos<sup>(132)</sup>, la reserva formal de ley tiene una extensión que, de hecho, coincide con la reserva material; por lo cual, su tratamiento es prohibido a los actos con fuerza de ley. De otra parte, como sucede en Italia, los decretos-leyes y las leyes delegadas o decretos legislativos pueden comprender casi todas las materias reservadas a la ley. En consecuencia, la gran mayoría de las reservas son de tipo "material" (es suficiente pensar en los códigos penales, que afectan profundamente los derechos y las libertades de las personas, que normalmente

---

(130) Con este fin, se suelen distinguir las reservas absolutas de las relativas; pues las últimas no rechazan la integración de la ley por medio de fuentes subordinadas.

(131) A causa de la progresiva pérdida de la competencia residual de la ley a favor de fuentes concurrentes (leyes orgánicas o fortalecidas), el vínculo para el legislador se acentúa mucho más, operando en efecto a todos los niveles (de manera ascendente, descendente y horizontal), debido a las reservas materiales establecidas en la Constitución.

(132) *Cfr.* los arts. 86.1 y 87.3.

entran en vigor mediante decreto por vía de la delegación hecha por el Parlamento)<sup>(133)</sup>.

## 7. Leyes-medida y leyes formales

A diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX, las leyes provistas de las características de generalidad y de abstracción no constituyen más el único tipo histórico; a ellas se agregan ahora las leyes de aprobación de estatutos de entes autónomos<sup>(134)</sup>, las leyes de transferencia de funciones a los mismos entes<sup>(135)</sup> y, sobre todo, las leyes-medida, típicas del Estado social, cuyo contenido *es un procedimiento administrativo* concreto y que tienden a realizar los ideales de igualdad y justicia sustancial.

En la actualidad, dentro de las fuentes (solamente) formales merecen una particular atención las leyes del presupuesto<sup>(136)</sup>; pues si bien la disciplina de la Hacienda Pública en algunas constituciones reproduce las reglas tradicionales con una normativa bastante detallada (Bélgica, Austria y, al menos hasta la revisión

<sup>(133)</sup> En general, acerca del tema, véase Pizzorusso, A.: *Sistema delle fonti e forma di Stato e di Governo*, en *Quad. cost.*, 1986; y, también, en un fascículo dedicado a *Forma di governo e sistema delle fonti*, los ensayos de Meny, Y., Delpérée, F., Rubio Llorente, F., sobre las fuentes francesas, belgas, españolas.

<sup>(134)</sup> Art. 123.2 de la Constitución italiana.

<sup>(135)</sup> Art. 150 de la Constitución española.

<sup>(136)</sup> La Hacienda Pública siempre ha sido una materia "constitucional": todas las constituciones, desde la más antiguas a las más recientes, les dedican algunas de sus disposiciones. Los textos del pasado se limitaban a establecer el principio de la anualidad del presupuesto, las prohibiciones de introducir impuestos y de operar transferencias con actos diferentes a la ley, la obligación de rendir las cuentas al Parlamento, las modalidades de los préstamos, la institución de la cámara de cuentas o de los correspondientes órganos de control.

de 1995, Finlandia), a veces tal reglamentación es del todo escasa (Noruega, Islandia, Italia, Bulgaria).

En determinadas circunstancias, la exigencia de controlar el gasto público, de coordinarlo con las finanzas locales, de asegurar la supremacía del Gobierno en la predisposición de los documentos contables, ha determinado la introducción en numerosos textos constitucionales de normas *ad hoc* incluso en la fase de aprobación, como, por ejemplo, ocurre en el título X de la GG alemana. Por su parte, las constituciones francesa y española no se limitan a exigir que las leyes indiquen los medios con los cuales afrontar los gastos (como lo hacen casi todas las demás constituciones), sino que además establecen que las proposiciones de ley, las enmiendas y las objeciones presentadas por los miembros del Parlamento no serán admitidas cuando su adopción suponga una disminución de los recursos públicos o la creación o el aumento del gasto del erario, salvo que opere el consentimiento del Gobierno<sup>(137)</sup>.

## 8. El procedimiento de formación de la ley

### a) Generalidades

El procedimiento de formación de la ley se regula en la Constitución, en los reglamentos parlamentarios (en Inglaterra, mediante *standing orders*), en las fuentes no escritas (usos, costumbres, convenciones), algunas veces en leyes orgánicas y raramente en leyes ordinarias.

Las constituciones normalmente se limitan a regular los aspectos más importantes del procedimiento legislativo, a regular las relaciones entre las asambleas; y, donde el Parlamento es

<sup>(137)</sup> Véanse respectivamente los arts. 40 y 134.6.

bicameral, a delimitar el papel del jefe del Estado, su eventual poder de remisión, la sanción o la promulgación de la ley, o ambas actividades.

La decisión de la fuente competente para disciplinar el procedimiento legislativo tiene consecuencias sobre la forma de Estado, porque una rigurosa ordenación constitucional perpetúa dinámicamente las decisiones adoptadas por el poder constituyente; lo que hace más difícil que se puedan introducir cambios<sup>(138)</sup>. De otra parte, la intervención de la ley en la disciplina de trabajo de cada cámara legislativa, limita su autonomía y presupone la interferencia del monarca (o del presidente) y de la asamblea en el procedimiento de formación del acto<sup>(139)</sup>.

<sup>(138)</sup> La decisión del constituyente francés de 1958, que elevó a rango constitucional una serie de reglas idóneas para asegurar la supremacía del Gobierno en sus relaciones con la Asamblea Nacional y el Senado, es emblemática al respecto.

<sup>(139)</sup> Los puntos de vista jurídicos que, en mayor medida y con una amplia doctrina, han sido indagados por los comparatistas son los relativos al procedimiento de formación de la ley, estudiado en general por Pizzorusso, A. (comp.): *Law in the making. A Comparative Survey*, Berlin, Heidelberg, 1988; Olivetti Rason, N.: *Processo legislativo*, en *Dizionario di politica*, 2ª. ed., Torino, 1983; Mohrhoff, F.: *Il diritto parlamentare. Introduzione ad uno studio sistematico e comparativo*, Roma, 1969. Frecuentes apuntes comparados se hallan también en Patrono, M.: *Procedimento legislativo*, en *Nss. dig. it.*, app. V, Torino, 1984.

En la literatura extranjera, véase Loewemberg, G.; Patterson, S.C.: *Comparing legislatures*, Boston, 1979. También, la publicación compilada por la UNION INTERPARLEMENTAIRE: *Les parlements dans le monde*, Bruxelles, 1986; y, en general, los escritos que aparecen en las revistas *Informations constitutionnelles et parlementaires* y *Bolletino di informazioni costituzionali e parlamentari*.

Específicamente sobre España, consúltese Santaolalla López, F.: *Derecho Parlamentario español*, Madrid, 1990. Sobre Francia, SECRETARIAT GENERAL DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE: *Les principales étapes de la procédure législative*, Paris, 1989.

### b) *La fase de la iniciativa*

El procedimiento legislativo se suele articular en tres fases, de las cuales la primera que debe tenerse en consideración es la relativa a la iniciativa <sup>(140)</sup>.

En todos los ordenamientos, esta fase depende de los miembros de las cámaras legislativas (iniciativa parlamentaria); aun cuando en algunos casos, para iniciarla, es suficiente la simple solicitud de un procedimiento legislativo <sup>(141)</sup> por los sujetos habilitados para ello; mientras que, en otros, se necesita que la cámara de donde proviene la iniciativa tome como suyo el acto de inicio, mediante la llamada "toma en consideración", que representa, por consiguiente, un primer filtro a las iniciativas parlamentarias <sup>(142)</sup>.

La iniciativa parlamentaria normalmente puede practicarse en todas las materias; pero existe un límite subjetivo (en el sentido de que la propuesta puede presentarse solamente en la cámara

Sobre ordenamientos particulares estudiados por autores italianos, véase Elia, L.: *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1961; Pegoraro, L.: *Il Governo in Parlamento. L'esperienza della Vª Repubblica francese*, Padova, 1983.

<sup>(140)</sup> Para todo lo relacionado con la iniciativa de las leyes, consúltese en particular Lucifredi, P.G.: *L'iniziativa legislativa parlamentare*, Milano, 1986. Con un enfoque diferente, Bartoli, M.A.: *La formazione del progetto di legge. Processi e procedimenti parlamentari*, Milano, 1983.

<sup>(141)</sup> Art. 71 de la Constitución italiana, art. 39.1 de la Constitución francesa, art. 41.1 de la Constitución danesa, art. 41.1 de la Constitución austríaca, art. 76 de la GG alemana, art. 73 de la Constitución rumana.

<sup>(142)</sup> Cfr. art. 87.1 de la Constitución española, art. 82 de la Constitución holandesa, art. 47 de la Constitución luxemburguesa, art. 38 de la Constitución islandesa. Algunas veces, los reglamentos parlamentarios requieren un número mínimo de representantes para que la iniciativa sea admisible o con el fin de asegurar un *iter* más diligente, como, por ejemplo, sucede en el *Bundestag* alemán, que la confiere a un grupo parlamentario o, al menos, a veintiséis diputados.

ra de origen) y un límite objetivo, propio de casi todos los sistemas (no formalmente en los Estados Unidos; con excepción del *bill* del presupuesto, basado en el *Budget and Accounting Act* de 1921) donde existen "reservas de iniciativa" en favor del Gobierno para ciertos asuntos (el esquema del presupuesto, la rendición de cuentas, la ratificación de tratados, etc.) Además, el favor de que gozan las cámaras bajas en los sistemas bicamerales imperfectos comporta, en ocasiones, una posición más débil de las cámaras altas también en cuanto al ejercicio de la iniciativa <sup>(143)</sup>.

Mientras que, en los Estados Unidos de América, la iniciativa sólo corresponde a los *congressmen*, en virtud del principio de separación de poderes implantado ya desde los Padres Fundadores <sup>(144)</sup>, en las formas de Gobierno parlamentarias y semipresidenciales corresponde al Gobierno y, a menudo, también a otros sujetos. Más aún, la cantidad y la *proporción de éxito* de la iniciativa parlamentaria son considerablemente elevadas en los ordenamientos caracterizados por el vínculo fiduciario entre Gobierno y Parlamento; puesto que, si ella proviene de la oposición, asumiendo un carácter "alternativo" a la iniciativa del Gobierno, no podrá contar con los votos necesarios para su aprobación; si, en

---

(143) Algunas veces, semejante predominio de la cámara baja se circunscribe, solo en materia financiera, en la fase de iniciativa, en el sentido de que la cámara alta no puede dar comienzo a los respectivos procedimientos; así se presenta en Estados Unidos, en España, en Australia, en Irlanda (art. I, secc. 7, cl. 1; art. 134.3; art. 53; art. 20.1 de sus constituciones respectivas). En Inglaterra, el *Money Bill* solo tiene origen en la Cámara de los Comunes, pero si tal iniciativa es rechazada por la Cámara de los Lords, puede igualmente ser enviada al Monarca para su sanción. En los Estados Unidos, la materia de los tratados es competencia exclusiva del Senado (el cual debe aprobarlos con la mayoría de las dos terceras partes: art. II, secc. 2, cl. 2, de su Constitución).

(144) Sin embargo, el Presidente la ejercita de hecho por medio de los mensajes que trasmite al Congreso y la *sponsorship* de los representantes y senadores amigos.

cambio, proceden a ejercitarla parlamentarios de alguna de las fuerzas mayoritarias, se configura como "complementaria" de la iniciativa presentada por el Ejecutivo y el proceso legislativo contará con mejores oportunidades de seguir adelante, en la medida en que se encuentre de acuerdo con la dirección política del Gobierno o, por lo menos, trate temáticas novedosas no tenidas en cuenta en el proyecto inicial por el Gobierno.

Para asegurar la prioridad de la iniciativa gubernamental, existen algunas veces reglas no escritas (como en Inglaterra) o disposiciones de reglamentos parlamentarios (Italia) o incluso disposiciones constitucionales (como en Francia o España) <sup>(145)</sup>. En cada caso, sin embargo, tal iniciativa tiende a imponerse por su calidad (el Gobierno posee en efecto el control del aparato burocrático) y, además, por el hecho de que el Gobierno tiene el control de la mayoría <sup>(146)</sup>.

---

<sup>(145)</sup> El art. 48.1 de la Constitución francesa establece que: «la orden del día de las Asambleas comporta, con las prioridades y en el orden establecido por el Gobierno, la discusión de los proyectos de ley entregados por el Gobierno y de las propuestas por el aceptadas». La formulación del art. 89.1 de la Constitución española es menos exigente: «La tramitación de las proposiciones de ley se regulará por los Reglamentos de las Cámaras, sin que la prioridad debida a los proyectos de ley impida el ejercicio de la iniciativa legislativa» de los otros sujetos que la tienen reconocida.

<sup>(146)</sup> Se agrega que solamente el Gobierno puede (de hecho) preparar el presupuesto y las leyes del mismo; por lo cual, casi todas las constituciones reservan la iniciativa y algunas veces la que se refiere a las leyes de planificación o de programa (véanse, por ejemplo, los arts. 134.1 y 131.2 de la Constitución de España; 81.1 de la Constitución de Italia; 63.1 de la Constitución de Suecia; 87. 2 de la Constitución de Bulgaria; 35.1.e) de la Constitución de Hungría); asimismo, es de su competencia la conducción de la política exterior y, por esta razón, en los asuntos relacionados con tal materia, están casi siempre reservados (en particular, la propuesta de ratificación de los tratados internacionales o, por lo menos, de aquellos más importantes).

Frente a las constituciones que configuran de manera rigurosamente diárquica la iniciativa de las leyes (asignándola sólo al Gobierno y a los parlamentarios, o sólo a las cámaras legislativas<sup>(147)</sup>), se hallan las que también la extienden al pueblo, como sucede en España, Italia, Austria, Rumania y Lituania<sup>(148)</sup>. En menor medida, existen las que la asignan a las comisiones parlamentarias, a los entes territoriales, a una única cámara parlamentaria, a otros órganos o entes estatales o, finalmente, a las formaciones sociales, uniones sindicales, iglesias, etc. (iniciativa pluralista)<sup>(149)</sup>.

### c) *La fase constitutiva*

Agotada la fase de la iniciativa, el análisis del texto por el legislativo generalmente se desenvuelve de acuerdo con el antiguo sistema inglés de las "tres lecturas". La primera se realiza en el pleno en forma de anuncio del depósito (o de "toma en consideración"); la segunda tiene lugar en las comisiones competentes, donde se examinan y, en su caso, se aprueban eventuales enmiendas; en la tercera, se produce de nuevo la intervención del *plenum*, llamado a realizar el reconocimiento final del texto.

(147) Arts. 39.1 de la Constitución francesa, 76.1 de la Constitución noruega, 76 de la GG alemana, 27 de la Constitución belga, 47 de la Constitución luxemburguesa, 87 de la Constitución búlgara.

(148) Arts. 87.3 de la Constitución de España; 71.2 de la Constitución de Italia; 41.2 de la Constitución de Austria; 68.2 de la Constitución de Lituania; 73.1 de la Constitución de Rumania.

(149) La iniciativa de las comisiones está, por ejemplo, prevista en el art. 25.1 de la Constitución de Hungría; la de los entes territoriales en el art. 87.2 de la Constitución de España y en el art. 121.2 de la Constitución de Italia; el art. 99.3 de ésta última deja la iniciativa al Consejo Nacional de Economía y Trabajo y el art. 140 de la Constitución de Nicaragua la asigna a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo Supremo Electoral; la iniciativa de la Cámara alta, enfrentada a la Cámara baja, está disciplinada en los arts. 76 de la GG alemana y 41.1 de la Constitución austriaca.

La intervención de las comisiones parlamentarias en el procedimiento legislativo puede ser más o menos nítida. En el Parlamento de Westminster, se promulgó el principio de la supremacía del Pleno (que dicta las orientaciones que deben seguir las comisiones, privadas de poderes deliberativos significativos); en cambio, en el Congreso norteamericano y en buena parte de los Parlamentos europeos, el proyecto de ley viene sometido inmediatamente a la atención de las comisiones competentes no sólo para examinarlo y referirlo al *plenum* a través de uno o más informes (o relaciones), sino también para corregirlo y directamente rechazarlo o aprobarlo. Las comisiones "legislativas" o "deliberativas" (previstas en Italia, España y otros raros casos) representan sin embargo una excepción <sup>(150)</sup>.

En comisión o en Pleno, pueden presentarse correcciones al proyecto, o proyectos, de origen. El derecho de los miembros del Parlamento de proponerlas asume una importancia notable y su extensión representa un significativo indicador del estado de las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno. Precisamente la convicción de que la supremacía del Gobierno en la dirección de la política legislativa puede ser amenazada por un uso extenso del poder de corrección, sugirió al constituyente francés de 1958 fortalecer la posición del Gobierno en el Parlamento, mediante la introducción de "casos de inadmisibilidad" (de los cuales los más importantes son el de presupuesto y el de invasión del *domaine* reglamentario); este punto también fue implementado por las Cortes Constituyentes españolas a finales de los años setenta.

Las formalidades del voto en el texto legislativo son también de gran relevancia para la evaluación de la gobernabilidad de cada sistema. La regla establecida es predominantemente la de la

---

<sup>(150)</sup> Arts. 72.3 de la Constitución italiana y 75, apartados 2 y 3, de la Constitución española.

mayoría de los presentes <sup>(151)</sup>; pero no está exenta de excepciones —como se constatará más adelante—, cuando nos ocupemos de las fuentes atípicas y de las leyes reforzadas.

En los Parlamentos bicamerales, aprobado el proyecto por la primera cámara (lo que se hace generalmente votando artículo por artículo, en casi todos los casos con un escrutinio manifiesto, salvo las excepciones establecidas en determinados casos), la deliberación legislativa se traslada a la segunda cámara. Allí se recorren las mismas etapas que se acaban de referir, según lo prescrito por las normas del reglamento interno. No obstante, debe anotarse que, dependiendo del tipo de bicameralismo, se presentan algunas variables específicas.

En situación de paridad entre las dos cámaras (como es el caso de Italia), la iniciativa puede tener lugar en cualquiera de ellas; del mismo modo que las modificaciones al texto originario pueden ser presentadas por ambas cámaras. En todo caso, como es indispensable el acuerdo pleno de las dos deliberaciones, es necesario proceder a sucesivos exámenes del texto, hasta que las deliberaciones de la propuesta o del proyecto sean idénticas (se trata de las llamadas *navette*); ninguna cámara del Parlamento prevalece, ninguna está provista de los instrumentos para superar la oposición de la otra. Por regla general, sin embargo (como ocurre en el Reino Unido, España, Francia o Alemania), se registra un predominio de la cámara baja <sup>(152)</sup>. La búsqueda del con-

---

<sup>(151)</sup> Art. 79.2 de la Constitución española, art. 64.3 de la Constitución italiana, art. 42 de la GG alemana, art. 15.11, n. 1, de la Constitución irlandesa, art. 62.1 de la Constitución luxemburguesa, art. 73 de la Constitución estona, art. 39. 1 de la Constitución checa.

<sup>(152)</sup> Por ejemplo, en Francia, el art. 45, último párrafo, de su Constitución confiere la última palabra a la Asamblea Nacional, en el caso de que el procedimiento conciliatorio ante la *Commission Mixte Paritaire* tenga un resultado negativo; por otra parte, igualmente ocurre en Alemania, de acuerdo con el art. 77 GG. En Japón y en la República Checa

senso frente a las posibles discrepancias que se puedan presentar entre las cámaras del Parlamento —lo que es frecuente donde se constituyen con *criterios* de representación diferentes— se confía normalmente a comisiones especiales <sup>(153)</sup>.

#### d) *La intervención del jefe del Estado*

Salvo raras excepciones (como, por ejemplo, las de España, Alemania o Japón), la intervención del jefe del Estado en el procedimiento legislativo se manifiesta, más allá de la fase introductoria (donde suele hacerlo en la presentación de proyectos de ley o de autorización de la misma), en la fase de perfeccionamiento o de complemento de la eficacia. Esta participación se extiende en tres formalidades diferentes dentro del procedimiento

---

(según establecen los arts. 59.2 y 47, así como 17 de sus constituciones respectivas), las cámaras bajas pueden superar la oposición del Senado con la mayoría de las dos terceras partes; en España, con la mayoría absoluta o, también, con la mayoría simple en el caso de que hayan pasado dos meses desde el veto del Senado (art. 90. 2 de la Constitución española).

<sup>(153)</sup> Además de Francia (art. 45.2 y 3 de su Constitución) y de Alemania (art. 77.2 GG), en los Estados Unidos de América (en el *Conference Commettee*), en Canadá y en Australia (donde el art. 57 de su Constitución, prevé la disolución anticipada de las asambleas como instrumento para resolver los conflictos). En Noruega, la *navette* se interrumpe después de una segunda vuelta infructuosa en la cámara alta (*Oldesting*) y se pasa a una reunión del Parlamento en asamblea plenaria (*Storting*), llamada a decidir con la mayoría de las dos terceras partes de los votos (art. 76. 3 de su Constitución). Procedimientos no disímiles se contemplan en el art. 45 de la Constitución islandesa y en el art. 76 de la Constitución rumana (donde el Parlamento vota sobre el texto elaborado por una "comisión paritaria mixta"; la resolución del disentimiento se asigna al pleno de las cámaras también en Bolivia, según lo establecido en el art. 74 de su Constitución).

legislativo: el reenvío al Parlamento de la deliberación del Legislativo, la sanción y la promulgación (o el rechazo) <sup>(154)</sup>.

Por otra parte, el dogma de la soberanía popular no permite que el jefe de un Estado con forma monárquica, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, pueda anular la voluntad de las cámaras parlamentarias (el Rey *debe* sancionar la ley en Inglaterra, Bélgica o España). Un poder de veto, o de reenvío superable por una nueva deliberación de las cámaras, se encuentra en cambio tanto en ordenamientos con formas de Gobierno presidencial o semipresidencial, como en repúblicas parlamentarias (en las cuales es diferente la legitimación del jefe del Estado). Algunas constituciones establecen la mayoría simple del Parlamento como fuerza suficiente para que el proyecto se transforme en ley después de una intervención negativa del presidente (Italia, Perú, Bulgaria) <sup>(155)</sup>. Otras prescriben que el veto o el reenvío del jefe del Estado pueden superarse solo con la mayoría de los miembros del Parlamento <sup>(156)</sup> o sólo con mayorías cualificadas <sup>(157)</sup>; a

---

<sup>(154)</sup> Sobre la intervención del jefe del Estado, es importante el ensayo de Gueli, V.: *Il procedimento legislativo*, en *Scritti vari*, II, Milano, 1976; y, también, Herzog, J.B.; Vlachos, G.: *La promulgation, la signature et la publication des textes législatives en droit comparé*, Paris, 1961. En cuanto a la promulgación es fundamental también para el comparatista el estudio de Bartholini, S.: *La promulgazione*, Milano, 1955.

<sup>(155)</sup> El art. 10.2 de la Constitución francesa dispone que el Presidente puede requerir una nueva deliberación de la ley o de algunos de sus artículos al Parlamento; deliberación que no puede ser rechazada una segunda vez. De modo similar, dicen el art. 77.2 de la Constitución rumana, el art. 74 de la Constitución italiana y el art. 26.2 de la Constitución húngara.

<sup>(156)</sup> La mayoría de los miembros está prevista en los arts. 42.2 de la Constitución de Grecia de 1975; 192 y 193 de la Constitución del Perú de 1979; y 101.2 de la Constitución de Bulgaria.

<sup>(157)</sup> La mayoría de las dos terceras partes se exige en los arts. 83 de la Constitución de Argentina; 18.3 de la Constitución de Polonia; y 77 de la Constitución de Bolivia.

veces la Constitución contempla mayorías diferenciadas según la materia objeto de la ley <sup>(158)</sup>, o bien señala consecuencias diferentes para la aprobación dependiendo de la mayoría utilizada <sup>(159)</sup>.

Casi nunca las constituciones especifican si el control del jefe del Estado se circunscribe a la verificación de la existencia jurídica del acto legislativo, si se extiende a la comprobación de legitimidad constitucional o si puede finalmente configurarse como una forma de control de oportunidad <sup>(160)</sup>. Numerosos ordenamientos

---

<sup>(158)</sup> Un ejemplo de mayoría diferenciada se comprueba en el art. 136 de la Constitución de Portugal, que establece que el veto puede ser superado con la mayoría de los diputados presentes o con la de las dos terceras partes.

<sup>(159)</sup> Según el art. 173 de la Constitución de Venezuela de 1961, existía la obligación de promulgar en el caso de que el Parlamento hubiera confirmado un texto con las dos terceras partes de los votos; pudiendo el Presidente, en caso de no aprobación por ese quórum, reenviarlo de nuevo al Legislativo. En los Estados Unidos de América, la Cámara que propone el proyecto puede volver a aprobarlo con la mayoría de las dos terceras partes y pasarlo —unida la nueva propuesta al acta que contiene la objeción del Presidente— a la otra Cámara del Parlamento, que debe expresarse con la misma mayoría para que el procedimiento adquiera fuerza vinculante. La misma eficacia consiguen los proyectos de ley que el Presidente no devuelve dentro de los diez días siguientes contados desde su presentación, a menos que el periodo de sesiones del Congreso no se interrumpa, lo que hace imposible el reenvío y obstaculiza la transformación del *bill* en ley (esto último es lo que se conoce como *pocket veto*; se regula en el art. I, secc. 7, cl. 2, de la Constitución de Estados Unidos). Esta clase de veto está expresamente prohibida, por ejemplo, en el art. 86, último párrafo, de la Constitución de Colombia.

<sup>(160)</sup> Seguramente, en los casos donde la promulgación se presenta como acto debido, la misma implica —como todos los actos debidos— una verificación previa de la existencia del acto; lo que se traduce en prevalencia (en un Parlamento bicameral) en la búsqueda del acuerdo de las deliberaciones legislativas y/o de la adquisición de opiniones constitucionalmente indispensables para el perfeccionamiento del acto, la obtención de las mayorías establecidas para superar las eventuales oposiciones de la segunda Cámara, etc.

(como el estadounidense, por ejemplo) otorgan un efecto positivo (de aceptación) al silencio del jefe del Estado, al cual siempre viene transmitido el texto de ley por las cámaras; caso en el que falta, por lo tanto, un explícito acto de promulgación o de sanción.

### e) *La publicación*

En todos los ordenamientos, la eficacia de la ley está subordinada a su publicación en un periódico oficial; hecho que determina una presunción de conocimiento de los ciudadanos pasado un periodo más o menos prudencial (quince días en Italia; catorce en Alemania y en Letonia), excepto términos diferentes establecidos por la misma ley (dieciséis en el Perú, como lo era en la Constitución de 1979). Por otro lado, no es usual que las leyes entren en vigor el mismo día de su aprobación (Rumania, Bolivia)<sup>(161)</sup>.

## 9. Leyes reforzadas o atípicas

En el *iter legis*, frecuentemente se unen uno o más subprocedimientos con el propósito de recoger las diferentes posturas de órganos constitucionales o del pueblo (referéndum). Tales opiniones, sean obligatorias o facultativas, asumen relevancia jurídica y política, sobre todo cuando emanan del tribunal o la corte constitucional antes de la promulgación de la ley, a petición del jefe del Estado, del jefe de Gobierno, de los presidentes de las cámaras, de un número determinado de diputados o senadores, etc.<sup>(162)</sup>. De manera similar, pero en otro orden, puede suceder

<sup>(161)</sup> La disciplina de la publicación de la ley es objeto de la investigación comparada de D'atena, A.: *La pubblicazione delle fonti normative*, I, *Introduzione storica e premesse generali*, Padova, 1974; Pizzorusso, A.: *La pubblicazione degli atti normativi*, Milano, 1963. En España, véase Biglino Campos, P.: *La publicación de la Ley*, Madrid, 1993.

<sup>(162)</sup> Se citan como botón de muestra los siguientes ejemplos: el Presidente de la República, el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras,

que el *pronunciamento* se solicite al pueblo, llamándolo a aprobar un proyecto de ley de iniciativa del cuerpo electoral, de entes periféricos o de órganos del Estado por referéndum (Dinamarca, Suiza, Irlanda, Islandia) <sup>(163)</sup>.

En las hipótesis analizadas, no nos encontramos en presencia de categorías especiales de leyes, que, por consiguiente —excepto algunos casos—, pudieran ser derogadas o abrogadas por leyes posteriores y aprobadas por el procedimiento general <sup>(164)</sup>.

---

sesenta diputados o senadores (art. 61.2 de la Constitución francesa). Solamente el Presidente de la República a tenor de los arts. 26.4 de la Constitución magiar; 26 de la Constitución irlandesa; 214.2, último párrafo, de la Constitución venezolana de 1961. El Presidente de la República y de las Asambleas parlamentarias, el Gobierno, el Tribunal Supremo de Justicia, cincuenta diputados o veinticinco senadores según lo establecido en el art. 144.1.a) de la Constitución rumana.

<sup>(163)</sup> A propósito de esto, se recuerda que los referendos consultivos que la Constitución danesa contempla deben efectuarse antes de la sanción real (art. 42), a petición de una tercera parte de los miembros del *Folketing*, y sobre todas las leyes, con excepción de las presupuestarias, fiscales, de aprobación de tratados entre otras. Los desarrollados según el art. 141 de la Constitución suiza, después de la petición de 50.000 electores o de 8 Cantones. Los referendos *ex art. 27* de la Constitución irlandesa pueden ser solicitados, antes de la promulgación de la ley, por la mayoría de los miembros del Senado o, al menos, por una tercera parte de los miembros de la cámara baja (*Dáil Éireann*). Asimismo sucede con los provenientes del Presidente islandés, conforme al art. 26 de su Constitución, que consienten que asuman la típica fuerza de la ley si el resultado es favorable.

<sup>(164)</sup> La naturaleza facultativa de la consulta (en el sentido de que ésta puede ser solicitada; pero no se introduce siempre y plenamente en el procedimiento de adopción de leyes materialmente individuales) o incluso su general obligatoriedad, según se produzcan determinados tipos (como la consulta del Consejo de Estado al Presidente irlandeses en el curso del procedimiento conciliatorio en los proyectos de relevancia presupuestaria: art. 22 de la Constitución de Irlanda) no sustraen al régimen normal de la ley los actos precedidos por una consulta o “san-

Análogamente, el régimen normal no resulta derogado en el caso de que las leyes sean aprobadas por las cámaras en pleno (si bien la manera de aprobación no es consecuencia de una individualización previa establecida directamente por la Constitución) o en el caso de leyes aprobadas dos veces porque se exige un quórum de diputados, como ocurre en la Constitución griega de 1975<sup>(165)</sup>.

La "atipicidad" de una fuente depende, en consecuencia, de la disociación entre la fuerza del acto y su forma típica, o de una división entre *vis abrogans* y resistencia a la derogación<sup>(166)</sup>, que influyen considerablemente en el *criterio* de competencia. Cualquiera que sea el sistema seguido para someter leyes particulares a un régimen diferente del ordinario (procedimientos agravados, mayorías especiales, referéndum, etc.) debe encontrar una delimitación previa de las materias cuya disciplina se asigna a

---

cionados" por referéndum. Constituyen excepción solamente las *lois référendées* francesas, sobre las cuales el *Conseil Constitutionnel* ha manifestado la imposibilidad de derogación por medio de leyes ordinarias: leyes —las primeras— no materialmente delimitadas en la Constitución francesa pero que adquieren una mayor fuerza si el Presidente de la República las introduce por la vía del referéndum previsto en el art. 11 de la norma fundamental citada.

(165) Art. 76.2.

(166) La Pergola, A.: *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961.

Las fuentes atípicas y las leyes reforzadas se estudian, sobre todo al principio, referidas al ordenamiento italiano. Véase Ferrari, G.: *Le leggi rinforzate nell'ordinamento italiano*, en *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958; Spagna Musso, E.: *Costituzione rigida e fonti atipiche*, Napoli, 1966. Asimismo, desde la perspectiva comparatista, Blanco De Morais, C.: *As leis reforçadas*, Coimbra, 1998, que, en la actualidad, representa la más importante contribución sistemática sobre el tema.

Sobre la fuerza de la ley, consúltese Sandulli, A.M.: *Legge, forza di legge e valore di legge*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957; Quadri, G.: *La forza di legge*, Milano, 1975.

fuentes diferentes de la ley y de sus características específicas en la Constitución.

El *criterio* material se adopta, de hecho, en los siguientes casos: *a*) cierto ordenamiento bicameral (Alemania) o pluricameral (Sudáfrica según la Constitución vigente de 1983) establece un régimen diferenciado para los diferentes grupos de materias objeto de legislación, prescribiendo que algunas leyes se aprueben solamente por una cámara; mientras otras requieren del voto de todo el Parlamento <sup>(167)</sup>; *b*) a veces se exige una mayoría cualificada para la aprobación de leyes que regulan determinados sectores de la economía, de la producción o de la sociedad (Hungría, Países Bajos, España, Italia o Dinamarca) <sup>(168)</sup>; *c*) la Constitución belga establece que algunas leyes se aprueben con la mayoría de los votos de cada grupo lingüístico de ambas cámaras, con la condición de que la mayoría de los miembros de cada grupo se encuentre representada y que el total de los votos favorables de los dos grupos lingüísticos alcance las dos terceras partes de la vota-

<sup>(167)</sup> En el ordenamiento alemán, junto a leyes bicamerales, se prevén actos legislativos aprobados por la Cámara Representativa del Pueblo (art. 77. 3 GG).

<sup>(168)</sup> La Constitución húngara prescribe la necesidad de las dos terceras partes de los votos para la adopción de las leyes que regulan un amplio grupo de materias. La misma mayoría, pero de la cámara en pleno, impone la Constitución neerlandesa para la aprobación de otras categorías de ley. El art. 150.3 de la Constitución española prescribe la mayoría absoluta para las leyes de armonización de las disposiciones normativas financieras de las Comunidades autónomas. Por otro lado, el art. 20.2 de la Constitución danesa exige una mayoría de cinco sextos de los miembros del *Folketing* para la aprobación de la ley con la que se delegan a una autoridad internacional poderes que pertenecen a la autoridad del Reino. En Italia, la amnistía y el indulto sólo se conceden con ley aprobada por una mayoría de las dos terceras partes de cada una de las cámaras (art. 79.1 de su Constitución).

ción total<sup>(169)</sup>; d) los procedimientos especiales son requeridos también para materias tales como los concordatos (es decir, tratados internacionales con la Santa Sede) y para los acuerdos con organizaciones religiosas, a tenor de los artículos 7 y 8 de la Constitución italiana; y en temas de aprobación de tratados, así como para la adopción del presupuesto o de las leyes de Hacienda Pública, en casi todas las constituciones.

## 10. Leyes orgánicas

Introducidas por primera vez, en su versión moderna, en la Constitución francesa de la Vª República, las leyes orgánicas han sido rápidamente recibidas también en la Constitución española de 1978, así como –si bien en contextos institucionales diferentes– en la venezolana, peruana, rumana, portuguesa, brasileña, entre otras<sup>(170)</sup>.

Desde una perspectiva comparada, la “ley orgánica” es un acto-fuente del Parlamento (pero no sólo de éste, pues también existen en Francia las ordenanzas orgánicas), que se aprueba mediante un procedimiento más riguroso, en comparación con el *iter* ordinario de la ley (mayorías calificadas y/u opinión de los órganos de justicia constitucional), que se encarga de regular

<sup>(169)</sup> A su vez, el art. 64, último párrafo, de la Constitución de Eslovenia prohíbe que la ley relativa a la materialización de los derechos y a el *status* de los grupos nacionales sean aprobadas sin el consentimiento de los representantes de los mismos grupos.

<sup>(170)</sup> Sobre leyes orgánicas se han publicado varias contribuciones de autores franceses y, sobre todo, españoles y portugueses (en particular, entre los primeros, Chofre, J.: *Significado y función de las leyes orgánicas*, Madrid, 1994; entre los segundos, Moreira Da Silva, J.L.: *Das leis orgânicas na Constituição da República portuguesa*, Lisboa, 1991); así como los comparativistas italianos Pizzetti, F.: *Rigidità e garantismo nella costituzione spagnola*, Torino, 1979; Pegoraro, L.: *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Padova, 1990.

materias que principalmente –por tanto, no de manera exclusiva– involucran a los poderes públicos, que se encuentran limitados por los principios establecidos en la Constitución y que están sometidos a un proceso de modificación y derogación más complejo.

En los distintos ordenamientos, se encuentran profundas diferencias sobre este tema. Así por ejemplo, en la Constitución española el ámbito de competencia de las leyes orgánicas se extiende –de manera diferente a lo que ocurre en Francia y en los países sudamericanos– a las libertades públicas, mientras el artículo 72 de la Constitución rumana adopta una solución intermedia. De la misma forma, este tipo de leyes se encuentran sometidas obligatoriamente a un control preventivo por parte del órgano de justicia constitucional<sup>(171)</sup> en ordenamientos como el francés, pero no se exige igualmente en el caso español.

Sin embargo, la existencia de características comunes permite distinguir las leyes orgánicas de las fuentes que se llaman igual y que no poseen estos requisitos<sup>(172)</sup>, todavía, en la medi-

---

<sup>(171)</sup> El art. 163 de la Constitución venezolana de 1961, modificado por el art. 203 de la Constitución de 1999, definía como "ley orgánica" no solamente las expresamente señaladas en el texto constitucional en razón de la competencia material, sino también las leyes así individualizadas por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras al inicio de la discusión del proyecto correspondiente, que tenían que someterse al mismo régimen de las otras.

<sup>(172)</sup> Como las leyes orgánicas mencionadas por algunas constituciones decimonónicas, que no se caracterizaban por su particular ubicación en el sistema de fuentes, sino más bien por el modo sistemático (es decir "orgánico") de desarrollar una determinada materia; o bien por el argumento regulado (los órganos del Estado); o se trata de leyes previstas en algunas constituciones recientes, definidas como "orgánicas", que no poseen las características antes enunciadas. Se puede ver, por ejemplo, el art. 80 de la Constitución griega de 1975, que exigía una ley "orgánica" para autorizar la concesión de retribuciones, pensiones, sa-

da en que conserven una definición constitucional del ámbito material del cual se ocupen y se mantengan algunos procedimientos más rígidos de adopción, es posible predicar la existencia de leyes orgánicas en ordenamientos que no adoptan tal *nomen iuris*, como, por ejemplo, sucede en el caso de la Constitución magiar; donde podrían definirse como "orgánicas" las leyes aprobadas por la mayoría de las dos terceras partes de los miembros del legislativo.

## 11. Actos con fuerza de ley del Ejecutivo

El dogma de la división de poderes entre las Cámaras y el Ejecutivo influyó en numerosas constituciones decimonónicas, en las que no se previó la facultad de dejar de lado el principio según el cual el único órgano competente para aprobar, modificar y derogar las leyes era el Parlamento. Sin embargo, siendo aquellas constituciones flexibles, podía permitírseles a las asambleas parlamentarias, aun en ausencia de disposición expresa en tal sentido, autorizar al Gobierno para asumir actos provistos de la misma fuerza de las leyes y, en algunos casos, también ratificar, con efecto retroactivo, los actos del Ejecutivo aprobados en la esfera de competencia de la ley<sup>(173)</sup>.

---

larios o compensaciones no previstas en el presupuesto del Estado; o bien el art. 61 de la Constitución del Ecuador, que se refiere a una "ley orgánica de la función legislativa"; también, en las leyes denominadas "orgánicas", que hasta antes de la reciente revisión formaban parte de la Constitución finlandesa.

<sup>(173)</sup> Tal como sucede actualmente en Inglaterra, donde se utilizan, en materia de *delegated legislation*, tres procedimientos diferentes; uno de los cuales permite al Gobierno adoptar actos que entran inmediatamente en vigor, con la condición de que sean depositados en el Parlamento. Cfr. Kersell, V.J.E.: *Parliamentary Supervision of Delegated Legislation*, London, 1960.

## 12. *Sigue*. La legislación delegada

En la delegación legislativa, el Parlamento —eventualmente a petición del Gobierno— concede una *autorización*, un reconocimiento legal o una delegación preventiva para regular una determinada materia por decreto con fuerza de ley. Una solución híbrida se adopta en los casos en los que, además de la autorización, también se solicita del Parlamento la ratificación del decreto. Lo que viene a significar que, exceptuando la inmediata vigencia del acto, la supremacía del Parlamento no puede verse amenazada por el solo hecho de que el mismo Parlamento decida despojarse *soberanamente* de sus propias atribuciones en favor del Gobierno<sup>(174)</sup>. No siempre, sin embargo, se ha considerado necesario disciplinar la legislación delegada en las constituciones; a menudo, se ha impuesto por la rutina, como en los Estados Unidos; rutina o práctica que, a veces, se ha racionalizado con ley del Parlamento<sup>(175)</sup>.

Algunas constituciones regulan las delegaciones legislativas según el esquema tripartito "autorización-ordenanza (o decreto)-ratificación": son los casos de Francia y de Rumania<sup>(176)</sup>. Otros si-

<sup>(174)</sup> Sobre legislación delegada en algunos ordenamientos de *civil law* y de *common law*, véase la bibliografía citada por Patrono, M.: *Le leggi delegate in Parlamento*, cit. En particular, para el caso español, Vír gala, E.: *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionado de Ley*, Madrid, 1988. En el caso italiano, en lengua francesa, Baudrez, M.: *Les actes législatifs du Gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de droit constitutionnel italien*, Aix-Marseille, Paris, 1994; Schmitt, C.: *Une étude de droit constitutionnel comparé. L'évolution récente des problèmes des délégations législatives*, en *Recueil Lambert*, Paris, 1938, págs. 200 y sgts.; Triepel, H.: *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht. Eine Kritische Studie*, Stuttgart, Berlin, 1942; Kersell, J.E.: *Parliamentary Supervision of Delegated Legislation*, cit.; Loewemberg, G.; Patterson, S.C.: *Comparing legislatures*, cit.

<sup>(175)</sup> Ver el *Statutory instruments Act* inglés de 1946.

<sup>(176)</sup> Arts. 38 y 114 (núms. 1 y 3), a cuyo tenor se establece que la aprobación parlamentaria es eventual y solamente en los casos en que se requiera

guen un *iter* doble, que, en Italia, se desprende de la ley de delegación y se concluye con la llamada ley delegada <sup>(177)</sup>; así ocurre en Grecia <sup>(178)</sup>, donde están excluidas de la delegación las materias sujetas a reserva de la asamblea, y también en Alemania <sup>(179)</sup>.

La Constitución española –aparte de excluir las materias reservadas a las leyes orgánicas como posible objeto de la delegación– toma de la experiencia italiana un sistema de garantías y establece una rigurosa delimitación de principios y *criterios* directivos, fija términos para el ejercicio de la delegación y para la efectividad de la misma; además, asigna un contenido innovador al decreto legislativo, cuyo objeto es refundir en un solo texto otros cuerpos legales dispersos y lo somete a controles específicos, que se suman a los que ejercen de modo ordinario los tribunales competentes <sup>(180)</sup>. El artículo 84 hace más fuerte las leyes delegadas, al reconocer al Gobierno la posibilidad de oponerse a

---

un específico reconocimiento legal. A su vez, el art. 198 de la Constitución portuguesa denomina «decretos-leyes» a tres categorías diferentes de actos normativos emanados del Gobierno: los relativos a materias no reservadas a la Asamblea de la República; los que aplican normas “de base” o de principios fundamentales del Derecho, de acuerdo con la ley; y, finalmente, las materias reservadas al Parlamento. En los últimos dos casos, se exige (inciso tercero) una ley de autorización o la manifestación expresa de la ley de base que legitime la aceptación del decreto. Por otra parte, el art. 169 no hace obligatoria la ratificación parlamentaria, pero la subordina a la petición de, al menos, diez diputados. Los «decretos-leyes» contemplados en la legislación portuguesa presentan unas características que los asemejan más a las leyes delegadas que a los decretos-leyes disciplinados en el art. 77 de la Constitución italiana.

<sup>(177)</sup> Art. 76 de su Constitución .

<sup>(178)</sup> Art. 43.4 de su Constitución previa a la revisión de 2001.

<sup>(179)</sup> Art. 80 GG.

<sup>(180)</sup> Art. 82, párrafos 2 y 6, de su Constitución.

una propuesta o modificación legal si éste considera que la misma es contraria a una ley de delegación en vigor. Se asegura, por tanto, una mayor certeza y estabilidad jurídicas, conferidas por la escasa permeabilidad de las leyes delegadas a los ataques de las legislaciones especiales.

Si bien podemos decir que tales circunstancias configuran el "dominio" tradicional de la legislación delegada, no podemos olvidar que dichos códigos y textos únicos, constituyen actos jurídicos complejos que exigen particular tecnicismo y un riguroso análisis de contenido, frente a los cuales las asambleas numerosas —como lo son las parlamentarias— comprometen el estilo y el diseño orgánico de tales fuentes del Derecho.

### 13. *Sigue*. Decretos y ordenanzas de necesidad

Con los decretos-leyes, es el Ejecutivo quien asume el acto, que después somete al control del Parlamento, invirtiendo así el esquema adoptado para la legislación delegada<sup>(181)</sup>.

Tanto en las formas de Gobierno parlamentarias, como en las semipresidenciales, los esquemas adoptados por las constitu-

(181) En dos volúmenes de Palici Di Suni, E. (*La funzione normativa tra Governo e Parlamento. Profili di diritto comparato*, Padova, 1988; y *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Milano, 1988), se afronta en Derecho comparado el argumento del mandato de urgencia: Sobre el tema, véase también Panetta, A.: *Profili comparati dell'istituto del decreto-legge. Rassegna di alcuni ordinamenti costituzionali europei*, en *St. parl. pol. cost.*, 1982. En relación con el ordenamiento italiano, Angiolini, V.: *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; Pinna, P.: *L'emergenza nel diritto costituzionale italiano*, Milano, 1988. En el Derecho francés, el ya citado de M. Baudrez, *Les actes législatifs du Gouvernement en Italie*. En el ordenamiento español, Carmona, A. M.: *La configuración constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, 1997; Santaolalla Machetti, P.: *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, 1988.

ciones en materia de decretos-leyes son tres: raramente están expresamente prohibidos; la mayoría de las veces no dicen nada sobre el particular; y, en ocasiones, se admite que el Gobierno pueda adoptar actos con fuerza de ley (por lo general, estableciendo límites de materia), pero la ratificación parlamentaria en tal caso es obligatoria.

Si la Constitución prohíbe la derogación de las competencias parlamentarias<sup>(182)</sup>, la adopción de ordenanzas o decretos con fuerza de ley sólo puede encontrar justificación en la necesidad. En cambio, ante el silencio de la Constitución, la ausencia de autorización constitucional a favor del Gobierno puede significar, en determinados casos, una admisión implícita de las ordenanzas de necesidad, o bien una prohibición implícita para su adopción.

En particular, la falta de tal autorización expresa se observa en casi todos los ordenamientos iberoamericanos, en cuyas constituciones, además, se suele encontrar una regulación de la declaración de los estados de emergencia, excepción y sitio, que —y esto ha ocurrido de manera frecuente en el pasado— habilita al Presidente o al Gobierno para asumir cualquier medida extraordinaria, incluidas las que comporten la derogación de las leyes. Además de los casos de Centro y Sudamérica, los decretos-leyes no son constitucionalmente “regulados” en algunas de las nuevas democracias de Europa del Este<sup>(183)</sup>, así como tampoco en numerosos ordenamientos de más antigua tradición<sup>(184)</sup>.

---

(182) Como lo hace, por ejemplo, la Constitución irlandesa en el art. 15.2, cuando establece: «Ninguna autoridad (excepto *l'Oireachtas*, o Parlamento) puede dictar leyes del Estado».

(183) Así sucede en Rumanía, Polonia, Hungría; mientras que el art. 108 de la Constitución eslovena y el art. 19/C.2 de la Constitución húngara los admiten solo en casos de emergencia o de guerra.

(184) Además de Inglaterra, Canadá, Australia, Suecia, Finlandia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega y Japón.

En los sistemas parlamentarios, algunas veces, la práctica se ha orientado en el sentido de permitir al Gobierno la adopción de actos dotados de eficacia provisoria (subsancable por medio de una ley del Parlamento), que persiga como finalidades el restablecimiento del orden jurídico con efecto *ex tunc* y, al mismo tiempo, *exima* de responsabilidad al Gobierno (se trata del *bill of indemnity*, conocido en la experiencia parlamentaria inglesa).

Para enfrentarse a emergencias imprevistas, imposibles de afrontar rápidamente con el procedimiento parlamentario normal, algunas constituciones han establecido expresamente la licitud de los decretos-leyes, alcanzando al mismo tiempo el objetivo de delimitar su utilización; sea desde el punto de vista sustancial, sea desde el punto de vista del procedimiento<sup>(185)</sup>. No existe, sin embargo, una limitación del ámbito material de tales fuentes en la mayoría de los casos<sup>(186)</sup>. La Constitución española es una excepción a la regla general; pues regula cuidadosamente el empleo de los decretos-leyes, como consecuencia del uso que se hizo de los poderes normativos durante el régimen franquista

---

(185) En tal sentido, lo disponen —entre otras— las constituciones española (art. 86), italiana (art. 77), danesa (art. 23), griega de 1975 (art. 44.1), islandesa (art. 28), rumana (art. 114, núms. 4 y 5), estona (art. 109), argentina (art. 99, núms. 3 al 12).

Los problemas jurídicos más relevantes se presentan en tales ordenamientos, cuando la misma Constitución prohíbe la adopción de leyes retroactivas; pues, en tal caso, una ley ordinaria no es suficiente, por lo menos en teoría, para producir los efectos de los cuales se ha venido hablando hasta el momento.

(186) Las cuales, por otra parte, se emplean sobre todo por dos motivos: uno, hacer frente a situaciones de desastres naturales o de emergencia; y, dos, introducir medidas fiscales sin dar lugar a la especulación, como ocurriría si los impuestos o las exenciones tributarios fueran adoptados siguiendo el normal *iter legis*.

(experiencia compartida por todos los gobiernos autoritarios)<sup>(187)</sup> y donde, de cualquier modo, la práctica se ha orientado a la menor utilización posible del instituto<sup>(188)</sup>.

La existencia de la condición de urgencia o de la de necesidad, o de ambas, a las que todos los ordenamientos subordinan la adopción de decretos-leyes, puede valorarla el Parlamento o, eventualmente, el órgano de justicia constitucional (como sucede por ejemplo en España y, ahora, con el cambio de la jurisprudencia constitucional, también en Italia).

Lo que caracteriza a las fuentes en cuestión es que el acto con fuerza de ley sancionado por el Gobierno se somete al Parlamento de forma más o menos inmediata para que éste proceda a su ratificación o rechazo (y, en algún caso, a su conversión en ley). La falta de convalidación por parte de la cámara (ya sea por el voto negativo o por vencimiento del plazo establecido para la votación) provoca, dependiendo de los ordenamientos, la invalidez o la ineficacia del decreto-ley o de algunas de sus disposiciones, con efecto retroactivo o limitado al futuro.

#### **14. Las fuentes de los entes territoriales periféricos. Constituciones y estatutos**

En los ordenamientos federales o regionales, el sistema de fuentes se complica posteriormente; pues, además de las fuentes del Estado, operan las de los Estados miembros (USA), de las

---

<sup>(187)</sup> Del ámbito material constitucionalmente lícito de los decretos-leyes están excluidos, en España, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos recogidos en el título I; las instituciones fundamentales del Estado, el régimen de las Comunidades Autónomas, el derecho electoral general, así como las leyes que, de acuerdo con el art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sirven de parámetro para valorar la constitucionalidad de los mismos decretos-leyes.

<sup>(188)</sup> Blanco Valdés, R.L.: *ob. cit.*

provincias (Canadá), de los *Länder* (Alemania, Austria), de las Comunidades Autónomas (España), de los Cantones (Suiza), de las Regiones (Italia, Bélgica), etc.

Por lo demás, los entes territoriales se regulan por una Constitución (en los Estados federales) o por un Estatuto (en los Estados regionales). La primera es siempre un acto del Estado miembro, mientras el segundo –aun cuando sean elaborados, de *iure* o de *facto*, por los órganos periféricos– son recepcionados por el ordenamiento central, con ley constitucional (Regiones especiales italianas), con ley orgánica (España) o con otro acto de rango primario (Portugal y las Regiones ordinarias italianas ante la reforma constitucional de 2000). En los Estados federales, de una parte, las constituciones estatales están subordinadas a la Constitución de la federación<sup>(189)</sup> y, de otra, al respeto de la norma base de cada ente periférico (además de la Constitución), a las cuales se condiciona la validez de las leyes emanadas por los órganos descentralizados.

Se establece entre las constituciones o estatutos, por un lado, y las leyes de los ordenamientos descentralizados, por la otra, una relación de jerarquía; en cuyo vértice se encuentra siempre la Constitución del Estado<sup>(190)</sup>.

## 15. *Sigue.* La distribución de competencias

El criterio de competencia, (o de manera más precisa, el criterio por el cual cada materia es disciplinada por el “poder central” en cuanto a los principios y por los entes periféricos en cuanto

<sup>(189)</sup> Ver art. VI, cl 2, Constitución de los Estados Unidos; art. 28 GG de Alemania; art. 3 de la Constitución de Suiza; arts. 5 y 31 de la Constitución de la Argentina.

<sup>(190)</sup> Sobre el particular, véase Reposo, A.: *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino, 2000 y su amplia bibliografía.

a los detalles) permite distinguir las materias legislativas pertinentes en cada nivel territorial. Las técnicas de reparto de competencias son variadas y de distinta extensión; basta con observar aquí que la división por materias provoca incertidumbres, debido a la vaguedad de las palabras que las determinan y, en consecuencia, suele corresponder a los órganos de justicia constitucional la elaboración de difíciles reconstrucciones de las competencias del "poder central" y de los ordenamientos territoriales, situación que se vislumbra también, aun cuando la Constitución contenga el reparto de competencias en detalle, como sucede en Alemania, Austria o Suiza.

Los ordenamientos regionales (o de las Comunidades Autónomas) subordinan sus leyes a la Constitución, al Estatuto y al respeto de otros límites generales. Las leyes regionales condicionan a su vez el marco de actuación de las leyes del Estado, como es el caso de las leyes *generales* a las que alude la Constitución de Portugal <sup>(191)</sup>, las leyes *marco* a las que hacía referencia la legislación de actuación del artículo 117 de la Constitución italiana, ante la reforma de 2001, o las leyes *de bases* mencionadas en la Constitución española <sup>(192)</sup>. En tales casos, la materia desaparece como exclusiva del Estado o de los entes territoriales, de suerte tal que Regiones y Estado concurren, con una normativa más o menos detallada, a disciplinar la misma materia. Incluso donde la competencia de las Regiones sea de tipo "exclusivo", la ley ordinaria estatal viene a representar un límite a la potestad legislativa regional, en aquellos sectores que involucren diferentes materias de interés nacional (por ejemplo, no es común que, en temas como las sanciones penales, sea competente la ley regional, sino que, por el contrario, es una atribución típica de la ley estatal) <sup>(193)</sup>.

---

<sup>(191)</sup> Art. 229.1 de su Constitución.

<sup>(192)</sup> Art. 149.1 de su Constitución.

<sup>(193)</sup> Se debe tener en cuenta, en efecto, que, en las materias en las cuales las Regiones (o los Estados miembros) disfrutaban de competencia legislativa

## 16. Fuentes comunitarias y ordenamientos internos

La institución de las tres Comunidades Europeas (la Económica, la del Carbón y del Acero, y la de la Energía Atómica; conjunto que, con los *Pilares* de Política Exterior y Seguridad Común y de Justicia e Interior, se denomina Unión Europea desde 1992) ha determinado, desde su inicio en 1957, el ingreso de dos nuevas categorías de fuentes (directiva y reglamento) en los ordenamientos que la integran. Este hecho ha ocasionado graves problemas de coordinación que se han ido resolviendo poco a poco, bien desde los Estados miembros (mediante la legislación o la jurisprudencia), bien desde el ámbito comunitario (en este caso, especialmente a través de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). El progresivo peso asumido por la Unión y la ampliación de sus competencias en el último decenio, ha llevado consigo la exigencia de algunas revisiones constitucionales, puesto que no todos los textos fundamentales de los países de la Unión Europea prestaban su consentimiento a la limitación de la soberanía que presupone el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992. En algunos ordenamientos, se vislumbran también dificultades relativas a la aplicación del Derecho Comunitario, sobre todo, en lo relacionado con el ejercicio de las competencias de los entes periféricos regionales.

El nuevo artículo 23 de la Constitución alemana subordina la colaboración de la República con la Unión Europea, en lo referente a la autorización de transferencias de derechos de soberanía, al respeto del principio democrático del Estado social y federativo de Derecho, del principio de subsidiariedad y de tutela de los derechos fundamentales "esencialmente equiparable a la Ley Fundamental vigente"; condicionando así la recepción del Dere-

---

va, tales entes pueden ejercer la competencia reglamentaria, en ejecución de la ley estatal o regional o, a veces, de manera independiente.

cho Comunitario a su conformidad con el "núcleo esencial" de la *Grundgesetz* <sup>(194)</sup>.

La Constitución francesa se ha enriquecido, a su vez, con el artículo 88.1, cuyo tenor literal dice: "la República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, conformada por Estados que han elegido libremente, de acuerdo con los tratados constitutivos, ejercitar en común competencias propias". Lo que también puede decirse del artículo 88.2, donde se afirma que: "Francia consiente la transferencia de las competencias necesarias para la Constitución de la unión económica y monetaria europea, así como para la determinación de las reglas relativas a la apertura de las fronteras de los Estados miembros de la Comunidad Europea". En fin, el artículo 88.4 disciplina la materia del *impacto* de las normas comunitarias en el Derecho interno, estableciendo que: "el Gobierno somete a la Asamblea Nacional y al Senado (...) las propuestas de actos comunitarios que comporten disposiciones de naturaleza legislativa" y que, en ese contexto parlamentario, "pueden ser votadas resoluciones" <sup>(195)</sup>.

## 17. La "fuerza" de los actos comunitarios. El papel de los entes periféricos

En cada Estado de la Unión, los reglamentos comunitarios se imponen con fuerza propia, son directamente aplicables por todas las autoridades y vinculan a los particulares en virtud de la fuerza atribuida por el ordenamiento europeo. La relación entre las leyes y los actos normativos internos españoles, italianos, ale-

---

<sup>(194)</sup> A continuación, los arts. 23 y 24 disciplinan los procedimientos y las competencias de los órganos federales en materia comunitaria; así como los aspectos conexos a las competencias de los *Länder*.

<sup>(195)</sup> El art. 54, en el nuevo texto modificado, impone la reforma constitucional para la aprobación de compromisos internacionales que impliquen cláusulas contrarias a la Constitución.

manes, franceses, etc., de una parte, y los reglamentos comunitarios, de la otra, es una relación de competencia, que se instaura en virtud de la transferencia de competencias estatales a las Comunidades Europeas, acción que le confiere, además, eficacia sobre las materias disciplinadas<sup>(196)</sup>.

La diferencia formulada en los albores del ordenamiento comunitario entre directivas (que requieren de actos internos de aplicación) y reglamentos (directamente aplicables) no es absoluta, puesto que algunas directivas –o parte de ellas– son en efecto de aplicación directa; otras, en cambio, obligan a los órganos estatales o descentralizados a tomar las medidas idóneas para asegurar su ejecución. Por otra parte, también los reglamentos comunitarios exigen algunas veces actuaciones “internas” posteriores; por ejemplo, cuando se requiere la constitución de órganos administrativos específicos. En todo caso, dejando de lado el *nomen iuris* del acto comunitario, las normas *self-executing* obligan al juez a no aplicar el Derecho interno que sea contrario a las normas comunitarias<sup>(197)</sup>. Independientemente de la relación que existe entre los diferentes jueces constitucionales, los reglamentos y las diferentes directivas de aplicación directa, en todo caso,

(196) Véase la Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 170 de 1984. Cfr. desde varias perspectivas, Monaco, R.: *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 1967; AA.VV.: *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978; Perlingieri, V.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1992; Guzzetta, G.: *Costituzione e regolamenti comunitari*, Milano, 1994; Sorrentino, F.: *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1994; Donati, F.: *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995; Cartabia, M.: *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

(197) Como por otra parte exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, en algunos casos, también lo hacen los tribunales nacionales, como, por ejemplo, la *Cassation* de Bélgica, de 27 de mayo de 1971.

se imponen a las normas internas precedentes, impidiendo su aplicación mientras se someten a la derogación por obra de la ley o de otros actos internos sucesivos.

En los Estados descentralizados de la Unión (como España, Alemania, Italia, Bélgica) también las Comunidades Autónomas, los *Länder*, las Regiones, las Comunidades (culturales) belgas, etc., están llamadas a ejecutar las directivas comunitarias (y eventualmente los reglamentos), coordinando las normas de origen diferente (comunitario, estatal, regional). Esto hace que no siempre se obtengan resultados lineales; pues, por un lado, las directivas *self-executing* a menudo tocan materias —por así llamarlas— transversales, que no están sometidas a la competencia exclusiva del ente territorial en cuestión (como la protección del ambiente o de los consumidores); y, por el otro, la distribución de competencias de las mismas materias entre el “poder central” y los “poderes periféricos” no es clara, ni siquiera en el interior en cada uno de los distintos ordenamientos.

Incluso donde se prevén competencias regionales “exclusivas” (como sucede con las Regiones especiales italianas o en los entes territoriales de otros países), la prevalencia del Derecho Comunitario y del principio según el cual ningún Estado puede justificar sus incumplimientos con la excusa de su propia organización interna, ha llevado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a rechazar la excepción presentada en tal sentido por las diferentes autoridades estatales<sup>(198)</sup>. Ni siquiera el *Bund* alemán podrá sustraerse a la aplicación de esta regla después de que, en sede de revisión, la *Grundgesetz*<sup>(199)</sup> haya establecido que: “si se ven comprometidas principalmente competencias legislativas exclusivas de los *Länder*, la tutela de los derechos que le corresponde a la República Federal Alemana

---

(198) Por ejemplo, véase la de 5 de julio de 1990, aff. C-42-89.

(199) Art. 123.6.

como Estado miembro de la Unión Europea, debe ser transferida del *Bund* a un representante de los *Länder* nombrado por el *Bundesrat*". En efecto, la *Grundgesetz* ha especificado que la ventaja constituida a favor de los *Länder* no significa una exclusión de responsabilidad para el *Bund*, al cual, por el contrario, se le impone la carga de "la responsabilidad estatal general".

## 18. Los reglamentos

La doctrina fundamental de la Revolución francesa defendía que el Poder Legislativo no podía ser "materialmente" conferido al Gobierno y, por ello, las constituciones aprobadas en la época establecían el principio de que solamente correspondía al Gobierno la ejecución de la ley; estándole prohibido modificar o interpretar las leyes existentes. Las circunstancias posteriores mostraron la dificultad para aplicar rigurosamente la distinción entre Poder Legislativo (normativo) y Poder Ejecutivo <sup>(200)</sup>.

<sup>(200)</sup> Para estudiar los reglamentos del Ejecutivo, pueden manejarse dos trabajos fundamentales. Uno es de Cheli, E.: *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, y el otro de Carlassare, L.: *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966. En ellos, las notas introductorias son ricas en referencias históricas y comparativas. También, se cita el volumen compilado por Caretti, P.; De Siervo, U.: *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, Bologna, 1991; y el de Cerrone, F.: *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Torino, 1991 (con análisis de los ordenamientos italiano, francés y alemán); el fascículo 1/1990 de *Quad. cost.*, dedicado a *Legge e regolamento* (con un ensayo de J.-L. Pézant sobre la génesis de los artículos 34 y 37 de la Constitución francesa). En relación con el Derecho italiano, veáse, además, Amato, G.: *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962; Sandulli, A.M.: *L'attività normativa della pubblica amministrazione centrale*, Bologna, 1992. Para el caso francés, desde el punto de vista histórico, Durand, Ch.; Lanza, A.: *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIXe siècle*, Aix, Marseille, 1976. Sobre Portugal, Coutinho De Abreu, J.: *Sobre os regulamentos administrativos*, Coimbra, 1987.

Todavía hoy en día, la idea de que el Gobierno no puede interpretar, alterar o modificar la ley a través de los reglamentos y que, por lo tanto, sólo está llamado a ejecutar las materias no sujetas a reserva absoluta, se expresa en varias constituciones, tanto en aquellas que se conservan inmutables desde el siglo XIX<sup>(201)</sup>, como en algunas más recientes, que describen formas de Gobierno “presidencialista”, semipresidencial o parlamentaria<sup>(202)</sup>.

Se encuentran al mismo tiempo otros textos constitucionales, que, abandonando el léxico del período revolucionario, se limitan a atribuir al Ejecutivo el poder de hacer reglamentos para la ejecución de las leyes<sup>(203)</sup>, o bien establecen que “el Gobierno (...) ejercita (...) la potestad reglamentaria conforme a la Constitución y a las leyes”<sup>(204)</sup>; así como la posibilidad de que “normas administrativas generales puedan ser impuestas por Reales decretos”<sup>(205)</sup>; o que “del presidente de la República (...) emanan los reglamentos”<sup>(206)</sup>. En tales casos, como también cuando la Constitución confiere al Ejecutivo el poder para dictar decretos o, si se quie-

---

(201) Art. 28.1 de la Constitución de Finlandia, hasta la reforma constitucional de 2000; art. 108 de la Constitución de Bélgica; art. 36 de la Constitución de Luxemburgo.

(202) Véanse los arts. 43.1 de la Constitución de Grecia de 1975; 103.1.c) de la Constitución del Ecuador; 99.2 de la Constitución de Argentina; 236.1 de la Constitución de Venezuela; 211.1.10 de la Constitución del Perú de 1979 y 118, 8 en la Constitución de 1993.; 96.1.1 de la Constitución de Bolivia.

(203) Art 199.1.c) de la Constitución de Portugal; art. 120.1.3 de la Constitución de Colombia; art. 73 de la Constitución de Japón; art. 114 de la Constitución de Bulgaria; arts. 92 y 142.1 de la Constitución de Polonia; art. 85 de la Constitución de Lituania; art. 120.1 de la Constitución de Eslovaquia.

(204) Art. 97 de la Constitución española.

(205) Art. 89.1 de la Constitución neerlandesa.

(206) Art. 87.5 de la Constitución italiana.

re, interpretar las leyes sin mencionar expresamente el poder reglamentario <sup>(207)</sup>, el principio de legalidad parecería impedir el ejercicio de un poder reglamentario sin la existencia de una ley previa que lo estableciese (los llamados reglamentos independientes). Se necesita, sin embargo, operar cada vez una reconstrucción general del sistema de fuentes y un examen cuidadoso de las prácticas de cada ordenamiento, con el propósito de admitir o excluir la constitucionalidad de reglamentos que, a pesar de operar dentro de los límites de la ley y estando subordinados a ella, sin embargo, disponen de materias no "relacionadas" con la actividad legislativa.

Mientras que, por lo general, la idea –de origen francés– de la prevalencia de la ley como expresión de la voluntad general y de la sumisión jerárquica del reglamento a la ley se mantiene por doquier, paradójicamente se ha abierto camino en Francia, desde la Constitución de la Vª República, la idea de un *domaine* del reglamento separado del de la ley <sup>(208)</sup>. Derrumbando un principio secular, el artículo 34 de la Constitución francesa sustrae de la ley la *competencia residual* y enumera las materias en las que tal fuente es competente para "establecer las normas" o bien para "determinar los principios fundamentales" <sup>(209)</sup>. Como consecuencia

<sup>(207)</sup> Art. 35.2 de la Constitución húngara; art. 99 de la Constitución rumana.

<sup>(208)</sup> Es una excepción el poder de organizar la estructura administrativa del Estado que se confiere al Ejecutivo, a pesar de que esté igualmente supeditado a la observancia de la ley (art. 28 de la Constitución irlandesa; art. 97 de la Constitución italiana).

<sup>(209)</sup> Art. 34, núms. 2, 3 y 4, de la Constitución francesa. La defensa del *domaine* del reglamento, que se extiende de forma exclusiva o concurrente sobre todas las materias no taxativamente enunciadas en el art. 34, es conferida por el art. 41 al Gobierno, que puede oponer que no está obligado a aceptar toda propuesta de ley o enmienda si se considera que invade la competencia reglamentaria; sólo en el caso eventual de que el presidente de la Asamblea interesada (un presidente de extracción

de las duras críticas que surgieron contra tales enunciados de la Vª República, se establecieron rápidamente valoraciones más cautas, observándose entonces que el artículo 34 enuncia las materias más importantes (regula desde los derechos y las garantías fundamentales hasta disciplinas tales como el régimen penal, fiscal, electoral, el derecho de la economía, etc.) y que la valoración de la importancia y de la productividad de una asamblea parlamentaria se mide no sólo por los términos cuantitativos (por el número de materias de su competencia, el número de leyes aprobadas, etc.), sino también en términos cualitativos (la relevancia política de las materias y de las leyes).

Más que al Gobierno —o, formalmente, al jefe del Estado—, la potestad reglamentaria viene conferida a su vez a determinados ministros, en virtud de expresas disposiciones constitucionales<sup>(210)</sup> o, en su caso, legislativas (como en Italia); así como también a administraciones separadas del Estado, agencias o autoridades independientes y, según el caso, a los diferentes entes territoriales o locales<sup>(211)</sup>. En el sistema general de fuentes, los Estatutos de los entes territoriales están siempre subordinados a la ley<sup>(212)</sup> y se diferencian de los reglamentos bien en virtud de la competencia para disciplinar la organización y el ejercicio de las funciones

---

mayoritaria) esté en desacuerdo, la solución de tal conflicto se resuelve ante el *Conseil Constitutionnel*.

(210) Véase sobre el particular los arts. 115 de la Constitución de Bulgaria; 94.2 de la Constitución de Estonia; 79 y 123 de la Constitución de la República Checa.

(211) *Cfr.*, sin embargo, la constitucionalización operada en el art. 124 de la Constitución de los Países Bajos, el art. 241 de la Constitución de Portugal, el art. 44/A.1 de la Constitución de Hungría, el art. 254 de la Constitución de Perú de 1979, y los arts. 68 y 71 de la Constitución de Eslovaquia.

(212) Véase, por ejemplo, el art. 94 de la Constitución del Japón.

del ente; bien por la superioridad jerárquica de la ley, a la cual deben someterse los reglamentos.

## 19. Fuentes-acto residuales: reglamentos parlamentarios, sentencias constitucionales y referéndum abrogatorio

Es necesario hacer referencia en último lugar –habiéndose tratado ya en el capítulo primero de las fuentes-hecho– a los reglamentos parlamentarios, a las sentencias de los tribunales o cortes constitucionales y al referéndum derogatorio.

### a) *Los reglamentos parlamentarios*

Según el ordenamiento jurídico, los reglamentos parlamentarios pueden considerarse fuentes legales de Derecho, o bien reglas de naturaleza interna, dependiendo solamente de la calificación constitucional dada por el adjetivo “interno”, que, a menudo, acompaña al sustantivo “reglamento”; así como por la sujeción a las formas típicas de publicación de las fuentes legales o a que la resolución de las posibles violaciones de derecho se presenten ante al juez ordinario o al constitucional, etc. En todo caso, debe tenerse presente que es *la Constitución* la que llama a los reglamentos parlamentarios a regular, entre otras cosas, el *iter* de formación del acto-fuente externo por excelencia, es decir, la ley<sup>(213)</sup>.

(213) Cicconetti, S.M.: *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato. (Stati Uniti, Germania federale, Italia)*, Padova, 1979, dirige una investigación de Derecho Comparado sobre los reglamentos parlamentarios y su posición en el sistema de fuentes. Una obra más reciente es la de Florida, G.G.: *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, 1986; y del mismo autor, junto a Sorrentino, F.: *Regolamenti parlamentari*, en *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991. Además, puede verse el fascículo número 2/1991 de *Quad. cost.*, sobre *Il*

La peculiaridad de los reglamentos parlamentarios consiste en el hecho de que se sitúan —a diferencia de los del Ejecutivo— en una posición inmediatamente subordinada a la Constitución, despojando a la ley en general —y a la ley orgánica en particular— de las competencias relativas a la organización y al ejercicio de las funciones del Parlamento. En la actualidad, son muchas las constituciones<sup>(214)</sup> que enuncian una reserva de competencia reglamentaria (que ahora es solo presupuesta, ya que la Constitución se limita a establecer que las cámaras se deben dar su propio reglamento, sin especificar las materias que este debe contener); mientras otras fijan reenvíos o hacen referencia a reglamentos parlamentarios<sup>(215)</sup>. Sin embargo —o, mejor dicho, casi nunca—, las constituciones no aclaran cuál es la ubicación de tales reglamentos en el sistema general de las fuentes del Derecho.

Si se exceptúan los casos en los que estos son regulados en el ámbito de la Constitución<sup>(216)</sup> o sometidos al régimen de la ley (con la posibilidad de invadir el *domaine* de ésta<sup>(217)</sup> o de someterse expresamente a ella, sin posibilidad de derogarla<sup>(218)</sup>)

---

*Parlamento a vent'anni dai regolamenti del 1971*, con escritos relacionados con el Derecho italiano, estadounidense, mexicano y francés.

(214) Por ejemplo, las Constituciones española (art. 72.1), italiana (art. 64.1), búlgara (art. 73), japonesa (art. 58.2), polaca (art. 112), rumana (art. 41.1), irlandesa (art. 15.10), luxemburguesa (art. 70), argentina (art. 669), boliviana (art. 67.1, núm. 3), filipina (art. VI, secc. 16, núm. 39), eslovena (art. 94).

(215) Constituciones francesa, holandesa y belga.

(216) Cfr. la Ley Orgánica sobre la Cámara de Representantes finlandesa del 13 de enero de 1928.

(217) Arts. 58 de la Constitución de Islandia; 69.1 y 76 de la Constitución de Lituania y 69 de la Constitución de Estonia.

(218) Véase el art. 28, último párrafo, de la Constitución austriaca, que prevé una ley federal con reglamentos del *Nationalrat*.

son los tribunales o cortes constitucionales los que, por vía jurisprudencial, se encargan de fijar la posición de tales reglamentos.

Se plantean dos interrogantes. Uno: ¿Cómo "normas interpuestas" entre la Constitución y la ley (los reglamentos parlamentarios) representan un "parámetro" para el juicio de constitucionalidad? Y dos: ¿Pueden constituirse como materia de juicio, a pesar de violar la Constitución? En el primer caso, la solución es generalmente negativa, a menos que se vulnere junto a la norma reglamentaria una de tipo constitucional<sup>(219)</sup>; en el segundo, la respuesta depende de la disposición constitucional u orgánica expresa que permita el control sobre los reglamentos<sup>(220)</sup> o, muy a menudo, de la "fuerza" que a ellos le viene atribuida por los tribunales constitucionales, frente a formulaciones más equívocas<sup>(221)</sup>.

#### b) *Las sentencias constitucionales*

Entre las fuentes del Derecho, deben ser incluidas las sentencias de los tribunales constitucionales provistas de eficacia *erga omnes*. Como quiera que se configure o se denomine el efecto producido por la decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo vigente (es decir, derogativo o de anu-

(219) Como lo manifiestan la jurisprudencia italiana, alemana y española.

(220) Art. 61.1 de la Constitución francesa, art. 27.2.d) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, art. 149.2 de la Constitución búlgara, art. 144.1.b) de la Constitución rumana.

(221) Por ejemplo, algunas constituciones asignan al órgano de justicia constitucional el conocimiento, además de la ley, de los "actos con fuerza de ley"; de lo que se trata es de establecer si un reglamento parlamentario puede ser definido como tal. Al respecto, la *Corte costituzionale* italiana ha negado tal posibilidad en su Sentencia núm. 154 de 1985; en cambio, una jurisprudencia que oscila según el tipo de control efectuado, se encuentra sobre la misma materia en el Tribunal Constitucional alemán.

lación), el resultado alcanzado es precisamente el de eliminar normas del ordenamiento jurídico <sup>(222)</sup>.

### c) *El referéndum abrogatorio*

Entre las fuentes del Derecho, debe enumerarse finalmente el referéndum derogatorio. Extraño en el Derecho comparado, goza de una aplicación constante en Italia; donde la naturaleza de fuente está atribuida no tanto al hecho del referéndum, sino más bien al acto por medio del cual el jefe del Estado recibe la voluntad del pueblo para derogar una ley <sup>(223)</sup>. En este punto del análisis es suficiente recordar que en el caso en examen –como en el de las sentencias constitucionales estimatorias– la índole *negativa* del referéndum no elimina su naturaleza de fuente; y todavía es posible encontrar en hechos y actos de tal género una “carga” positiva, un *quid* de creatividad, imputable a la formulación de interrogantes capaces de consentir la sustitución de una disciplina por otra, o a la circunstancia de que el vacío (casi siempre) venga subsanado con la aplicación de la analogía o de otros *criterios* complementarios.

## CONSIDERACIONES FINALES

La exposición de las fuentes del Derecho desarrollada hasta ahora, deja de lado las posibles dudas que pudieran aún subsistir sobre la oportunidad de tratar separadamente los dos sistemas, el del *common law* y el del *civil law*.

Por otra parte, las finalidades predominantemente divulgativas y didácticas de este volumen no habrían permitido abandonar la demarcación clásica, para involucrarse en el terre-

<sup>(222)</sup> Cfr. Pegoraro, L.: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998, págs. 86 y sgts.

<sup>(223)</sup> Cfr. Crisafulli, V.: *Lezioni di diritto costituzionale*, cit.

no de los principios y los institutos jurídicos, que la doctrina ha individualizado como puntos de interconexión entre los dos sistemas que se mencionan.

Nos referimos a ese complejo de conceptos y formas de pensar el Derecho, de principios jurídicos generales y de institutos en sentido estricto, que según la experiencia de los distintos ordenamientos presentan, de hecho, el significado sustancial de la separación entre *common law* y *civil law*.

Sin embargo, teniendo en cuenta la necesidad lógico-sistemática de mantener diferenciadas las dos familias jurídicas, debe resaltarse la existencia de algunos elementos que permiten vislumbrar un posible punto de encuentro entre ambas.

Con tal propósito, se pueden mencionar aquellos ordenamientos donde las características de los dos sistemas han podido coexistir y combinarse hasta el punto de dar lugar a fenómenos híbridos respecto de los modelos de origen (es el caso, como se señaló en el capítulo I, § 7, de Israel, Escocia, Québec y, más recientemente, Sudáfrica).

Siguiendo con el estilo y el espíritu del presente trabajo, con el único propósito de ofrecer algunas reflexiones adicionales a lo hasta ahora expuesto y sin ninguna pretensión de profundizar en la investigación, puede ser de gran utilidad recordar algunos puntos de distinción, sobre los cuales la doctrina comparada se ha centrado con especial interés.

En primer lugar, desde un punto de vista semántico, se discuten cuestiones relativas al significado de ciertas palabras clave en cada uno de los sistemas.

Limitándonos a lo fundamental, basta considerar que, en los sistemas del *common law*, la palabra *law* puede ser utilizada bien para indicar un sistema completo de normas jurídicas (al cual los *civil lawyers* se referirían con expresiones tales como "*il diritto*", "*das Recht*", "*le droit*", "*el Derecho*"); bien para señalar un acto es-

pecífico fruto del legislador (aquel que el jurista continental llamaría “*legge*”, “*Gesetz*”, “*loi*” o “*ley*”).

Al mismo tiempo, pero con un sentido diferente, el *civil lawyer* utiliza los términos “*il diritto*”, “*das Recht*”, “*le droit*”, “*el Derecho*” para señalar indistintamente dos fenómenos jurídicos; mientras que, en el lenguaje del *common lawyer*, se manejan dos expresiones diferentes: “*law*” como Derecho objetivo y “*right*” como derecho subjetivo o individual <sup>(224)</sup>.

En segundo lugar, el iuspublicista europeo-continental tiene a ver, en general con cierta “incertidumbre”, la falta de una Constitución escrita como arquetipo de los sistemas del *common law* (como ocurre en el caso británico; circunstancia que, entre otras cosas, distingue este último de los otros ordenamientos pertenecientes a la misma familia jurídica).

La falta de una ley fundamental escrita en Gran Bretaña se evidencia principalmente por la carencia de rigidez constitucional y por la omnipotencia del Parlamento de Westminster. No hay, por consiguiente, norma que no pueda ser derogada o modificada por el Parlamento con las mismas formalidades y mayorías requeridas para cada acto legislativo. Por lo cual, el derecho de *habeas corpus* o el *trial by jury*, de cuya relevancia constitucional no cabe duda, al menos en teoría, podrían ser suspendidas por la “soberanía” parlamentaria.

Coherentemente con esta manera de pensar, ningún juez tiene poder para dejar de aplicar una ley por que resulte incompatible con los principios constitucionales o con los del *common law*, como sostenía Sir Edward Coke a principios del siglo XVII en el bien conocido *Bonham's Case*. Una hipótesis de este género resul-

---

(224) Sobre este punto véase Van Caenegem, R.C.: *I signori del diritto*, cit., págs. 8 y sgts.; De Visscher, P.: *La Constitution anglaise et le régime de la loi*, Bruxelles, 1946; Cohen-Tanugi, L.: *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, 1985, págs. 24 y sgts.

taría inaceptable por que se consideraría una usurpación de las funciones legislativas por parte de la judicatura<sup>(225)</sup>.

Con esta misma lógica, resultaría extraña la posibilidad de que un Parlamento, en el ejercicio de su función legislativa, pudiera maniar a un Parlamento futuro o estar sujeto por los dictados de un Parlamento precedente.

El tercer punto que se pone de manifiesto en relación con la diferencia entre *common law* y *civil law* es la ausencia (o la limitada presencia) de codificación en los países de *common law*; o, por lo menos, en los sistemas que han asumido el papel de prototipos del *common law* —a veces escogiendo caminos divergentes—, como son Gran Bretaña y los Estados Unidos.

No parece esencial ahora enumerar un número ilimitado de textos para comprender que la ausencia de codificación en Inglaterra no constituye la señal de una indiferencia sustancial por la misma. Al contrario, la historia de este ordenamiento está plagado de esfuerzos e iniciativas tendentes a la introducción de códigos. Es suficiente recordar las instancias de los revolucionarios de Cromwell en el siglo XVII y los trabajos de la Comisión Hale; el ataque contra el *common law* en el siglo XVIII por parte de Jeremy Bentham, dirigido a favorecer la introducción de códigos en Gran Bretaña; el proyecto de Código penal elaborado por Sir James Fitz-James Stephen en 1878, que, aunque irregularmente apreciado, no fue admitido en sede legislativa; el proyecto de ley en materia de procedimiento penal, anticipado en el *Attorney General* en 1883 y rechazado en sede de comisión<sup>(226)</sup>. A éstos, se si-

(225) La formalización de la doctrina de la «soberanía» parlamentaria se debe a la obra publicada en 1885 por Dicey, A.V.: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit.

(226) Cfr. para profundizar, Van Caenegem, *ob. cit.*, págs. 38 y sgts.; Farrar, J.H.: *Law Reform and the Law Commission*, London, 1974; Cross, R.: *Precedent in the English Law*, Oxford, 1977; Colaiaco, J.H.: *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, London, 1983, págs. 200 y sgts.

guen otras tentativas en el segundo período de posguerra, sin conseguir ningún efecto productivo.

La oposición a las distintas iniciativas oficiales en favor de un proceso de codificación en Gran Bretaña se atribuye generalmente a los jueces. En la visión de éstos –se suele decir–, “un código habría destruido la flexibilidad e impedido el crecimiento del *common law*, disminuyendo el poder discrecional de los jueces” (227). Es muy probable que detrás de los jueces se encontrara un pensamiento común atribuible a fuerzas conservadoras bien arraigadas en el tejido social.

Se ha querido, por tanto, señalar tres áreas que se tienen normalmente como lugar y motivo de distinción entre los sistemas del *common law* y los sistemas del *civil law*. Áreas que todavía marcan una cesura entre los dos modelos y que no parecen participar en el proceso de interconexión que, sin lugar a dudas, la experiencia jurídica ha puesto en evidencia en otros aspectos.

Sin necesidad de referirnos a institutos jurídicos (como los del tipo del Derecho privado, que, sobre este punto, no conocen los límites trazados por las distintas clasificaciones de familias jurídicas), bastará entonces con señalar tres circunstancias que representan otros tantos puntos de encuentro entre los dos modelos (228).

De hecho, el papel que la ley ha venido asumiendo dentro de los sistemas del *common law* no es sino marginal, comparado con el Derecho de origen jurisprudencial, destinada solamente a introducir ajustes modestos a las decisiones de los jueces. El advenimiento del Estado social ha contribuido a diseñar inmensas áreas y sectores cuya disciplina debe buscarse principalmente en los actos legislativos.

---

(227) Van Caenegem, *ob. cit.*, pág. 45.

(228) Cfr. al respecto las notas de David, R; Jauffret-Spinosi, C.: *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, *cit.*, págs. 340 y sgts.

En segundo lugar, la regla del precedente —que no puede considerarse extraña a la experiencia jurisprudencial continental— ha ido perdiendo el carácter mecanicista en los sistemas del *common law*; que suponía, como consecuencia principal, la cristalización del sistema jurídico, incapaz de evolucionar en relación con los cambios sociales.

Respecto de lo que se ha mencionado acerca del papel de la ley en los sistemas del *common law*, los tribunales parecen hoy, cada vez más frecuentemente, llamados a utilizar el precedente a la luz de una lectura de la legislación cuidadosa con los propósitos y las intenciones del legislador; lo que constituye un modo de acercarse a la manera de proceder continental <sup>(229)</sup>.

El tercer punto que queda por analizar se relaciona con el papel de la doctrina en los sistemas del *common law*, tradicionalmente situada en una posición de marginalidad absoluta. De hecho, se sabe de sobra que el *common law* inglés es el fruto del trabajo de los jueces reales y que la ciencia jurídica y sus estudiosos resultan completamente irrelevantes en su desarrollo a lo largo del tiempo <sup>(230)</sup>; lo que está en contraposición con la importancia máxima que “el Derecho de los profesores” ha tenido en los ordenamientos continentales <sup>(231)</sup>.

Así, “tradicionalmente, desde la Edad Media, el jurista continental es un jurista que se forma en la universidad. La tradición

<sup>(229)</sup> Cfr. Friedman, W.: *Legal Theory*, London, 1967; Stein, P.: *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, 1984, en especial las págs. 92 y sgts.; véase también Abel-Smith, B.; Stevens, R.: *Lawyers and the Courts. A sociological Study of the English Legal System 1750-1965*, London, 1967; Kiralfy, A.K.R.: *The English Legal System*, London, 1967. Ver también, en castellano, Cueto Rúa, J.: *El “Common law”. Su estructura normativa-su enseñanza*, Buenos Aires, 1957, págs. 333 y sgts.

<sup>(230)</sup> Cfr. Turner, R.V.: *The English Judiciary in the Age of Glanvill and Bracton, 1176-1239*, Cambridge, 1985.

<sup>(231)</sup> Van Caenegem, *ob. cit.*, págs. 50 y sgts.

del *civil law* es una tradición *sabia*. Al contrario, también tradicionalmente –aun cuando no sea más cierto– [se ha sostenido que] el jurista del *common law* es un jurista que se forma fuera del circuito universitario”<sup>(232)</sup>.

En efecto, esta cesura en la formación de los juristas resulta completamente actual. La doctrina, liberándose del formalismo rígido, ha visto crecer su papel en los sistemas del *common law*. Los juristas reciben cada vez más a menudo una preparación universitaria *sabia*, basada en el Derecho sustancial. La formación raramente se funda en el Derecho procesal y en sus repertorios para la práctica; así como tampoco es frecuente que los jueces citen la doctrina jurídica.

En conclusión, una evolución cultural e institucional diferente ha marcado la separación entre los dos modelos. Las historias del Derecho inglés y del Derecho continental de tradición romanista, contienen en sí mismas las razones para que exista tal dicotomía.

Cabe decir aun más y es que no puede omitirse el hecho de que los actuales países romanistas y los del *common law* se han formado históricamente siguiendo planteamientos comunes, con gran cantidad de puntos de contacto. Tal circunstancia ha hecho que las mismas tradiciones jurídicas –en origen diferentes– hayan terminado compartiendo un complejo de valores básicos, a partir de los cuales –y quizás gracias a los cuales– se han podido establecer puntos de conexión entre los dos modelos. Este hecho, por una parte, ofrece los argumentos y razones para la formación de tales fenómenos híbridos –a los que se ha hecho referencia– y que parecen caracterizar la experiencia jurídica contemporánea; mientras, por otro, ha permitido la coexistencia de sistemas pertenecientes a los dos vertientes dentro de

---

<sup>(232)</sup> Monateri, P.G.: *Il modello di civil law*, cit., pág. 2.

ordenamientos supranacionales (como en el caso de la Unión Europea, donde la integración económica y política implica ante todo una integración jurídica).

No anda desencaminado, entonces, quien encuentra una tradición jurídica occidental común, dentro de la cual las familias de la corriente romanista y las del *common law*, representan expresiones culturales peculiares de una misma matriz <sup>(233)</sup>.

---

<sup>(233)</sup> Monateri, P.G., *ob. cit.*, pág. 4.



## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Diritto romano, codificazioni, e unità del sistema giuridico latino-americano*, en *Studi sassaresi*, V, Milano, 1977-78.
- AA.VV., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978.
- AA.VV., *La tecnica legislativa: un artigianato da valorizzare*, en *Foro it.*, 1985, V.
- AA.VV., *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984*, 3 vols., Milano, 1987-88.
- AA.VV., *L'educazione giuridica*, 3 vols., Napoli, 1988.
- AA.VV., *Il Parlamento a vent'anni dai regolamenti del 1971*, en *Quad. cost.*, 1991.
- AA.VV., *Legislazione. Profili giuridici e politici. Atti del XVII Congresso naz. della Soc. it. di filosofia giur. e pol.*, Milano, 1992.
- AA.VV., *Scienza e tecnica della legislazione. Atti del Convegno di Trieste del 28-29 ottobre 1988*, Trieste, 1992.
- ABEL-SMITH, B.; STEVENS, R., *Lawyers and the Courts. A sociological Study of the English Legal System 1750-1965*, London, 1967.
- AJANI G., *Le fonti non scritte nel diritto dei Paesi socialisti*, Milano, 1985.

- *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale*, Trento, 1993.
- *Il modello post-socialista*, Torino, 1996.
- ALVARADO VELLOSO, A., *Diritto dei Paesi latino-americani*, en *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.
- AMATO, G., *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962.
- ANGIOLINI, V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986.
- ARNAUD, A.J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969.
- ARNOLDS, J.H., *Statutes as Judgments: the Natural Law Theory of Parliamentary Activity in Medioeval England*, en *U. Pa. L. R.*, 1977.
- ATIYHA, P.S., *Common law and Statute Law*, en *Modern L. R.*, 1985.
- AVRIL, P., *Les Conventions de la Constitution: normes non écrites du droit politique*, Paris, 1997.
- AZZIMAN, O., *La traditionalisation du droit: tradition juridique islamique et droit privé marocain*, Roma, 1993.
- BAKER, J.H., *An Introduction to English Legal History*, 2<sup>a</sup>. ed., London, 1979.
- BALAGUER, F., *Las fuentes del Derecho*, 2 vols., Madrid, 1992.
- BARTOLE, S., *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, Bologna, 1993.
- BARTOLE, S. (coord.), *La tecnica legislativa*, Padova, 1988.
- BARTOLI, M.A., *La formazione del progetto di legge. Processi e procedimenti parlamentari*, Milano, 1983.
- BARTHOLINI, S., *La promulgazione*, Milano, 1955.
- BAUDOIN, L., *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, 1967.

- BAUDREZ, M., *Les actes législatifs du Gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, Aix, Marseille, Paris, 1994.
- BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949.
- *Teoria generale della interpretazione*, 2<sup>a</sup>. ed., 2 vols., Milano, 1990.
- BETTINI, R., *Il circolo vizioso legislativo*, Milano, 1983.
- BIGLINO CAMPOS, P., *La publicación de la Ley*, Madrid, 1993.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P., 1988-1990. *Un triennio di profonde riforme costituzionali*, Milano, 1991.
- BLACK, C.L., *Law and Judicial Precedent*, St. Paul, 1912.
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, I (1765), 5<sup>a</sup>. ed., Chicago, 1979.
- BLANCO DE MORAIS, C., *As Leis Reforçadas*, Coimbra, 1998.
- BLANCO VALDÉS, R.L., *Introducción a la Constitución de 1978*, Madrid, 1998; trad. it., *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Torino, 1999.
- BOBBIO, N., *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.
- BONINI, R., *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, I, Bologna, 1973.
- *Premessa storica* a RESCIGNO, P. (dir.), *Trattato di diritto privato I*, Torino, 1982.
- *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, 2<sup>a</sup>. ed., Bologna, 1988.
- *Appunti di storia delle codificazioni*, 3<sup>a</sup>. ed., Bologna, 1993.
- CALABRESI, G., *A Common law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.), London, 1982.

- CANNATA, C.A.; GAMBARO, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Torino, 1989.
- CARDOZO, B., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921.
- CARETTI, P.; DE SIERVO, U., *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, Bologna, 1991.
- CARLASSARE, L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.
- CARMONA, A.M., *La configuración constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, 1997.
- CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Contemporary Legal System of the Western World*, en *Comp. Jur. Rev.*, 1988.
- CASTRO, F., *La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei*, en *Riv. dir. civ.*, 1985.
- *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, en *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989.
- *Diritto musulmano*, en *Dig. priv.*, VI, 1990.
- CAVALIERI, R., *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999.
- CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, reimpr., Milano, 1994.
- CERRONE, F., *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Torino, 1991.
- CHELI, E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967.
- CERRI, A., *Prolegomeni a un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 1997.
- CHOFRE, J., *Significado y función de las leyes orgánicas*, Madrid, 1994.
- CHONGKO CHOI, *La recezione del diritto occidentale in Corea*, en LOSANO, M., *Il diritto economico giapponese*, Milano, 1984.

- CICCONETTI, S.M., *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato. (Stati Uniti, Germania federale, Italia)*, Padova, 1979.
- *Le fonti del diritto, I, L'ordinamento giuridico. La Costituzione. Le leggi costituzionali. Le leggi ordinarie*, Torino, 1997.
- COHEN-TANUGI, L., *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, 1985.
- COLAIACO, J.H., *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, London, 1983.
- COMPOSTA, D., *Secolarizzazione e diritto canonico*, Milano, 1994.
- CORRADINI, G., *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971.
- COSTANZO, P. (al cuidado de), *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Napoli, 1999.
- COUTINHO DE ABREU, J., *Sobre os regulamentos administrativos*, Coimbra, 1987.
- CRISAFULLI, V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960.
- *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1, L'ordinamento costituzionale italiano. (Le fonti normative)*, 6<sup>a</sup>. ed., Padova, 1993.
- CRISCUOLI, G., *Introduzione allo studio del diritto inglese*, 3<sup>a</sup>. ed., Milano, 2000.
- CROSS, R., *Precedent in the English Law*, Oxford, 1977.
- *Statutory Interpretation*, 2<sup>a</sup>. ed., London, 1987.
- CUETO RÚA, J., *El "Common law". Su estructura normativa - su enseñanza*, Buenos Aires, 1957.
- D'ATENA, A., *La pubblicazione delle fonti normative, I, Introduzione storica e premesse generali*, Padova, 1974.

- DAINTITH, T., *Regulation by Contract: The New Prerogative*, en *Current Legal Problems*, XXXII, 1979.
- DALE, W., *Legislative Drafting. A New Approach*, London, 1977.
- DALTON, P.J.; DEXTER, R.S., *Constitutional Law*, London, 1976.
- DAVID, R., *Le droit soviétique*, I, *Les données fondamentales du droit soviétique*, Paris, 1954.
- *Droit commun et "common law"*, en *Studi in memoria di T. Ascarelli*, I, Milano, 1969.
- DAVID, R.; BRIELEY, J., *Major Legal Systems in the World Today*, 2ª. ed., New York, 1978.
- DAVID, R.; JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10ª. ed., Paris, 1992; trad. it., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ª. ed., Padova, 1994.
- DAWSON, W.F., *The Oracles of the Law*, Westport, 1968.
- DE FRANCHIS, F., *Dizionario giuridico*, Milano, 1984.
- DELL'AQUILA, E., *Il diritto cinese. Introduzione e principi generali*, Padova, 1981.
- DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª. ed., Barcelona, 1988.
- DE SIERVO, U., *Il potere regolamentare nell'Amministrazione centrale*, Bologna, 1992.
- DE VISSCHER, P., *La Constitution anglaise et le régime de la loi*, Bruxelles, 1946.
- DE VRIES, H.P.; RODRÍGUEZ-NOVÁS, J., *The Law of the Americas*, Dobbs Ferry (N.Y.), 1965.
- DE WAEL, H., *Le droit musulman. Nature et evolution*, Paris, 1989.
- DE WITT-ARAR, K.C. (al cuidado de), *Introduction to the Law of Israel*, The Hague-London-Boston, 1995

- DIAMOND, A.S., *Primitive Law*, 2<sup>a</sup> ed., London, 1950.
- DICEY, A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8<sup>a</sup> ed., London, 1915.
- DI GIOVINE, A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969.
- DONATI, F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995.
- DURAND, CH.; LANZA, A., *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIX<sup>e</sup> siècle*, Aix, Marseille, 1976.
- ELIA, L., *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1961.
- ELMAN, P. (ET AL.), *An Introduction to Jewish Law*, London, 1958.
- ELON, M., *Jewish Law. History, Sources, Principles*, 4 vols., Philadelphia-Jerusalem, 1994.
- FARRAR, J.H., *Law Reform and the Law Commission*, London, 1974.
- FERRARI, G., *Le leggi rinforzate nell'ordinamento italiano*, en *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958.
- FERRERI, S., *Le fonti normative di produzione non nazionale*, en RESCIGNO, P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, I, Torino, 1984.
- FLORIDIA, G.G., *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, 1986.
- FLORIDIA, G.G.; SORRENTINO, F., *Regolamenti parlamentari*, en *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991.
- FRIEDMAN, L.M., *American Law. An Introduction.*, New York, London, 1984.
- FRIEDMANN, W., *Legal Theory*, 5<sup>a</sup> ed., Stevens & Sons, London, 1967.
- FOIS, S., *La "riserva di legge"*, Milano, 1963.
- FORSTHOFF, F., *Rechtsstaat im wandel*, Stüttgart, 1964.

- GARRORENA MORALES, A., *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1980.
- GAUDEMET, J., *L'autorité de la loi et de la coutume dans l'Antiquité*, en *Rapports Généraux au V<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1960.
- GELDART, W., *Elements of English Law*, 8<sup>a</sup>. ed., London, 1975.
- GILMORE, G., *The Ages of American Law*, New Haven, 1977.
- GIACOLI NACCI, P., *Appunti sulle fonti normative*, Bari, 1992.
- GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional*, Coimbra, 1993.
- GORLA, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.
- GORLA G.; MOCCIA, L., *A 'Revisiting of the Comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (XVI-XIX Centuries)*, en *Journ. Leg. Hist.*, 1981.
- GRAY, G., *The Nature and Source of the Law*, Gloucester, 1921.
- GROTTANELLI DE' SANTI, G., *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970.
- GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993.  
 – *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.
- GUELI, V., *Il procedimento legislativo*, en *Scritti vari*, II, Milano, 1976.
- GUZZETTA, G., *Costituzione e regolamenti comunitari*, Milano, 1994.
- HAZARD, J.N., *Communists and their Law: a Search for the Common Core of the Legal System of the Marxian Socialist States*, New York, 1969.
- HAZARD, J.N.; SHAPIRO, I.; MAGGS, P.B., *The Soviet Legal System*, New York, 1969.
- HERVADA, J., *Diritto costituzionale canonico*, Milano, 1989.
- HERZOG, G.B.; VLACHOS, G., *La promulgation, la signature et la publication des textes législatives en droit comparé*, 6<sup>a</sup>. ed., Paris, 1961.

- HOLDSWORTH, J.B., *History of English Law*, 16 vols., Cambridge, 1922-1926.
- HOOD PHILLIPS, O., *Conventions in the British Constitution*, en *Scritti in onore di G. Ambrosini*, III, Milano, 1970.
- HOROWITZ, G., *The Spirit of Jewish Law*, New York, 1953.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.
- ITALIA, V., *Le leggi speciali*, Milano, 1983.
- JESSUP, C., *Transnational Law*, New York, 1983.
- KAHN-FREUND, O., *Collective Bargaining and Legislation. Complementary and Alternative Sources of Rights and Obligations*, en *Selected Writings*, London, 1978.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig, Wien, 1934.
- *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960.
- *General Theory on Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945.
- KERSELL, J.E., *Parliamentary Supervision of Delegated Legislation*, London, 1960.
- KINVIN WROTH, L., *Common law. (Anglo-American)*, en *Encyclopedia of the American Constitution*, I, 1986.
- KIRALFY, A.K.R., *The English Legal System*, London, 1967.
- KLEIN, F., *Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs*, en *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerliches gesetzbuchs*, Wien, 1911.
- LA PERGOLA, A., *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961.
- LARREMORE, C.L., *Stare Decisis and Contractual Rights*, en *Harv. L. R.*, 1908.
- LOEWEMBERG, G.; PATTERSON, S.C., *Comparing legislatures*, Boston, 1979.

- LIBERATI, G., *Introduzione a la traduzione italiana de WIEACKER, F., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, trad. it., *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983.
- LÓPEZ DE OÑATE., F., *La certezza del diritto*, Roma, 1942, reimpr. de la 3ª. ed. Milano, 1968.
- LOSANO, M.G., *Il diritto economico giapponese*, Milano, 1984.
- *L'ammmodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, 2ª. ed., Milano, 1985.
  - *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extra-europei*, nueva ed., Roma, Bari, 2000.
- LUCIFREDI, P.G., *L'iniziativa legislativa parlamentare*, Milano, 1968.
- LUPOI, M., *Alle origini del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994.
- MAITLAND, F.W., *The History of the Register of Original Writs. Collected Papers*, II, Cambridge, 1911.
- *The Form of Actions at Common law*, Cambridge, 1948.
  - *English Law and the Renaissance*, en *Selected Historical Essays of F.W. Maitland*, Cambridge, 1957.
  - *Equity*, Littleton, 1984.
- MARSHALL, G.; MOODIE, G.C., *Some Problems of the Constitution*, 5ª. ed., London, 1971.
- MATTEI, U., *Stare decisis*, Milano, 1988.
- *Il modello di common law*, Torino, 1996.
- MATTEI, U.; MONATERI, P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997. MAXWELL, P.B., *The Interpretation of Statutes*, 12ª. ed., London, 1969.
- MERKL, A., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. it., Milano, 1987.

- MERRIMAN, J.H., *Common law (paesi di). III) Diritto degli Stati Uniti d'America*, en *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988.
- MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional*, V, *Actividade constitucional do Estado*, Coimbra, 1997.
- MODUGNO, F., *L'invalidità della legge*, I, Milano, 1970.
- *Legge (in generale)*, en *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973.
- *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 1999.
- MOHRHOFF, F., *Il diritto parlamentare. Introduzione ad uno studio sistematico e comparativo*, Roma, 1969.
- MONACO, R., *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 1967.
- MONATERI, P.G., *Il modello di civil law*, Torino, 1996.
- MOREIRA DA SILVA, *Das leis orgânicas na Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, 1991.
- MORTATI, C., *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968.
- OLIVETTI RASON, N., *Processo legislativo*, en *Dizionario di politica*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1983.
- OSMAN, F., *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992.
- NOTE, H., *The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century*, en *Yale L. J.*, 1974.
- PADOA SCHIOPPA, A., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Como, 1984.
- *Il diritto canonico come scienza nella prospettiva storica: alcune riflessioni*, en AA.VV., *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milano, 1995.
- PAGANO, R. (al cuidado de), *Normative europee sulla tecnica legislativa*, 2 vols., Roma, 1988.

- PALADIN, L., *La legge come norma e come provvedimento*, en *Giur. cost.*, 1969.
- *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.
  - *Diritto costituzionale*, 3ª. ed., Padova, 1998.
- PALICI DI SUNI, E., *La funzione normativa tra governo e Parlamento. Profili di diritto comparato*, Padova, 1988.
- *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Milano, 1988.
- PANETTA, A., *Profili comparati dell'istituto del decreto-legge. Rassegna di alcuni ordinamenti costituzionali europei*, en *St. parl. pol. cost.*, 1982.
- PATRONO, M., *Le leggi delegate in Parlamento. Analisi comparata*, Padova, 1981.
- *Procedimento legislativo*, en *Nss. dig. it.*, App. V, 1984.
- PATTARO, E.; ZANOTTI, F. (al cuidado de), *Applicazione e tecnica legislativa. Atti del Convegno, Bologna, 9-10 maggio 1997*, Milano, 1998.
- PEDRAZZA GORLERO, M., *Le fonti del diritto. Lezioni*, Torino, 1995.
- PEGORARO, L., *Il Governo in Parlamento. L'esperienza della Vª Repubblica francese*, Padova, 1983.
- *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Padova, 1990.
  - *Il sistema delle fonti giuridiche nelle costituzioni dei Paesi dell'Est europeo*, en *Quad. cost.*, 1995.
  - *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998.
- PEGORARO, L.; REPOSO, A., *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Bologna, 1993.
- *Le fonti del diritto*, en MORBIDELLI, G.; PEGORARO, L.; REPOSO, A.; VOLPI, M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 2ª. ed., 1997.

- PEGORARO, L.; REPOSO, A.; GOBBO, M. (al cuidado de), *Lecturas introductivas al derecho público comparado*, Padova, 1998.
- PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1988.
- PERLINGERI P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1992.
- PIANO MORTARI, V., *Codice (storia)*, en *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.
- PINNA, P., *L'emergenza nel diritto costituzionale italiano*, Milano, 1988.
- PIZZETTI, F., *Rigidità e garantismo nella costituzione spagnola*, Torino, 1979.
- PIZZORUSSO, A., *La pubblicazione degli atti normativi*, Milano, 1963.
- *Fonti del diritto*, en BRANCA, G. (dir.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 1977.
  - *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, en *Quad. cost.*, 1986.
  - *Il «Renton Report» e le prospettive di evoluzione del sistema giuridico inglese*, en AA.VV., *L'educazione giuridica*, III, Napoli, 1988.
  - *Sistemi giuridici comparati*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1998.
  - *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Torino, 1999.
- PIZZORUSSO, A. (coord.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlin, Heidelberg, 1988.
- PLUCKNETT, T.F.T., *Dr Bonham's Case and Judicial Review*, en *Harv. L. R.*, 1926.
- *A concise History of the Common law*, Boston, 1956.
- PORRAS NADALES, A., *Introducción a una teoría del Estado post-social*, Barcelona, 1988.
- QUADRI, G., *La forza di legge*, Milano, 1975.

- QUADRI, R., *Dell'applicazione della legge in generale*, en SCIALOJA, A.; BRANCA, G. (dir.), *Commentario del codice civile. Artt. 10-15*, Bologna, Roma, 1974.
- RABELLO, A.M., *European Legal Traditions and Israel*, Jerusalem, 1994.
- RAVÀ, T., *Un'esperienza di interpretazione comparativa: origini e struttura delle fonti nella "common law" inglese*, en *Scritti in onore di S. Pugliatti*, II, Milano 1978.
- REPOSO, A., *Le regole di correttezza costituzionale nel sistema delle fonti-fatto*, en *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano, 1977.
- *I modi contemporanei di produzione del diritto*, en MORBIDELLI, G.; PEGORARO, L.; REPOSO, A.; VOLPI, M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1995.
  - *Le fonti del diritto negli ordinamenti anglosassoni*, en MORBIDELLI, G.; PEGORARO, L.; REPOSO, A.; VOLPI, M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2<sup>a</sup>. ed., Bologna, 1997.
- REPOSO A., *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino, 2000.
- RESCIGNO, F., *Scritti sul sistema istituzionale israeliano*, Rimini, 1996.
- RESCIGNO, P., *Introduzione a RESCIGNO, P., (dir.), Trattato di diritto privato*, I, Torino, 1982.
- RIGAUX, F., *L'insertion de la declaration d'Alger dans un nouvel ordre transnational humanitaire*, Roma, 1983.
- ROEBUCK D., *The Background of the Common law*, 2<sup>a</sup>. ed., Oxford, New York, 1990.
- RUGGERI, A., *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977.
- *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 1993.
  - *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, II, Torino, 1996.

- *Fonti, norme, criteri ordinatori*, 2<sup>a</sup>. ed., Torino, 1999.
  - *La costituzione allo specchio: linguaggio e "materia" costituzionale nella prospettiva della riforma*, Torino, 1999.
- SACCO, R., *Il substrato romanistico del diritto civile nei paesi socialisti*, en *Riv. dir. civ.*, 1969, I.
- *Cina*, en *Dig. priv.*, II, Torino, 1988.
  - *Codice (diritto comparato e straniero)*, en *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.
  - *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.
- SALMOND, H., *Jurisprudence*, Bombay, 1985.
- SANDULLI, A.M., *Legge, forza di legge e valore di legge*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957.
- *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Parlamentario español*, Madrid, 1990.
- SANTAOLAYA MACHETTI, P., *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, 1988.
- SANTORO, E., *Common law e costituzione nell'Inghilterra moderna*, Torino, 1999.
- SCARPELLI, U., *La razionalità dei codici*, en AA.VV., *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984*, I, Milano, 1987.
- SCHMITT, C., *Une étude de droit constitutionnel comparé. L'évolution récente des problèmes des délégations législatives*, en *Recueil Lambert*, Paris, 1938.
- SECRETARIAT GÉNÉRAL DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE, *Les principales étapes de la procédure législative*, Paris, 1989.
- SHAPIRO, A.; DE WITT; ARAR, K.C. (coords.), *Introduction to the Law of Israel*, The Hague-London, Boston, 1995.

- SORRENTINO, F., *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972.
- *Lezioni sulla riserva di legge*, Genova, 1977.
  - *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1994.
- SPAGNA MUSSO, E., *Costituzione rigida e fonti atipiche*, Napoli, 1966.
- STEIN, P., *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, 1984.
- *Common law (paesi di), II Diffusione del Common law*, en *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988.
- STEIN, P.; SHAND, J., *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981.
- STEVENS, R., *Law and Politics: the House of Lords and Privy Council 1867-76*, Chapel Hill (N.C.), 1978.
- STONE, P., *Precedent and the Law*, Sidney, 1987.
- STREET, H., *Justice in the Welfare State*, 2ª. ed., London, 1975.
- TARCHI, R., *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990.
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
- *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, en *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978.
  - *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.
  - *Codice (teoria generale)*, en *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.
- TRIEPEL, H., *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, Eine Kritische Studie*, Stuttgart, Berlin, 1942.
- TSIEN TCHE-HAO, *Le modèle du législateur et la science de la législation en Chine (des origines a nos jours)*, en AA.VV., *L'educazione giuridica*, II, Napoli, 1988.

- TURNER, R.V., *The English Judiciary in the Age of Glanvill and Bracton, 1176-1239*, Cambridge, 1985.
- UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Les parlements dans le monde*, Bruxelles, 1986.
- VAN CAENEGEM, R.C., *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987, trad. it., *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, 1991.
- *The Birth of the English Common law*, 2<sup>a</sup> ed., London, 1988.
- VANDERLINDEN, J., *Le concept de Code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> siècle au XIX<sup>e</sup> siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1968.
- *A propos des familles de droits en droit civil comparé*, in AA.VV., *Hommage a R. Dekkers*, Bruxelles, 1982.
- *Comparer les droits*, Bruxelles, 1995.
- VELIDEDEOGLU, H.V., *Le mouvement de codification dans les pays musulmans. Ses rapports avec les systèmes juridiques occidentaux*, en *Rapports Généraux au V<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1960.
- VIANDIER, A., *Recherche de légistique comparée*, Berlin-Heidelberg, 1988.
- VIOLA, F.-URSO, M., *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, 1989.
- VÍRGALA, E., *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Madrid, 1988.
- VIORA, M.E., *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1967.
- VIVIANI SCHLEIN, M.P., *Rigidità costituzionale. Limiti e graduazioni*, Torino, 1997.
- VOLTERRA, E., *Les rapports entre le droit roman et les droits de l'Orient*, en *Rev. int. des droits de l'antiquité*, 1935.

- *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937.
- WAMBAUGH, J., *The Study of Cases*, St. Paul (Minn.), 2ª. ed., 1894.
- WATSON, A., *The Making of the Civil law*, Cambridge, 1981.
- WHITE, R., *The Administration of Justice*, London, 1985.
- WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2, neubearbeitete Auflage, Göttingen, 1967, trad. it., *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, Milano, 1980.
- *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, trad. it., *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983.
- WIGMORE, J.H., *Evidence in Trials at Common law*, 4ª. ed., Boston, Toronto, 1976.
- ZAGREBELSKY, G., *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970.
- *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984.
- *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990.
- ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Grundlagen*, Tübingen, 1984, trad. it., *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, 1992.

BIBLIOTECA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

- 1 ALBERTO BOREA ODRIA  
La defensa constitucional: El Amparo
- 2 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE  
Constitución y Política
- 3 ALBERTO BOREA ODRIA  
El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy
- 4 JORGE POWER MANCHEGO-MUÑOZ  
Constitución y Democracia
- 5 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE  
Cómo estudiar Derecho Constitucional
- 6 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO  
La dogmática de los derechos humanos
- 7 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO  
Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional
- 8 GERARDO ETO CRUZ JOSE F. PALOMINO MANCHEGO (Editores)  
Congresos Nacionales de Derecho Constitucional
- 9 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO  
El régimen socio-económico y hacendístico en el  
ordenamiento constitucional español
- 10 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE  
Constitución y Dominio Marítimo
- 11 GERMAN J. BIDART CAMPOS JOSE F. PALOMINO MANCHEGO (Coordinadores)  
Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica  
Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde
- 12 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE  
De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal  
Constitucional
- 13 ERNESTO BLUME FORTINI  
El control de la constitucionalidad  
(Con especial referencia a Colombia y al Perú)
- 14 GERARDO ETO CRUZ  
Índice analítico de la Constitución Política de 1993
- 15 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE  
Derecho Procesal Constitucional
- 16 RAUL CHANAME ORBE  
Diccionario de Derecho Constitucional
- 17 ERNESTO BLUME FORTINI  
La defensa de la Constitución a través de la ordenanza municipal
- 18 ERNESTO ALVAREZ MIRANDA  
El control parlamentario
- 19 JOSE F. PALOMINO MANCHEGO JOSE CARLOS REMOTTI CARBONELL (Coordinadores)  
Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica  
Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos
- 20 LUCIANO PAREJO ALFONSO  
Constitución, Municipio y Garantía Institucional
- 21 GERARDO ETO CRUZ  
La Justicia Militar en el Perú
- 22 JAVIER TAJADURA TEJADA  
El Derecho Constitucional y su enseñanza
- 23 GERARDO ETO CRUZ  
Estudios de Derecho Constitucional
- 24 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (Coordinador)  
Constitucionalismo y Derechos Humanos
- 25 JOSE F. PALOMINO MANCHEGO  
Problemas escogidos de la Constitución de 1993
- 26 LUCIO PEGORARO ANGELO RINELLA  
Las fuentes en el Derecho Comparado  
(Con especial referencia al ordenamiento constitucional)
- 27 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE  
El Tribunal de Garantías Constitucionales  
y Sociales de Cuba (1940-1952)
- 28 GIANCARLO ROLLA  
La Justicia Constitucional y el Estado democrático
- 29 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (Coordinador)  
La Constitución y su defensa (Algunos problemas contemporáneos)