

FUENTES DEL DERECHO

Costumbre (Levaggi § 82):

Desde el período Moderno, se llamó fuentes del Derecho a los modos de formularse las normas jurídicas. Los modos clásicos son la costumbre, la ley, las decisiones judiciales y la doctrina. Antes que los pueblos se dieran leyes, se regían por costumbres. El Derecho era algo inexpresado. No estaba contenido en normas formuladas por la autoridad. Lo que todos hacían (*consuetudo*) con conciencia de obrar bien fue lo que se consideró lícito, y aquello de lo que se abstendían, lo ilícito. "Cómo verás, así harás", o "por donde fueres haz lo que vieres", sentencian hasta hoy dos refranes populares.

Derecho romano:

También en Roma, la primera fuente del Derecho fue la costumbre (*mos*), con más precisión, las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*), que una vez declaradas se convertían en *ius* (§ 77). Su fuerza creadora no se extinguió ni siquiera con el desarrollo de las otras fuentes, entre ellas la ley.

El Digesto reprodujo el siguiente texto de Juliano: "en aquellas cosas en que no usamos de leyes escritas, conviene se guarde aquello que está introducido por uso y costumbre; y si éste faltase en algún caso, se ha de guardar lo que es más próximo a la costumbre; y si aun esto no hubiese, conviene observar el Derecho que se usa en Roma.

La costumbre inmemorial con razón se guarda como ley, y éste es el Derecho que se dice introducido por costumbre; porque como las mismas leyes por ninguna otra cosa nos obligan sino porque fueron recibidas por el consentimiento del pueblo, también obligará con razón a todos, aquello que sin constar por escrito aprobó el pueblo: porque ¿qué más tiene que conste por escrito la voluntad del pueblo, declarada por votos, que el que la declare con hechos y costumbres?

Por lo cual también está legítimamente recibido, que se deroguen las leyes, no sólo por la voluntad del legislador, sino también por el no uso por tácito consentimiento de todos (Libro I, título iii, ley 32).

Además, dispuso el Código que "la costumbre aprobada de antiguo y tenazmente observada se asemeja a las mismas leyes, y obliga" (Libro VIII, título viii, ley 3).

Período Visigótico.

A pesar de que los visigodos adoptaron el sistema de legislación romano, en reemplazo del consuetudinario germánico, y de que sus leyes no hicieron referencia a las costumbres, éstas siguieron siendo fuente de Derecho. Los germanistas imaginaron, sin bastante fundamento, un divorcio entre la legislación real y el Derecho no escrito, que practicaría la comunidad (§ 16 y 18). La Iglesia otorgó especial importancia a la costumbre. Después de la Biblia, la tradición primitiva es la principal fuente del Derecho canónico (§ 27). San Isidoro de Sevilla (Etimologías), basado en principios romanos y cristianos, fijó los requisitos de la costumbre. Expuso que es cierto Derecho instituido por los mores, que se toma como ley cuando falta la ley; no importa la escritura si se basa en la razón, ya que es la razón la que sirve de apoyo a la ley. Por tanto, si la ley consiste en la razón, será ya ley todo lo que descansa en la razón, con tal que se compagine con la religión, convenga a la disciplina y aproveche a la salvación. Esta doctrina isidoriana se mantuvo viva hasta el período Moderno.

Período Altomedieval.

Fue una época de apogeo de la costumbre, como consecuencia del debilitamiento de la autoridad real, que trasladó a la comunidad (cuando no a los señores) la función creadora del Derecho, y del estatismo social, que hizo depender la autoridad de las normas jurídicas de su antigüedad. Las mismas leyes visigodas (*Liber*) rigieron en esta época a título de costumbre. El localismo jurídico, típico del período, se relacionó directamente con ella (§ 19-21). El concepto que se tenía de la costumbre no era preciso o, dicho de otra manera, la palabra “costumbre” tuvo varias acepciones. Las reglas que formaban los fueros se siguieron considerando como costumbres, aunque dejaron de ser Derecho no escrito. La voz “costumbre” fue sinónimo de Derecho. La práctica que adoptaron los pueblos, desde fines de la Alta Edad Media, de pedir a los señores la confirmación de sus costumbres, dio lugar a la distinción entre buenas y malas. Las comunidades oprimidas por malas costumbres acudieron a los reyes para que los liberasen de ellas. Se generalizó en Europa la práctica de la redacción y recopilación de costumbres, importante para su prueba. A falta de redacción o precedente judicial, se probaba por medio de testigos.

Períodos Bajomedieval y Moderno.

Chocaron dos tendencias, en parte contrarias: la que se derivaba de la recepción del Derecho romano justiniano, que favorecía a la ley, y la que procedía del Derecho canónico, que se inclinaba a la costumbre. Santo Tomás de Aquino –al igual que sus seguidores- destacó el valor de ésta. Opinó que cuando algo se hace muchas veces, parece que procede del juicio deliberado de la razón. Según esto, la costumbre tiene fuerza de ley, hace abolir la ley y es intérprete de las leyes.

Según Baldo, se le debía reverencia “como a madre, porque se equipara al Derecho natural”. Los juristas le aplicaron las reglas de la prescripción adquisitiva, como derecho que adquiriría la comunidad. Disputaron entre sí acerca de los requisitos que debía reunir para que fuera reconocida: antigüedad, número de actos, aplicación en juicio, necesidad de confirmación real. Por otra parte, se le siguió exigiendo que no fuera contraria a la ley de Dios, al Derecho natural o a la razón, y que se dirigiera al bien común. Distinguieron los juristas tres clases de costumbre: anterior a la ley (*praeter legem*), siguiendo la ley (*secundum legem*) y contraria a la ley (*contra legem*). El valor que la ciencia del Derecho le concedía a la práctica, como que a ella estaba vinculado el orden social, obró en favor de la costumbre.

Las Partidas la acogieron con amplitud, incluida la costumbre contraria a la ley. Hablando de todas las gentes del pueblo, o de la mayor parte, dispusieron que si usaren diez o veinte años a hacer alguna cosa, como en manera de costumbre, sabiéndolo el señor de la tierra, y no lo contradiciendo, y teniéndolo por bien, puédenla hacer, y debe ser tenida, y guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fuere dados dos juicios por ella de hombres sabedores y entendidos de juzgar, y no habiendo quien la contradiga... y otrosí decimos que la costumbre que el pueblo quiere poner y usar de ella, debe ser con derecha razón, y no contra la ley de Dios, ni contra señorío, ni contra Derecho natural, ni contra pro comunal (L^o I, título III, ley 5). Un conjunto de circunstancias provocó la lenta decadencia de esta fuente:

- a) la recepción del Derecho romano justiniano, y la aplicación de sus leyes como Derecho supletorio;
- b) el absolutismo regio, y su tendencia hacia la integración normativa;
- c) el desarrollo de los estudios jurídicos y de la ciencia del Derecho sobre la base primordial de la legislación, aunque sin prescindir de la costumbre;
- d) la redacción de costumbres, que como Derecho escrito se asimilaron a las leyes; y
- e) el crecimiento de las ciudades, que las privó del ámbito natural. Los juristas ilustrados (Juan Francisco de Castro, conde de la Cañada) la

criticaron y restringieron su aplicación. En Portugal y el Brasil, fue reconocida como fuente del Derecho en sus tres clases: anterior, según y contraria a la ley, o sea, con la misma fuerza que ésta y que el estilo de la corte. Se decía que tenía “más poder y eficacia que los estatutos y constituciones municipales. La sentencia dictada contra la costumbre es nula, tanto como si se hubiese dictado contra la ley”. Sólo a mediados del siglo XVIII, con la sanción de la "Ley de Buena Razón" (§ 47 bis), su aplicación se restringió. Su valor quedó supeditado al cumplimiento de los requisitos siguientes: conformidad a la buena razón, no ser opuesta a la ley, y antigüedad mayor de cien años. Derecho indiano. Mientras que en Europa la costumbre decaía, en las Indias conservó su fuerza hasta el siglo XVIII. Entre los factores que explican esta vitalidad, pueden mencionarse los siguientes:

- a) el particularismo del Derecho indiano, y sus motivos determinantes (§ 55);
- b) el amparo en aquélla de los intereses locales, y la tolerancia forzosa que, por razón de la distancia, debieron dispensarle las autoridades;
- c) la actitud favorable de la Corona para con las costumbres indígenas (§ 57).

Los requisitos que debió reunir la costumbre indiana fueron:

- a) antigüedad de 10 ó 20 años, por lo menos;
- b) introducción con conocimiento y sin contradicción del príncipe, salvo que fuera inmemorial (más de 100 años), en cuyo caso se presumía su conformidad;
- c) racionalidad;
- d) compatibilidad con el Derecho natural y el bien común; y
- e) su establecimiento a ciencia cierta del pueblo, sin error, y con la voluntad de inducir costumbre.

Cuando las costumbres, incluídas las contrarias a las leyes, reunían estos requisitos, su admisión no se discutió o, si así ocurría, tuvieron el amparo de los jueces. Una institución que basó gran parte de su funcionamiento en la costumbre fue el cabildo.

Derecho nacional.

El siglo XIX, por la influencia de las ideas ilustradas, nació en circunstancias poco propicias para la costumbre. Durante casi todo su trascurso pasó ésta por una etapa de crisis.

Los motivos de la crisis fueron:

- a) el dogma de la separación de poderes, que asignaba al poder legislativo la exclusividad de la creación del Derecho, como representante directo de la voluntad general, sin tolerar la existencia de normas jurídicas de otro origen;

- b) la codificación y la doctrina de la Exégesis, que se basaban en el Derecho legal, frente al cual la costumbre quedaba como un simple antecedente sin valor normativo (§ 61 y 63);
- c) las ideas racionalistas, que aspiraban a plasmar un derecho universal, racional y coherente; y
- d) el crecimiento demográfico, y el desarrollo de las comunicaciones, que redujeron las posibilidades de formación y conservación de costumbres locales.

Un factor de estímulo fue, en cambio, la Escuela Histórica del Derecho (§ 65), que subrayó la presencia de la costumbre en el origen del Derecho positivo, aunque para ser luego desplazada por la ciencia y la legislación. Escribió Savigny (Sistema del Derecho romano actual) que la base del Derecho positivo tiene su existencia y su realidad en la conciencia general del pueblo, y esta conciencia, invisible de su naturaleza, ¿dónde la reconocemos? En los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Una serie de actos uniformes acusa un origen común: la esencia del pueblo; lo más contrario, precisamente, a la arbitrariedad y al acaso. Así, pues, la costumbre no engendra el Derecho positivo, sino que es el signo por medio del cual se reconoce. A la vez que se iba deteriorando el valor de la costumbre, frente a la ley, se puso de relieve, en compensación, su importancia social y su condición insustituible de fuente material de las leyes. No se intentaba, por ende, eliminarla por completo del sistema de las fuentes del Derecho, sino de una articulación con la ley diferente de la anterior. En la Argentina, hasta la codificación, persistió el Derecho consuetudinario, particularmente en los ámbitos provincial y municipal, de la misma manera que sobrevivió el Derecho anterior a 1810 (§ 71). En materia penal, se consideró indispensable el mantenimiento de las costumbres benignas, para no caer en las penas atroces de las viejas leyes. El criterio que predominó en los códigos fue, según las ideas del siglo, limitativo. Opiniones favorables, como la de Marcelino Ugarte, que llegó a fundamentar la costumbre en el gobierno democrático (“la costumbre es la ley hecha por el pueblo mismo, por la conveniencia y la razón de todos; es el ejercicio directo de la soberanía, que se delega, pero que no se abdica”), o la de Andrés Bello, en Chile, fueron excepcionales. Bello, en su proyecto de Código Civil, admitía todo tipo de costumbre, incluso la contraria a la ley, solución sin igual en la codificación occidental del siglo XIX. Sin embargo, lo que estableció el Código (1855) fue que “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella” (art. 2). Las “reglas generales sobre la legislación”, que encabezaban el Código de Comercio argentino, no reconocieron a la costumbre contraria a la ley, pero sí a las otras dos clases: anterior, y según la ley. Además, el Código la admitió para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los

actos o convenciones mercantiles. En el Código Civil, la posición de Vélez Sarsfield fue clara: las costumbres debían ser fuente material de las leyes, pero una vez sancionadas éstas, eran la Única fuente formal del Derecho. En la nota al art. 167 declaró que "la misión de las leyes es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas", y en el art. 17 prescribió que "el uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos". Varios artículos del Código se remiten, en efecto, a la costumbre. También el Código Civil uruguayo dijo, copiando al chileno, que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella (art. 9). El siglo XX registró una revaloración de esta fuente, gracias a que lo hicieron el prestigioso Código Civil alemán y su doctrina, que aceptó, incluso, la costumbre contraria a la ley. En el mismo sentido, dispuso el Código suizo que "a falta de una disposición legal aplicable, el juez juzga según el derecho consuetudinario" (art. 1). A esta tendencia respondió la reforma del art. 17 del Código argentino citado, que quedó redactado en estos términos: "los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente". Junto a la costumbre según la ley, fue acogida, pues, la costumbre anterior.

Ley (Levaggi § 83).

Derecho romano.

La ley (de *legere* = elegir, o de *ligare* = atar), fuente del Derecho paralela a los iura, tuvo una importancia especial, que hizo que su sanción competiera a la comunidad o a los órganos que la representaban.

La primera ley cierta –la Ley de las XII Tablas (450 a.C.)–, se limitó a recoger las antiguas costumbres o ritos jurídicos que usaban los romanos. Mientras que las leyes regulaban, generalmente, materias de Derecho público, los iura se ocupaban del Derecho privado. Se ha descrito al Derecho romano como formado por "islas" de leyes en el "mar" del ius. Se considera que la incorporación de aquéllas al *ius civile* sólo se produjo en la medida en que fueron aceptadas por las interpretaciones de los juristas.

Durante la República, las leyes fueron *leges rogatae*. Las dictaba el pueblo reunido en comicios, a propuesta (*rogatio*) de un magistrado. Sólo a él le correspondía establecer su contenido. El pueblo debía aprobar o rechazar en bloque la propuesta, sin posibilidad de enmendarla. Si era aprobada, el mismo magistrado se encargaba de su promulgación.

Desde el siglo I a.C., los comicios delegaron en los magistrados la función legislativa. Este procedimiento, ya conocido en las comunidades sometidas por Roma, dio lugar a las llamadas *leges datae*.

Fundado el Imperio, los comicios dejaron de reunirse y el príncipe asumió la potestad legislativa. Desde Adriano, se reservó, además, la atribución de proponer los senadoconsultos. Durante la República, las opiniones del Senado no afectaban al *ius civile*, pero desde el Principado sí lo hicieron. El Senado asumió las antiguas funciones del pueblo romano. Los senadoconsultos terminaron por equipararse a las leyes. Con el paso del Principado al Dominado (Diocleciano, 284-305), el emperador fue el único legislador.

Las distintas clases de leyes que dictaba el emperador recibieron el nombre genérico de constituciones imperiales. Reza un texto de Ulpiano (Digesto I, iv, 1) que

lo que al príncipe agrada tiene fuerza de ley, porque por la ley regia, que se estableció acerca de su potestad, el pueblo transfirió al príncipe todo su imperio. Esto supuesto, todo lo que el emperador estableció por carta, suscripción o decreto, con conocimiento de causa o por sentencia interlocutoria, sin figura de juicio, o mandó por edicto, consta que es ley. Éstas son las que vulgarmente llamamos constituciones.

No obstante la veneración que se tenía por las leyes imperiales, no desaparecieron las demás fuentes del Derecho. Tampoco se pensó en que las leyes debían ser aplicadas ciegamente, sin tener en cuenta las

circunstancias. El adagio "dura ley, pero ley (al fin)" ("*dura lex, sed lex*"), no es de esa época. Se lo atribuye a algún autor renacentista, porque no aparece en textos anteriores.

Periodo Visigótico.

Los reyes visigodos, tras la caída de Roma, se arrogaron el poder de los emperadores y dictaron constituciones (§ 16). Las leyes más importantes las consultaron con los elementos rectores de la sociedad. Desde la conversión de Recaredo (589), las propusieron a los concilios toledanos que, al sancionarlas, les prestaron su autoridad y facilitaron su cumplimiento.

San Isidoro de Sevilla caracterizó a la ley por su sanción con intervención del reino (nobles y plebe), a diferencia del edicto, que dictaba exclusivamente el rey. Además, señaló los requisitos siguientes, que fueron recordados hasta el período Moderno:

la ley ha de ser honesta, justa, posible, conforme a la naturaleza, conforme a la costumbre de la patria, conveniente al lugar y al tiempo, necesaria, útil, también manifiesta, para que alguno no tenga duda por la oscuridad, redactada no para comodidad privada sino para la utilidad común de los ciudadanos.

Edad Media.

Durante la mayor parte de la Alta Edad Media no se legisló (§ 21). La ley se confundía con la persona del rey ("el rey es ley viva" = "rex est animata lex"). Estaba en su razón y en su voluntad, y se consideró suficiente que, en cada caso concreto, dijera cuál era ella, y que la guardase ("*guardar la ley, esto es reinar*" = "*legem servare, hoc est regnare*").

Los cambios sociales y económicos, que marcaron el advenimiento de la Baja Edad Media (§ 23), no se compadecían con el Derecho consuetudinario altomedieval. Exigieron uno nuevo, que fuera escrito, para que su conocimiento fuese cierto. Tanto en este período como en el Moderno, el modelo legislativo fue el Derecho justiniano.

El principio romano según el cual "lo que al príncipe agrada tiene fuerza de ley" chocaba con la doctrina isidoriana que requería la participación de la comunidad. Justamente, en el siglo XIII, se produjo la irrupción de la comunidad en la vida política, como consecuencia del despertar de la conciencia colectiva, que acompañó a la consolidación de los reinos.

La participación de todos en el gobierno (democracia, en sentido aristotélico) fue el ideal, no sólo en la sociedad civil, también en la Iglesia, donde los concilios se reunieron con frecuencia, y el gobierno de las nuevas

órdenes mendicantes lo tuvieron los capítulos, formados por los procuradores de los conventos.

En los reinos peninsulares se constituyeron las cortes, que presidía el rey, e integraban los tres estamentos: nobleza, prelados y representantes de las ciudades. Las leyes propiamente dichas fueron obra de las cortes (ordenamientos de cortes). Todos o alguno de los estamentos solían presentar al rey sus "cuadernos de peticiones", y éste resolver. También, por iniciativa de las cortes o del rey, se redactaron "cuadernos de leyes" que, una vez aprobados por aquéllas fueron promulgados por éste.

El principio romano chocó, también, con la doctrina isidoriana y tomista de la justicia, y de su ordenación al bien común. Inspirados en el iusnaturalismo clásico, dispuso el Fuero Real que la ley. había de ser "convenible a la tierra, y al tiempo, y honesta, derecha y provechosa" (I, vi, 2); y las Partidas agregaron, que sus mandatos fueran "leales y derechos, y cumplidos según Dios y según justicia" (I, i, 4), y que valdrían, salvo si "anulasen el bien que deben hacer y esto sería si hubiese en ellas alguna cosa contra la ley de Dios, o contra derecho señorío, o contra gran pro comunal de la tierra, o contra bondad conocida" (I, i, 18).

Con el valor y la fuerza de las leyes, pero sin la intervención de las cortes, los reyes, desde el siglo XIV, dictaron reales pragmáticas, siguiendo el ejemplo de los emperadores romanos. La fórmula que emplearon fue la siguiente:

Por la presente pragmática sanción, la cual quiero y mando y es mi merced y voluntad que haya fuerza y vigor de ley, y sea guardada como ley, bien así como si fuese hecha y ordenada y establecida y publicada en cortes, mando y ordeno de mi propio motu y cierta ciencia y poderío real...

Las cortes, lesionadas en sus derechos, reclamaron al rey contra "tales exorbitancias", y pidieron castigos para los escribanos y secretarios que las cometían. Juan II de Castilla se lo concedió, en un primer momento, tratándose de cartas entre partes o sobre negocios privados; no así por lo relativo a los asuntos públicos. Pero las pragmáticas terminaron siendo aceptadas sin excepción, con su fuerza derogatoria de las leyes.

Si con las pragmáticas se produjo un avance del poder real sobre la comunidad, ésta adquirió el derecho de suplicar las leyes; de "obedecerlas", en reconocimiento de la autoridad real, pero "no cumplirlas", por los perjuicios que le irrogaban. Establecieron las Partidas, que

si contra derecho comunal de algún pueblo, o a daño de él fueren dadas algunas cartas, no deben ser cumplidas las primeras. Que no hay fuerza, porque son a daño de muchos; mas débenlo mostrar al rey, rogándole, y pidiéndole merced, sobre aquello que les envía mandar en aquella carta. Empero si después el rey quisiere, en todas guisas, que sea, deben cumplir lo que él mandare. y si son contra

derecho de alguno señaladamente, así como que le tomen lo suyo sin razón, y sin derecho, o que le hagan otro tuerto conocidamente en el cuerpo, o en el haber; tales cartas no han fuerza ninguna, ni se deben cumplir, hasta que lo hagan saber al rey aquellos a quienes fueron enviadas, que les envíe decir la razón porque lo manda hacer. Que todo hombre debe sospechar, que pues que el rey entendiere el hecho, que no les mandará cumplir la carta (III, xviii, 30).

Juan I confirmó este recurso en las cortes de Briviesca (1387), en los siguientes términos:

Muchas veces, por importunidad de los que nos piden libramientos, damos algunas cartas [documentos] contra Derecho. y porque nuestra voluntad es que la justicia florezca y que las cosas que contra ella pudiesen venir no hayan poder de contrariarla, establecemos que si en nuestras cartas mandáremos alguna cosa que sea contra ley, fuero o Derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida, no embargante que en la dicha carta haga mención especial de la ley, fuero u ordenamiento contra quien se dé, ni embargante otrosí que haga mención especial de esta ley nuestra, ni de las cláusulas derogatorias en ella contenidas; que nuestra voluntad es que las tales cartas no hayan efecto.

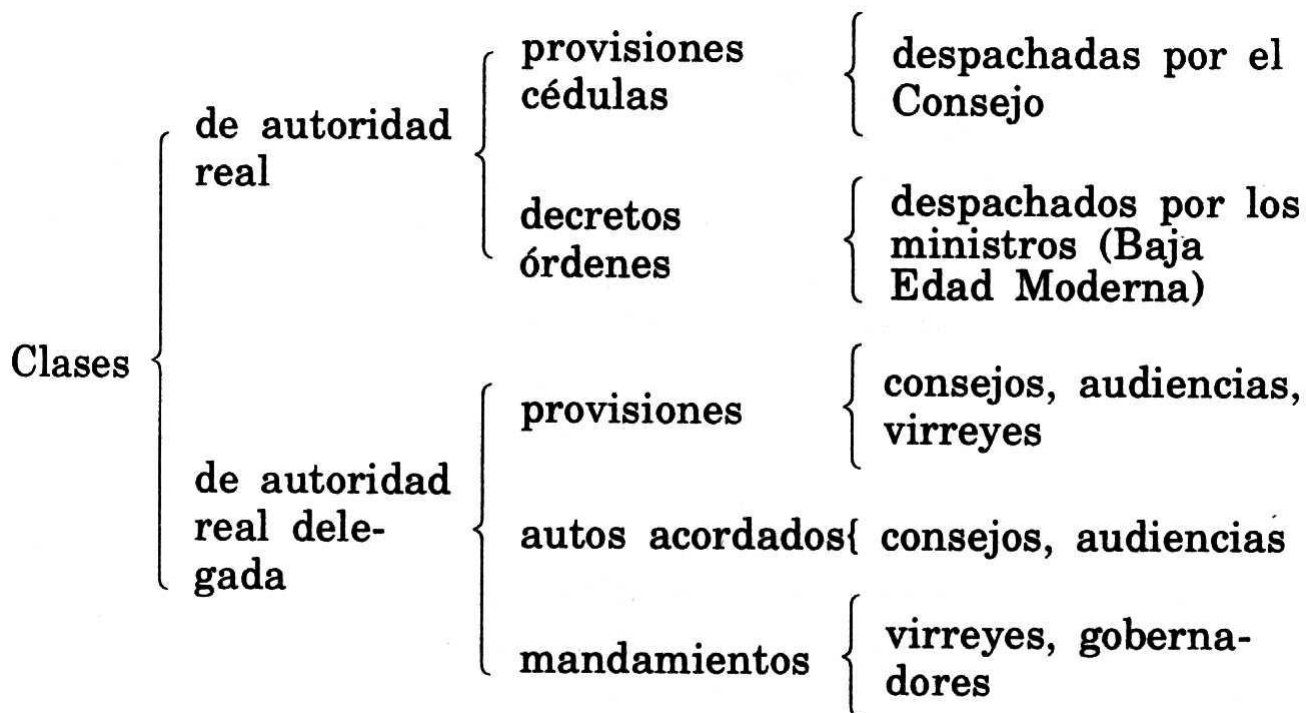
El recurso no procedía contra las leyes de cortes ni las ejecutorias ganadas en juicio contradictorio, porque en tales casos había deliberación previa de las partes. No está claro si fueron recurribles las pragmáticas. La súplica descansaba en la presunción de que la voluntad del rey era obrar con justicia, pero que por motivos ajenos a ella –por ejemplo, una información falsa (obrepción) o incompleta (subrepción)- podía ser inducido a error. A obtener la enmienda del error, iba dirigido el recurso. Por excepción, solamente, se admitió una segunda súplica, esto es, del mandato real confirmatorio de la carta suplicada.

Período Moderno.

La tendencia iniciada en la Baja Edad Media, a favor de la legislación real, se acentuó en este período, caracterizado por el absolutismo monárquico. En Castilla, desde principios del siglo XVI, la decadencia de las cortes fue notoria. La función legislativa recayó exclusivamente en el rey. Esto no significa que no se reconociera otro Derecho que el legal; ni aun en el siglo XVIII, en el cual los ilustrados exacerbaban las regalías de la Corona y pretendieron una obediencia ciega a la voluntad del príncipe. En la aplicación del Derecho, los jueces y juristas siguieron construyendo, para cada caso, la solución equitativa. Para ello, la leyera un tópico autorizado, pero al que se sumaban la equidad, la costumbre, la práctica, los ejemplares (antecedentes), la doctrina y el arbitrio judicial. En la correspondencia de

todas estas reglas con el caso, hallaba el hombre de Derecho el acierto. Existía el convencimiento de que, dejada la justicia sólo a la regla general de la ley, podía ser causa de vejamen.

Explicó Solórzano Pereira (Política indiana), que en provincias tan remotas, y donde tan fácilmente se truecan "las cosas, muchas dispensaciones y disimulaciones pide la ocurrencia, y congruencia de los negocios, y la diferencia de los tiempos, y las personas, y la prudencia consiste en la connivencia, que es, no lo querer apurar todo, ni llevarlo por el sumo rigor del Derecho, haciéndonos desentendidos de sus puntos, y tolerando semejantes trasgresiones algunas veces. Esta flexibilidad de criterio no significó que el monarca se despreocupase por el cumplimiento de sus leyes. Al contrario. Una real cédula al virrey de Nueva España (1623) le advertía: porque la ejecución y cumplimiento de mis órdenes y cédulas reales es la parte principal para que se acierten los negocios y materias que comprenden, las cumpliréis y obedeceréis sin hacer novedad y si acaso se ofreciese alguna cosa de consideración que por tenerla presente os parezca se debe alterar o mudar lo dispuesto por las dichas mis cédulas, sin sobreseer la ejecución me avisaréis de ello y las causas que os mueven para que se mude y altere lo acordado dando ejemplo con la observancia y obediencia, la que generalmente deben tener todos los ministros en el ejercicio de sus oficios, porque es menor inconveniente el que puede tener la dilación de esperar mi respuesta que dejar de obedecer lo que yo con tanto acuerdo tengo resuelto y mandado. En el concepto genérico de ley estaban comprendidas las disposiciones de gobierno, que dictaban los reyes por sí o por sus delegados, en el ejercicio de funciones propias. Según fue su objeto, se llamaron mandamientos de gobernación o de justicia. Estos mandamientos, a diferencia de las leyes, no tenían sanción general, y se dirigían a autoridades determinadas, únicas que, en principio, estaban obligadas a su cumplimiento. Hubo disposiciones de gobierno de varias clases.



Las reales provisiones eran documentos solemnes, reservados para los actos más importantes. Constaban de la *"intitulatio"* o encabezamiento, con el nombre del rey, seguido de todos sus títulos; la dirección, con la indicación de la persona o institución a la que iban dirigidas; la prefación o exposición de motivos, con las razones que las justificaban; la *"actio"* o parte dispositiva, iniciada con la fórmula "orden y mando", salvo que el destinatario fuera un eclesiástico, en cuyo caso se usaba "ruego y encargo"; la fórmula penal, con el castigo previsto para los contraventores; la data, con el lugar y fecha de su dictado; la firma del rey, seguida del refrendo del secretario y el sello.

Las provisiones que dictaban los consejos, audiencias y virreyes, en nombre del rey, tenían la misma forma, o sea, que las despachaban tal como si era el rey quien lo hacía.

Las reales cédulas constaron, en principio, de los mismos elementos, pero la *intitulatio* se limitaba a decir "el Rey", y no siempre contenían la cláusula penal.

Las reales órdenes, aunque aparecían expedidas "de orden del rey", eran, en realidad, disposiciones personales de sus ministros.

La tendencia absolutista se manifestó, también, en la motivación de las leyes. A mediados del siglo XVIII (1755), dispuso el Consejo de Indias que en las cédulas que se expidiese no se expresasen las razones o fundamentos que las motivaban, como había sido la práctica, excepto resolución expresa en contrario.

En Portugal, desde la Baja Edad Media, se desarrolló la legislación en forma paulatina, primero como ley de las cortes y, a partir de Alfonso III, como decisión exclusiva del rey. Con la "Ley de Buena Razón", la ley se antepuso a las otras fuentes. Hubo varias clases de leyes: carta de ley, semejantes a las reales pragmáticas castellanas; albaláes, a las reales cédulas; decretos, dirigidos por lo regular a un ministro o tribunal, y que acabaron por contener, a veces, disposiciones generales.

Derecho indiano.

Salvo la mayor importancia que tuvo la costumbre en las Indias, con relación a Castilla, le es aplicable, en general, lo dicho anteriormente.

América no tenía cortes propias. A veces, las cortes de Castilla trataron cuestiones vinculadas con el Nuevo Mundo y sancionaron normas a su respecto, pero la importancia de estos ordenamientos de cortes en la formación del Derecho indiano fue mínima, frente a las pragmáticas y, más aún, a las disposiciones de gobierno, que formaron la mayoría de las llamadas "leyes de Indias".

El recurso de súplica de las leyes se practicó hasta el fin del período Indiano. En los primeros años, la Corona lo aceptó con amplitud, pero ante los abusos que se cometieron, lo restringió. Una cédula de Carlos I (1528) preceptuó que

todas las provisiones que nos hiciéremos de mercedes y oficios a las personas que pasan a residir a esas partes, se cumplan como en ellas se contiene. ..pero si fuesen cosas de que convenga suplicar, os damos licencia para lo poder hacer, sin que por esto se suspenda el cumplimiento y ejecución de ellas, salvo si no fuere el negocio de calidad tal que del cumplimiento de ello se seguiría escándalo conocido, o daño irreparable; en tal caso permitimos que, habiendo lugar de derecha suplicación, e interponiéndose por quien y como deba, podáis sobreseer el dicho cumplimiento, y no en otra manera alguna.

Se especificaban aquí las causales de "escándalo conocido" y "daño irreparable", que autorizaron a "obedecer y no cumplir". Perfecta conciencia se tenía en las Indias de que no toda disposición real, o de sus órganos delegados, había de ser cumplida, sino que podía ser suplicada. La revolución de los comuneros del Paraguay, encabezada por el gobernador José de Antequera (1717), comenzó con la súplica del auto del virrey del Perú que disponía su reemplazo.

Uno de los fiscales de la segunda Audiencia de Buenos Aires, José Márquez de la Plata, afirmó (1802) que

no es bastante haber obtenido una cédula de su majestad para que se deba ejecutar y cumplir desde luego, lo que por ella se prevenga, porque además se necesita que en su impetración no haya vicio, que la haga injusta, dañosa, y perjudicial, porque de lo contrario, debe suspenderse en la suposición de que el ánimo del soberano jamás fue oponerse a las leyes, a la pública utilidad, al Derecho natural y de gentes, o al de un tercero inaudito; o cuando las preces se fundaron con engaño, o mentira así en el hecho como en el Derecho, bien sea por obrepción, bien por subrepción.

Hubo leyes en las cuales se prohibió expresamente su suplicación.

Derecho nacional.

La ideología de la codificación y el positivismo legal (§ 61 y 63) erigieron a la ley en la fuente del Derecho por excelencia. Esta erección tenía que ver con el principio de legalidad profesado por el liberalismo, que oponía el gobierno impersonal de las leyes al antiguo gobierno arbitrario de los hombres. Según los revolucionarios franceses, sólo leyes claras, precisas y uniformes, eran capaces de proteger los derechos, trazar los deberes, y castigar los delitos. En vez de la jurisprudencia clásica, que perseguía el desarrollo del Derecho por la doctrina, se cultivó la "ciencia de la legislación", entre otros, por Cayetano Filangieri (§ 61). Así la presentó este jurista: Es aquella que generalizando los conocimientos legislativos nos hará ver los diversos objetos, las diversas miras, el diferente tono que debe tomar la legislación en los diversos pueblos, o en los mismos pueblos, pero en diversos tiempos; que nos hará ver la diversidad de las constituciones de los gobiernos, los diversos vicios que les están unidos, y la diversidad de los remedios; el principio único de acción que produce el movimiento político en cualquiera sociedad civil, y la diferente dirección que debe darse a este principio único en los diferentes gobiernos; la influencia que debe tener en el espíritu de la legislación el genio universal de las naciones, el espíritu del siglo, el genio y la índole particular del pueblo a quien se dan; la que debe tener el clima, o para cooperar a sus efectos cuando son útiles, o para oponerse a ellos cuando son perniciosos; ésta es la que nos hará ver cómo la naturaleza del terreno, su fertilidad, su esterilidad, su extensión y su "situación deben arreglar 1, parte económica de la legislación, y qué diversidad debe producir en la parte moral la falsedad de los dogmas de las falsas religiones y la perfección de la verdadera; ésta será finalmente aquella parte de la ciencia legislativa que haciendo, conocer "las diferentes edades de los pueblos, y los diversos períodos de la vida, mostrará cómo la legislación debe seguir estos diversos períodos, y cómo debe acomodarse. El fin de la legislación debía ser la formulación en reglas positivas de los preceptos inmutables y eternos del

Derecho natural racionalista. La voluntad del legislador había de dirigirse a la enunciación de normas racionales, cuya generalidad y abstracción fueran la garantía de que los hombres, al obedecerlas, se obedecerían a sí mismos, y conservarían su autonomía esencial. Las leyes debían ser pocas, claras, y formar parte de cuerpos sistemáticos. El Derecho así establecido, sería un Derecho nuevo, derogatorio del orden jurídico anterior, y solidario con los valores políticos de la Ilustración y del liberalismo. Una ley tal, se constituía en una técnica para el control y la transformación social. La Escuela Histórica del Derecho reservó, asimismo, un lugar destacado a la ley, no obstante su revaloración de la costumbre. Para ella, la ley completaba el Derecho positivo y le ayudaba en su progresivo desenvolvimiento, al igual que la doctrina. Pero aclaró que el Derecho existe en su estado normal donde reina la armonía entre la costumbre, la ley y la jurisprudencia. Antes de la codificación, el ideal del Derecho legal no podía ser llevado a la práctica, por el anacronismo de las viejas leyes, todavía vigentes. Una vez renovadas por medio de los códigos, el positivismo legal se impuso plenamente. El Código Civil argentino así lo demuestra, cuando prescribe que "las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes" (art. 17) y que "lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en Derecho civil" (art. 22). Según el Código del Brasil, la ley sólo puede ser revocada por otra ley, y en los casos omitidos por ésta se han de aplicar "las disposiciones concernientes a los casos análogos, y, no habiéndolas, los principios generales de Derecho" (Introducción, arts. 4 y 7).

Hasta la organización constitucional, la distinción entre ley y decreto no fue siempre nítida. Se solía entender por ley a la disposición que concernía al bien público, emanada de la representación de la comunidad (poder legislativo). El decreto podía ser obra tanto del poder legislativo como del ejecutivo, y su fin era siempre particular. Aristóteles comparó al decreto con la regla de Lesbos, diciendo que así como ésta se amoldaba a la forma de la piedra que medía, aquél se acomodaba a los diversos negocios que se presentaban. El fundamento de la leyera la justicia, y el del decreto, la equidad. Las normas con fuerza de ley, que dictaba el gobernador de Buenos Aires Rosas en ejercicio de la suma del poder público, recibían el nombre de "supremos decretos". Sancionada la Constitución, se llamó leyes a las normas generales emanadas del poder legislativo, y decretos a las normas del poder ejecutivo, dictadas para la expedición de las instrucciones y reglamentos necesarios para ejecutar las leyes, y en el ejercicio de sus funciones privativas como poder administrador- A las leyes, en sentido material, que dictaron los gobiernos de facto, se las denominó "decretos-leyes".