

## LA LEY. DE LOS ORÍGENES A LA CRISIS\*

Alfonso CELOTTO  
Emanuele CONTE\*\*

**RESUMEN:** En el presente artículo, el autor elabora un estudio sobre la concepción, desarrollo y significado de la ley, la cual, si bien ya no es más la fuente suprema, permanece en el centro del sistema de fuentes. Por lo menos en Italia, y respecto del derecho comunitario, existe un intento evidente por crear un orden normativo nuevo, lo cual requiere de la transformación de conceptos clásicos y tradicionales, como el concepto de ley.

**Palabras clave:** ley, fuentes del derecho, sistema jurídico.

**ABSTRACT:** *In this article, the author examines the concept, development and meaning of statute law which, in spite of not being considered the supreme source of law anymore, still is at the center of the system of sources of law. At least in Italy, and with respect to Communitarian Law, there is an attempt to create a new normative order, which requires the transformation of classic and traditional concepts, such as the concept of statute law.*

**Descriptors:** *statute law, sources of law, legal system.*

\* Traducción de Rodrigo Brito Melgarejo.

\*\* Profesores de la Università degli studi Roma Tre.

SUMARIO: I. *Premisa definitoria*. II. *Los orígenes y el derecho romano*. III. *Alto medioevo*. IV. *La ciencia jurídica medieval*. V. *La ley en el Estado moderno*. VI. *De la revolución francesa al Estado liberal*. VII. *La ley en la Constitución italiana*. VIII. *La crisis de la ley*. IX. *Conclusiones*.

## I. PREMISA DEFINITORIA

Existe mucha confusión en torno al término “ley”, no sólo en el lenguaje común y de otras ciencias, sino también a nivel técnico-jurídico.<sup>1</sup>

En el derecho italiano actualmente es necesario tener en cuenta al menos dos acepciones del término: una más amplia, la otra más restringida.<sup>2</sup>

En la primera, la ley, en cuanto fuente del derecho por antonomasia, representa a todas las fuentes del derecho y a la norma jurídica en general, como sinécdoque de la totalidad del derecho objetivo, tal y como sucede en el artículo 1372 del código civil, según el cual “El contrato tiene fuerza de ley entre las partes” o en el artículo 3o. constitucional, que dispone “Todos los ciudadanos... son iguales frente a la ley”.

En la acepción más restringida, la palabra ley se usa para identificar la principal fuente del derecho de los Estados contemporáneos, esto es, el acto ordinario y común con el que se expresa el proceso de producción jurídica en las formas de Estado liberales. Esta preponderancia de la ley está ligada a la idea de soberanía popular y a la función de representación de la voluntad popular asumida por las asambleas representativas en los siglos XVIII y XIX. La ley, expresión de la voluntad general, es entonces la fuente principal en todos los sistemas de gobierno democráticos y parlamentarios.

A esta idea de ley se refiere la Constitución italiana, al atribuir la función legislativa a las cámaras (artículo 70 constitucional), delineando su procedimiento de formación (artículos 71-74).

Para comprender mejor el valor del término ley y de sus aplicaciones, parece oportuno hacer un análisis histórico, teniendo como hilo

<sup>1</sup> Guastini, R., “Teoria e dogmatica delle fonti”, en Cicu y Messineo (dirs.), *Trattato di diritto civile*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 73 y ss.

<sup>2</sup> Como ha señalado Esposito, C., “Legge”, *ND*, Turín, Utet, 1938, t. VII, pp. 719 y ss.

conductor el *nomen* “ley” (y sus abandonos en determinados periodos históricos).

## II. LOS ORÍGENES Y EL DERECHO ROMANO

La idea de positividad de la norma promulgada por la autoridad suprema se encuentra muy presente en los lenguajes indoeuropeos: el término sánscrito *dharman*, que significa propiamente “mantenimiento, estatuto”, puede de hecho asumir el significado de “costumbre, regla o uso”. Pero el sentido de “formular, instituir” se encuentra en el casi idéntico *dhaman*, raíz que en latín se transforma en “*facio*” y en griego en “*tithemi*”. Benveniste observa que en este grupo de vocablos es de central importancia el sentido de “formular de manera creadora, instituir algo para que exista, y no simplemente poner un objeto sobre el suelo”.<sup>3</sup>

La ley es entonces el centro del orden social y denota su carácter civil. En contraste, la ausencia de leyes emitidas por una autoridad central es el signo de la inmadurez de una sociedad: en Homero, por ejemplo, la falta de cuerpos normativos (*themistes*) caracteriza la isla de los Cíclopes, un lugar salvaje en donde cada uno dicta su propia ley. La oposición arcaica entre *nomos* y *physis*, además, expresa lo artificial de la ley frente a la naturaleza.

Por otro lado, el vocablo latino *lex* parece una palabra propia de la lengua latina, que comparte la raíz de *lego* en el sentido de leer, y conserva la marca de la lectura solemne que era necesaria para la validez de la ley laica.<sup>4</sup> La clásica etimología ciceroniana, por el contrario, asocia el término a *legere* en el sentido de “elegir”. Por esta ra-

<sup>3</sup> Benveniste, E., *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. 2: *Pouvoir, droit, religion*, París, Ed. e minuit, 1969, p. 101; indicaciones también en Serrao, F., “Legge (diritto romano)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. 3, pp. 794 y 795 [Benveniste utiliza un juego de palabras. Al referirse al término *dharman*, señala que éste puede adquirir el sentido de “formular” (*porre* en italiano, cuyo significado es también poner, apoyar), por lo que la importancia de esta palabra del sánscrito y de sus derivaciones en latín y griego es muy importante, pues tiene que ver con el “formular (*porre*) de manera creadora, instituir algo para que exista” y no sólo “poner (*poggiare* o *porre*) un objeto sobre el suelo” (*N. del T.*)].

<sup>4</sup> Magdelain, A., *La loi à Rome. Histoire d'un concept*, París, Les belles lettres, 1978, Coll. D'études latines 34, pp. 14-16.

zón las *leges* arcaicas son pocas, solemnes, imperativas y a menudo proclamadas inderogables.

Durante este periodo, la experiencia romana ve variar el rol desarrollado por la ley en el cuadro del ordenamiento, que se caracteriza por un notable pluralismo de fuentes. De cualquier modo, las *leges* permanecen como un punto de referencia ineludible, ya sea por la actividad de integración del *ius honorarium* o por la interpretación de los jurisconsultos que, aún siendo libre y fuertemente creativa, permanece anclada a las leyes y a los *senatusconsulta*.

Al lado de este papel fuertemente positivo de la ley se introduce, desde la edad clásica, un significado genérico del término, usado para indicar cualquier reglamentación y, en particular, las reglas contractuales establecidas por las partes. De esta forma se crea una superposición con la noción de *pactum*, destinada posteriormente a encontrarse por siglos con la ley soberana y a fundar un cierto dualismo de concepciones que caracteriza la idea occidental de la ley. Usado por Ulpiano para indicar la regla contractual (D. 2.14.7.5: *ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant*), el término *lex* adquiere un significado consensual que en principio no tenía al denotar, fundamentalmente, la realización de los deseos del soberano. Esta convergencia deriva quizá en mayor medida de la evolución de la noción de contrato que de un cambio en la concepción de la ley, que desde sus orígenes era identificada como el deseo de un sujeto particularmente cualificado, como lo eran el *basileus* o el *rex*. El progreso del principio consensual en los contratos y de la fuerza de la voluntad privada en las obligaciones, inducía en modo bastante natural a esbozar un paralelismo entre los efectos de las dos diferentes voluntades: la del legislador y la del particular al que el ordenamiento reconocía el poder de producir efectos obligatorios.

Se diría que este dualismo se resguardó bajo las cenizas por mucho tiempo, atravesando más o menos indemne el tiempo del tardío absolutismo antiguo y de la espectacular expansión de la ley en el panorama de las fuentes del derecho.

De hecho, es evidente que la progresiva concentración del poder público en las manos del emperador se manifestó, entre otras formas, con un aumento vistoso de la función de la norma soberana en el ámbito del ordenamiento. La voluntad del soberano imprime, de este

modo, fuerza de ley a los pronunciamientos judiciales y a los distintos pronunciamientos reguladores provenientes del *palatium* imperial, dictados regularmente a petición de los funcionarios provinciales en materia jurisdiccional o administrativa.<sup>5</sup> Incluso, aun cuando las leyes imperiales tienen su origen en una exigencia particular, éstas imponen disposiciones generales con validez *erga omnes*. Por lo demás, la majestad imperial se reserva el poder de dictar normas de manera espontánea: en suma, las leyes imperiales asumen el carácter de generalidad y abstracción que las distingue de otras fuentes del ordenamiento. Los emperadores Teodosio y Valentiniano lo afirman por ley en el 426 d. C.: *Leges ut generales ab omnibus aequabiliter in posterum observentur... sive eas nobis spontaneus motus ingesserit, sive precatio, sive relatio vel lis mota legis occasionem postulaverit* (C. J. 1.14.3).

Por otro lado, la norma imperial de la antigüedad tardía desarrolla también el papel de adecuación y racionalización que había sido propio de la jurisprudencia en el periodo clásico. Con esto se produce una decadencia progresiva de la jurisprudencia y se origina la tendencia a cubrir todos los aspectos del ordenamiento con disposiciones de ley diversamente vinculadas, que logran restringir a límites angostos la creatividad de los intérpretes.

Es en este clima que toman cuerpo los primeros intentos de codificación que, reuniendo en un cuerpo legislativo las partes dispositivas de las normas imperiales, representan el primer intento por hacer de la ley soberana el único instrumento regulador de la vida jurídica del imperio. Después de las experiencias —ciertamente casi privadas— de Gregoriano y de Hermogeniano, fue el gran Código Teodosiano (438 d. C.) el que dio forma al sueño imperial de reunir todas las fuentes normativas en manos del soberano.<sup>6</sup> Y la codificación justiniana puesta en marcha aproximadamente un siglo más tarde, dio término a la parábola de preponderancia de la norma soberana sobre

<sup>5</sup> Honoré, T., *Emperors and Lawyers*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994; *id.*, *Law in the Crisis of Empire*, pp. 379-455. *AD. The theodosian Dynasty and its Quaestors*, Oxford, Clarendon Press, 1998. Además, para la edad imperial sobre todo, *cfr.* Coriat, J. P., *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit imperial à la fin du principal*, Roma, École Française de Rome, 1997.

<sup>6</sup> Barone Adesi, G., *Ricerche sui corpora normativi dell'Impero romano 1, I corpora degli iura tardoimperiali*, Turín, Giappichelli, 1998.

cualquier otra fuente del derecho, ya fuera consuetudinaria, jurisprudencial o creada por los magistrados.

### III. ALTO MEDIOEVO

El *Corpus Iuris* de Justiniano, sin embargo, entraba en vigor cuando la autoridad política del imperio había desaparecido en Occidente. Así que, mientras éste celebraba la ley imperial, todo el Occidente se había dividido ya en bloques políticos independientes, aunque siempre respetuosos de la unidad ideal del mundo romano. Si en Italia este respeto se había impulsado hasta hacer difícil a Teodorico denominar su propia legislación con el término *lex* —al cual prefirió y no al de *Edictum* que se refería a un poder concerniente a los magistrados y que no era soberano—, en los reinos Visigodo y Burgundo no se dudó en calificar de *Leges* a las normas vulgares y a las compilaciones de fragmentos vulgarizados de origen romano. Las *leges Visigothorum* y *Burgundionum* eran, en efecto, promulgaciones de normas que reflejaban una vida económico-social simplificada y se enfrentaban con el problema de la integración entre los pueblos de origen germánico y aquellos romanos residentes en los territorios invadidos. Además, las *leges romanae* que los reyes Alarico II y Gundobado promulgaron respectivamente para los visigodos y los burgundos no eran códigos de leyes personales para los pueblos romanos sometidos —como una vieja historiografía ha repetido por decenios—, sino el reflejo deformado de un ordenamiento imperial que vivía aún en el imaginario de los reinos que lo habían echado abajo.<sup>7</sup>

El término *leges* se adoptaba en esta época para señalar toda clase de textos de carácter jurídico y comenzaba a mezclarse también con la fuente consuetudinaria, de la que tradicionalmente había estado separada y a la que, algunas veces, se había contrapuesto.

<sup>7</sup> Cortese, E., *Il diritto nella storia medievale*, 2 vols., Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, pp. 55-86, integrado por las *leges barbarorum* con las observaciones siempre actualizadas de Siems, H., *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Hannover, Hahn, 1992, MGH Schriften 35, pp. 55-86 y Cortese, E., “Nostalgia di romanità. Leggi e legislatori nell’alto Medioevo barbarico”, *Ideologie e pratiche del reimpiego nell’alto Medioevo*, Spoleto, Centro Italiano di Studi sull’Alto Medioevo, 1999, pp. 485-510.

Los perfiles que definían la *lex* se degradan con las endiádis “*lex et consuetudo*” y “*lex et usus*”, de uso frecuente en los documentos alto medievales.<sup>8</sup> Incluso el vínculo entre la norma legislativa y el poder soberano se condiciona en algunos casos por el peso de la costumbre y de la comunidad popular. Algunos historiadores, por otra parte, han reducido la función de los legisladores romano-barbáricos a aquella de simples notarios de la costumbre, capaces inclusive de concordar algunas innovaciones legislativas con el necesario consenso del pueblo.<sup>9</sup> Pero ésta es una visión distorsionada de la historiografía germana, que habría deseado atribuir a la tradición germánica la peculiaridad de una concesión de la ley basada en un pacto.<sup>10</sup> En realidad, ya los soberanos de los *regna* alto medievales y después, obviamente, Carlo Magno, se muestran conscientemente creadores de normas jurídicas e innovadores del ordenamiento consuetudinario a través de la ley. Lo que es más, incluso cuando nuevas reglas de transmisión y tutela de los bienes en concesión encuentran aplicación de facto o por parte de una sociedad siempre más feudalizada, es siempre la autoridad soberana la que les da el crisma de la legitimidad: tanto en el caso de los francos capitulares en materia de herencia de los feudos mayores, como, más tarde, por el edicto de Corrado II sobre los beneficios itálicos.<sup>11</sup>

La norma soberana alto medieval, por su parte, abandona significativamente la denominación de *lex* y la sustituye por la de *capitulum*, de origen eclesiástico. Más que referirse a visiones jusnaturalísticas anacrónicas *ante litteram*, el cambio marca el debilitamiento de la firmeza textual de las promulgaciones oficiales, sustituida por una amplia variedad de tradiciones poco respetuosas del texto original de la norma.<sup>12</sup> Por lo tanto, no es la autoridad del legislador soberano la que

<sup>8</sup> Astuti, G., “Legge (diritto intermedio)”, *Enciclopedia...*, *cit.*, nota 3, pp. 850 y ss.

<sup>9</sup> Grossi, P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

<sup>10</sup> Conte, E., “Droit médiéval. Un débat historiographique italien”, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57, 2002, pp. 1593 y ss.

<sup>11</sup> Cortese, E., *Il diritto...*, *cit.*, nota 7, pp. 283-285.

<sup>12</sup> McKitterick, R., *The Carolingians and the Written Word*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 23-75.

disminuye, sino el sistema de publicidad de las leyes, que es sustituido por los miles de arroyos de una tradición de tipo privado.<sup>13</sup>

En este punto, por más que la imagen justiniana de una ley imperial omnipresente y uniformante haya venido a menos, la tarea de aprobar o rechazar las costumbres que se forman localmente está reservada, de cualquier modo, a la norma soberana: algo por demás evidente en la experiencia eclesiástica, que constituye el punto de referencia de la mentalidad medieval. Si bien no se recurre a la palabra *lex*, la Iglesia mantiene el papel preeminente de las normas promulgadas por la autoridad pontificia, a las que está reservado el poder de *adbrobare* las costumbres *bonae*, *rationabiles* o *secundum legem* y de rechazar aquellas *malae* o *pravae*. Éste es un papel fuertemente ponderado por la reforma gregoriana, que representa para Occidente una figura de legislador supremo claramente modelada sobre aquella de los emperadores de la antigüedad tardía.

#### IV. LA CIENCIA JURÍDICA MEDIEVAL

Favorecida por la exigencia de *auctoritas* del férvido ambiente gregoriano, la reaparición del texto justiniano constituyó la premisa de la reanudación de una reflexión culta sobre la norma legislativa. Las definiciones tradicionales de la ley, que circulaban gracias a la difusión de las obras de Cicerón y a los léxicos de Isidoro de Sevilla y Papiás, se referían desde hace siglos a la doble naturaleza de la ley, que obligaba a observar los preceptos que la naturaleza imponía como justos.<sup>14</sup> La doctrina jurídica medieval desarrolló este arranque, plasmando en la ley un contenido jurídico y una forma compulsiva, de tal manera que el derecho no era más que el contenido de la ley: “*ius est legis significatum*”.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Conte, E., “L’istituzione del testo giuridico tra XII e XIII secolo”, en *Tavolarotonda* 1, *Conversazioni di storia delle istituzioni politiche e giuridiche dell’Europa mediterranea*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 51-65.

<sup>14</sup> “*Lex est ratio insita nature que faciendae sunt iubet, que vero non prohibet*”, según una antigua glosa editada por Savigny, F. C. von, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, trad. de Bollati, Turín, Multigráfica, vol. 3, 1857.

<sup>15</sup> Así, en el siglo XII, Piacentino, citado en Cortese, E., *La norma giuridica. Spunti del diritto comune classico*, 2 vols., Milán, Giuffrè, 1962-1964, p. 34.

De esta distinción entre el derecho y la ley emanaba una imagen dualística de la norma, que por una parte era el producto de la *voluntas* calificada del príncipe, pero por otra debía ajustarse a criterios de racionalidad y equidad dictados por el ordenamiento, que oponía resistencia a la introducción de reglas contrarias al contenido general de sus materias. Se traslada aquí el problema —demasiado significativo— del *rescriptum contra ius*,<sup>16</sup> que conduciría a afrontar la teoría del *privilegium* más que aquella de la ley como norma general y abstracta.<sup>17</sup> La doctrina busca incesantemente la causa de las normas generales válidas para todos los súbditos, o sea, aquel principio de equidad que había movido la voluntad del legislador y lo había inducido a legislar. De cualquier modo, esta causa absorbe toda la autoridad compulsiva de la ley, induciendo al intérprete a extender la fuerza dispositiva en ámbitos demasiado lejanos de aquellos previstos por la letra de la ley, y, lo que es más, investidos del criterio de equidad que constituía su razón, que no era otra, en términos aristotélicos, que su *causa finalis*.

De este dualismo *causa-voluntas*, típico del pensamiento escolástico, se vuelve intérprete Tomás de Aquino, al formular su célebre definición de ley: “*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo, qui curam communitatis habet, promulgata*”,<sup>18</sup> en la que se revela el contenido racional y equitativo de la norma y su emanación de la autoridad legislativa. El mismo Tomás de Aquino, además, habría dividido la fuerza de ley en dos aspectos que representaban el mismo dualismo: por una parte su *vis coactiva*, conferida por la autoridad pública que la promulga y que la hace obligatoria a través de la sanción y, por la otra, su *vis directiva*, ínsita en el objetivo del legislador y obligatoria en virtud de su íntima racionalidad. El vulgarismo *directum*, que da lugar al italiano *diritto*, muestra su aproximación a la idea tomista de un contenido racional de la ley que orienta la fuerza dispositiva provista por el poder soberano.

<sup>16</sup> Cfr. sobre todo *ibidem*, pp. 44 y ss.

<sup>17</sup> Dölemeyer, B. y Mohnhaupt, H. (ed.), *Das Privileg im europäischen Vergleich*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1997-1998 (Ius Commune Sonderhefte, 93, 125).

<sup>18</sup> Tomás de Aquino, el pasaje se toma de su *Summa Theologiae*, p. 90, artículo 4, en *id.*, *Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P. M. edita*, ts. 6 y 7: *Prima secundae Summae theologiae*, Romae, Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda FIDE, 1891-1892.

Cargada de gran importancia para la construcción de la *res publica*, la ley se convierte en un excelente instrumento de gobierno para los sujetos políticos emergentes de la fecunda renovación del bajo medievo. Soberanos territoriales, ciudades autónomas y organismos corporativos de todo género se dedicaron a legislar, dando vida a aquello que se llamó eficazmente *Drang zur Kodifikation*.<sup>19</sup> Como producto excelente de la autoridad soberana, la ley era considerada también un complejo ordinal idóneo para justificar la soberanía misma: el rey *pater et filius iustitiae* descrito por Federico II, era al mismo tiempo legislador supremo y primer destinatario de la ley.<sup>20</sup> Surge así, en la práctica de gobierno y en la ciencia jurídico-política, la distinción entre norma de ley y norma de rango superior, a la que el mismo rey no podía más que someterse, aun cuando esto fuera —al menos según las más antiguas teorías— *ex voluntate propria*.

No podemos olvidar el papel que en este periodo desarrolló la Iglesia, que entre el final del siglo XII y 1234 fue sin duda el legislador más innovador del continente y el primero que retomó el sueño de la antigüedad tardía de una codificación orgánica promulgada por el soberano como complejo racional y sistemático. No obstante las fuertes tendencias hierocráticas y el obstaculizado poder del papa en la segunda mitad del siglo, incluso un legislador como Bonifacio VIII no pudo renunciar al planteamiento dualístico que requería de la ley los requisitos de la *iusta causa* y de la *certa scientia* que condicionaban su validez.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Después del clásico de Gagnér, S., *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg, Almqvist & Wiksell, 1960, pp. 288 y ss.; *cf.* ahora Wolf, A., *Gesetzgebung in Europa. 1100-1500. Zur Entstehung der Territorialstaaten*, Munich, Beck, 1996.

<sup>20</sup> La célebre fórmula que define al legislador “padre e hijo de la justicia”, debida probablemente a Pier delle Vigne y codificada en las *Constitutiones Regni Siciliae* de Federico II, y magistralmente debatida por Kantorovicz, E., *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 1957, pp. 98-101.

<sup>21</sup> Condorelli, O., “‘Quum sint facti et in facto consistant’. Note su consuetudini e statuti in margine a una costituzione de Bonifacio VIII (Licet Romanus Pontifex, VI. 1.2.1)”, *Riv. Intern. di Dir. Comune* 10, 1999, pp. 205-295; Conte, E., “La bolla Unam sanctam e i fondamenti del potere papale fra diritto e teologia”, en *Mél. de l'Ecole Française de Rome*, 113, 2001, pp. 663-684.

## V. LA LEY EN EL ESTADO MODERNO

Mientras la doctrina filosófico-política —de Santo Tomás y después, con tonos diversos, de Duns Scott y Ockham— revela la eficacia de la voluntad del individuo y forja la idea de la positividad del derecho que es promulgado por la voluntad soberana,<sup>22</sup> en Francia, Castilla, el Reino de Sicilia e Inglaterra se constituyen monarquías nacionales destinadas a ocupar la escena de la edad moderna. En modos y tiempos diversos, estos reinos confieren mayor fuerza a la fuente legislativa, algunas veces porque ésta lleva a cabo inmediatamente la voluntad ordenadora del soberano, otras porque se puede tomar a la ley como la fuente capaz de controlar el poder del rey, equiparado en todo al *princeps legibus solutus*.<sup>23</sup> En Inglaterra, en particular, la máxima que se remonta a Bracton “*lex facit regem*”, da las premisas para desarrollos peculiares del equilibrio entre absolutismo y legalidad en la edad moderna, en cuyo interior se encuadra también la original propuesta de positivismo de Thomas Hobbes.

En Francia, a partir del siglo XVI, una doctrina jurídica particularmente sensible a las necesidades de centralización propuestas por la monarquía, comienza a teorizar la necesidad de intensificar la producción de leyes reales que cumplan la función de unificar y racionalizar el derecho nacional. A este énfasis del papel de la ley, contribuye el éxito de la jurisprudencia del *mos gallicus* que, a través del estudio filológico y anticuario del derecho romano, le había dado la historicidad: producto de su tiempo, el derecho justiniano bien hubiera podido ser tomado, en parte, a favor de un nuevo sistema promulgado por el rey. La doctrina francesa logra de esta forma sugerir al soberano promulgar una nueva compilación de leyes para Francia,

<sup>22</sup> Bastit, M., *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, París, Presses Universitaires de France, 1990, que retoma el trabajo clásico de Villey, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, París, Montchretien, 1975 (trad. de Milano, Jaca Book, 1986).

<sup>23</sup> El uso del instrumento legislativo en la formación de las monarquías europeas se estudia con perspectiva comparada en la serie de ensayos *Colendo iustitiam et iura condendo... Federico II legislatore del Regno di Sicilia nell'Europa del Duecento. Per una storia comparata delle codificazioni europee*, Roma, Atti conv. Messina, 1995 (ed. De Luca, 1997), pp. 323-514.

que hubiera podido responder a los problemas de la nación en mayor medida que el antiguo derecho romano.

Esta política legislativa abiertamente positivista se concretó, en 1579, con la *ordonnance* en la que Enrique III dispuso la compilación de un conjunto de normas reales que dio orden y sistematicidad al cúmulo de leyes y costumbres que gobernaban el reino. El código fue creado por el jurista Bernabé Brisson y aprobado por el rey en 1587, pero no fue nunca promulgado por el surgimiento de dificultades políticas. Es más, el episodio demuestra cómo la construcción del Estado francés se caracterizó desde sus inicios por la convicción de que la ley fuera instrumento primario en las manos del poder real, y también muestra cómo se confió al rey la tarea de hacer de Francia una nación unida en el plano jurídico y jurisdiccional.<sup>24</sup>

Es sugerente además observar que a los mismos años de Enrique III se remonta una de las primeras distinciones brillantes entre la ley “ordinaria”, que el rey puede promulgar o cambiar a su parecer en interés de la nación, y la ley “fundamental”, la *ordonnance du royaume* inviolable, que es garantía de la subsistencia misma de la corona y no puede ser cambiada ni siquiera por el rey. Sostenida por el presidente del *Parlament* de París en 1586, esta doctrina marca el principio de una lucha secular entre el rey y el parlamento en Francia.<sup>25</sup>

Si el parlamento asumió la tarea de oponer un dique al peligro de un excesivo poder del legislador soberano, éste terminó también por representar los consolidados intereses de las clases dominantes. La ley soberana fue entonces el instrumento principal al que apelaron los ilustrados para lograr las reformas sociales y jurídicas que consideraban indispensables. No existía obra alguna de los doctos reformadores del siglo XVI que no reconstruyera el sistema jurídico en torno a una racionalización producida por vía legislativa y no había soberano ilustrado que, de Prusia a Austria y hasta Francia, no hubiera seguido, entre miles de resistencias, un programa de reforma de las leyes patrias en nombre de la simplificación y del orden racional. Baste re-

<sup>24</sup> Con relación al desarrollo de la edad moderna, propone una síntesis riquísima y documentada Birocchi, I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Turín, Giappichelli, 2002, pp. 105-114.

<sup>25</sup> Sobre la legislación francesa, véase Oliver-Martin, F., *Les lois du Roi*, París, Editions Loysel, 1988 (1a. ed. 1947), pp. 4-6.

cordar, a propósito, el ejemplo emblemático de Federico II de Prusia, que reunía las figuras del intelectual reformista y del soberano reformador, quien justamente redactó una *Dissertation sur le raisons d'établir ou abroger les lois* y encargó a Samuel Cocceji crear un código de derecho privado que nunca fue promulgado.<sup>26</sup>

## VI. DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA AL ESTADO LIBERAL

La centralidad absoluta de la ley en el sistema jurídico que surgió por la gran revolución de 1789, se proclamó claramente en las tres declaraciones de derechos del '89, '93 y '95, en las que la ley parece revestir de verdad un papel de protagonista, que ofusca al del ciudadano titular de derechos. Aun cuando no se compartan las interpretaciones continuistas que ven en la supremacía de la ley la prosecución de un espíritu monárquico más allá del abatimiento de la monarquía, se debe admitir que el espíritu revolucionario quiso confiar a la ley la tarea de renovar profundamente el sistema de derecho vigente en Francia. Tómese como ejemplo la Declaración de 1789: la ley es expresión de la voluntad popular y es igual para todos (artículo 6o.), única fuente de determinación de los delitos y de sus relativas penas (artículos 7o. y 8o.) es la única fuente que puede determinar los límites de la libertad individual, de otra forma inviolables (artículo 4o.); y también instrumento de garantía contra los abusos de los funcionarios públicos (artículo 9o.) y medida del orden público (artículos 10o. y 11o.). La ilustrada división de poderes, que la revolución se encargaba de fijar, se concretó con el prevalecer evidente del legislativo, escasamente balanceado por el judicial y el ejecutivo: la reserva de ley sanciona esta primacía al nivel de la producción de las normas. La intangibilidad de la fuente legislativa está tutelada posteriormente por la fundación del Tribunal de Casación, que garantiza el predominio de la ley sobre la sentencia [Halpérin],<sup>27</sup> y por la introducción del *référé législatif*, que impone recurrir al legislador inclusive en el mo-

<sup>26</sup> Birocchi, *op. cit.*, nota 24, p. 465.

<sup>27</sup> Sobre el papel de la casación y la función central de los parlamentos: Halpérin, J. L., *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, París, Pichon-Durand-Auzias, 1987.

mento de la interpretación.<sup>28</sup> Incluso la *égalité* de los ciudadanos está garantizada por la ley que adquiere, con la revolución, los caracteres de uniformidad y generalidad, diferenciándose así de otros actos de gobierno que tienen por objeto a los ciudadanos considerados individualmente o a grupos de ellos.

El predominio de la ley en el ordenamiento se manifiesta también a través de las sorprendentes innovaciones de la revolución: en pocos meses la ley cambia el calendario, elimina el clero, transforma el matrimonio, la familia, la filiación, la sucesión y la propiedad; ni siquiera las materias más íntimamente ligadas a las tradiciones populares se sustraen a su poder.<sup>29</sup>

La codificación napoleónica volvió a encausar muchas de estas materias al seno de la tradición. Pero lo hace, una vez más, por medio de la fuerza de la ley, que convertía en un código de derecho privado para imponerse, con la razón o con las armas, a Europa entera.

En toda Europa, desde los primeros años del siglo XIX, el poder de los parlamentos legisladores se incrementa visiblemente:<sup>30</sup> surge así aquella tendencia sobre la división de poderes que se había expresado en el siglo XVIII, a través de la admiración por la Constitución inglesa. De hecho, es al ilustrado francés Jean Louis de Lolme al cual Albert Venn Dicey atribuye la célebre fórmula “el parlamento puede hacer todo, incluso transformar un hombre en mujer y viceversa”.<sup>31</sup>

La reacción a esta expansión de la ley vino, como puede advertirse, de la cultura jurídica alemana, que a lo largo del siglo XIX propuso la primacía de la propia tradición histórica nacional sobre el ra-

<sup>28</sup> Birocchi, *op. cit.*, nota 24, p. 547, y ahora Alvazzi del Frate, P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Turín, Giappichelli, 2005.

<sup>29</sup> Sobre la legislación revolucionaria en materia de clero, familia y calendario, *cf.* Szramkiewicz, R. y Bouineau, J., *Histoire des institutions (1750-1914)*, 2a. ed., París, Litec, 1992 pp. 173-219; para el derecho privado *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, París, PUF, 1988, 2 vols.

<sup>30</sup> Halperin, J. L., *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, París, Flammarion, 2004.

<sup>31</sup> Dicey, A. V., *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Londres, Elibron Classic series, Adamant Media Corporation (facsimilar de la ed. publ. en 1902), pp. 39-43. En las primeras ediciones de Lolme, J. L. de, *Constitution de L'Angleterre ou état du gouvernement anglais...*, Amsterdam, van Harrevelt, 1771; después de 1778, la expresión no se encuentra.

cionalismo legislativo. El complejo mundo doctrinal alemán, dominado por la escuela histórica, sugirió entonces una ley demasiado reestructurada respecto al modelo napoleónico, quitándole, sobre todo, el derecho privado al poder del legislador. La misma doctrina, auténtica intérprete del sentir del pueblo, se atribuía la tarea de esbozar el ordenamiento privatístico.<sup>32</sup>

Si bien estas tendencias destinadas a cambiar el papel de la ley llegan también a Francia entre los siglos XVII y XVIII, no se puede decir que en Alemania hayan triunfado indiscutiblemente; es más, los caracteres del derecho nacional eran debatidos sobre todo entre las diversas corrientes de la doctrina. De hecho, la célebre afirmación de J. H. von Kirchmann “tres palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir una biblioteca en basura”<sup>33</sup> se da en 1847, en pleno auge de la escuela histórica. Inclusive Alemania, a pesar de encontrarse entre mil discusiones, comenzaba a confiar a la ley su derecho privado.

Por otra parte, la crítica al legicentrismo de cuño francés conduce a la reflexión publicista alemana a establecer las premisas para la doctrina schmittiana de la supremacía de lo político sobre el Estado de derecho, y de la superación de la división de poderes que se llevó a cabo a través del triunfo del “*Führergrundsatz*”.<sup>34</sup> De esta forma, la norma sancionada por la autoridad legislativa no sería más la garantía del orden constituido, sino el poder mismo del pueblo y de su representante directo, que en las experiencias totalitarias termina por acallar a la asamblea legislativa nacional.

## VII. LA LEY EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

Después del sustancial vacío de la función legislativa parlamentaria en época fascista, culminado con el cierre de la Cámara de Diputados y su sustitución con la *Camera dei fasci e delle corporazioni* (ley 129 de 1939), la Constitución republicana recupera fuertemente —tam-

<sup>32</sup> Marini, G., *La polemica sulla codificazione*, Napoli, ESI, 1982.

<sup>33</sup> Kirchmann, Julios von, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, reed. por Manutius Verlag, Heidelberg, 2000.

<sup>34</sup> Schmitt, C., *I tre tipi di scienza giuridica*, cuid. de ed. de G. Stella, Turín, Giappichelli, 2002 (trad. al italiano de dos textos de 1934), en particular, p. 68.

bién como reacción al modelo fascista— la centralidad de la ley en el sistema de las fuentes, adoptando la idea de la *loi, expression de la volonté générale*,<sup>35</sup> que se corrobora en el artículo 1o. de las disposiciones preliminares.

La centralidad de la ley en la estructura constitucional<sup>36</sup> emerge de la atribución general e ilimitada de potestad legislativa al parlamento (artículo 70 constitucional: “La función legislativa se ejerce conjuntamente por las dos cámaras”), del recurso constante de remisión a la ley y, sobre todo, de la constelación de reservas de ley, mediante las cuales se atribuye la regulación de determinadas materias sólo a la ley, quitándolas de la regulación de otras fuentes, en nombre del respeto al principio democrático fundado en la representatividad parlamentaria.

Sin embargo, se trata de una centralidad sólo aparente en cuanto —como bien se puede ver— en la Constitución “la figura de la ley perdió su anterior posición de supremacía absoluta”,<sup>37</sup> viniendo a menos la tradicional prohibición de control y la insusceptibilidad de ser modificada por otros órganos respecto al parlamento. La Constitución, de hecho, por un lado previó el control de constitucionalidad, que implica la posibilidad de que la ley sea fiscalizada en su contenido y anulada por un órgano (no directamente representativo) como la Corte constitucional; y por el otro, instituyó el referéndum abrogativo, que permite al pueblo expresar su opinión sobre la permanencia en vigor de un acto legislativo.

Pero hay más. En la misma Constitución están presentes tres claros síntomas de la “relativización del principio de tipicidad de la forma y fuerza de ley”<sup>38</sup> y de la consecuente “crisis” de la ley.

<sup>35</sup> Según el título del notable trabajo de Carré de Malberg, R., *La loi expression de la volonté générale*, París, Sirey, 1931.

<sup>36</sup> Para todos, Paladin, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bolonia, Il Mulino, 1996, pp. 89 y ss. y 175.

<sup>37</sup> En este sentido, Mortati, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 10a. ed., Padua, Cedam, 1991, vol. I, pp. 341 y ss.

<sup>38</sup> Zagrebelsky, G., *Manuale di diritto costituzionale, I) Il sistema delle fonti del diritto*, Turín, Utet, 1990, pp. 63 y ss., y 53 y ss. Con especial atención a los problemas de las reservas de ley, véase Fois, S., *La “riserva di legge”. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milán, 1963.

En primer lugar, la Constitución confirma la división entre ley en sentido formal y ley en sentido material. Una vez superados los intentos doctrinales por conservar la unidad funcional de la ley,<sup>39</sup> es la misma carta la que admite abiertamente que la ley ordinaria pueda contener no sólo normas generales y abstractas, sino también disposiciones concretas o de diversa naturaleza: piénsese en la atribución a la ley de funciones aprobatorias o de control [ley de aprobación del presupuesto (artículo 81 constitucional) y leyes de autorización para la ratificación de los tratados internacionales (artículo 80 constitucional)] o en la previsión explícita de leyes con contenido dispositivo [leyes de expropiación contempladas en el artículo 43 constitucional].

En segundo lugar, la Constitución designa con el término “ley” tres categorías diversas de actos normativos, cada una de las cuales está calificada y diferenciada con un adjetivo: ley ordinaria (o de forma más simple ley: artículos 70 y ss.), ley constitucional (artículo 138) y ley regional (artículos 117 y 121 constitucionales).<sup>40</sup> Además, la misma Constitución prevé una serie de leyes con una forma especial y/o con peculiar fuerza (por ejemplo, artículos 8, 79 y 131 constitucionales), no plenamente fungibles con la ley ordinaria.

En tercer lugar, la Constitución asigna a otros actos legislativos la misma idoneidad normativa de la ley, asimilándolos a ésta en razón de la fuerza (o valor) de ley (se trata, obviamente, del decreto-ley y del decreto legislativo).

De estos síntomas derivan dos ámbitos de la “crisis” de la ley: su naturaleza no sólo normativa que implica también la multiplicidad de tipos de leyes y la multiplicación de los actos con fuerza de ley (esto es, la pérdida por parte de la ley del monopolio de la primacía entre las fuentes).

### VIII. LA CRISIS DE LA LEY

Ya antes de la Constitución republicana se comenzó a hablar de la crisis de la ley, fenómeno al que Francesco Carnelutti atribuía como

<sup>39</sup> Esposito, C., *op. cit.*, nota 2, p. 721.

<sup>40</sup> *Cfr.* Sandulli, A. M., “Legge (diritto costituzionale)”, *NNDI*, Turín, Utet, 1957, t. IX, pp. 630 y ss.

causas la multiplicación de relaciones, de conflictos y de necesidades, su devaluación cualitativa, de la que derivan incertidumbre y desafección, y la falta de idoneidad de los hombres llamados a legislar.<sup>41</sup>

En las últimas décadas, para responder a los impulsos múltiples, variados y sectoriales de una sociedad intrínsecamente diversificada y en impetuoso crecimiento, la regulación legislativa o, más en general, la regulación, resultó siempre más desordenada, abundante, y, por tanto, excesiva.

En este sentido, no se habla más solamente de “crisis de la ley”, sino también de “ley de la crisis”, *como problema*, del ser y deber ser de la ley, esto es, de la norma que puede orillar a la sociedad al desorden y crecimiento conflictivo (“crisis”) por la desagregación a una recomposición racional o razonable. Pero —más allá de los presagios— *la ley de la crisis* es, en el estado en que se encuentran las cosas, *también ley en crisis*. Aquí está el hilo sutil, y sin embargo indestructible, que liga la crisis de la ley de la sociedad liberal burguesa (a esta altura irreversible) a la crisis de la ley de la sociedad actual intrínsecamente diversificada, con varias categorías y ultranacional. Y una crisis así se muestra bajo diversos aspectos y perfiles.<sup>42</sup>

En extrema síntesis, podemos decir que se presentan dos situaciones: *a)* La pérdida de la función sólo normativa de la ley, con la propagación de varias clases de leyes, y *b)* la multiplicación de las clases de actos primarios y, consecuentemente, la pérdida de la centralidad de la ley.

a) La ley ha perdido —a esta altura definitivamente— el *papel de guía del sistema*, que tradicionalmente le correspondía como fuente primaria por excelencia.

Inmediatamente después de la Segunda Guerra, De Visscher<sup>43</sup> observaba:

<sup>41</sup> Carnelutti, F., “La crisis de la ley”, *Riv. dir. pubbl.*, 1930, pp. 424 y ss.

<sup>42</sup> Permítasenos referirnos a Modugno, F. *et al.*, “Considerazioni sulla crisi della legge”, en varios autores, *S. parl. pol. cost.*, 1999, pp. 7 y ss., 125 y 126.

<sup>43</sup> Visscher, P. de, *Les nouvelles tendances de la Démocratie anglaise. L'expérience des pouvoirs spéciaux et des pleins pouvoirs*, París, Casterman, 1947, pp. 191 y ss. (el pasaje es reportado en lengua italiana por Cheli, E., “L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali”, *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1959, pp. 512 y ss.

Es por el hecho de que la atribución del papel natural del Estado, especialmente en materia económica y social, evoluciona rápidamente, que el principio del monopolio legislativo del parlamento fue abandonado. Este monopolio era, en efecto, de fácil actuación en el siglo XIX, cuando el Estado liberal se negaba a intervenir en la regulación de la economía nacional, que era abandonada a su suerte en el juego libre de las fuerzas en competencia. Bajo el dominio de esta concesión del Estado, las leyes son, necesariamente, escasas y generales y las asambleas parlamentarias pueden fácilmente, con el fin de limitar la influencia del ejecutivo, pretender ejercitar por sí solas esta función esencial. Por el contrario, el día en el que el Estado reconoce que el liberalismo económico trae aparejadas fatalmente la injusticia social y la crisis, asumió como propia la tarea de buscar el bienestar económico de la nación como elemento del bien público temporal del que tenía la custodia. Desde ese día, las leyes son, al mismo tiempo, más numerosas y más técnicas, al punto que la capacidad de trabajo de las asambleas no tarda en ser superada y que éstas deben apelar al apoyo del ejecutivo y de su aparato administrativo.

Esto se deduce no sólo por el aumento de las situaciones en que la ley formal ordinaria se “pierde” en la regulación de casos marginales y secundarios,<sup>44</sup> sino también —y sobre todo— por el apoyo (y sustitución) conseguido por otros actos primarios, como apuntaremos en seguida.

La ley perdió al mismo tiempo su función exquisitamente reguladora como norma general y abstracta, y su eficacia *erga omnes*.<sup>45</sup>

El cúmulo de tareas asignadas a la ley parlamentaria conllevó una paradójica “clasificación” de la misma ley formal,<sup>46</sup> que se diferencia y se tipifica en *leyes-reglamentarias* (que regulan circunstancias caracterizadas por la concreción de la situación y por la determinación de los destinatarios; por ejemplo, artículo 43 constitucional); *leyes meramente formales* (en que la ley contiene el ejercicio de un poder diverso eminentemente *de control*, en cuanto tiene como fin dar eficacia a otros actos; por ejemplo, artículos 80 y 81 constitucionales); *leyes reforzadas*

<sup>44</sup> Sobre la difusión de las llamadas *leyes secundarias*, *cfr.* Modugno *et al.*, *op. cit.*, nota 42, pp. 30 y ss.

<sup>45</sup> Según la concepción clásica, véase Romano, Santi, “Osservazioni sulla efficacia della legge”, *Riv. it. sc. giur.*, 1947, pp. 64 y ss.

<sup>46</sup> *Cfr.* Zagrebelsky, G., *op. cit.*, nota 38, pp. 156 y ss.

(que presentan variantes de procedimiento o de forma, requiriéndose para su validez supuestos particulares o condiciones; por ejemplo, artículos 79, 131 y ss. constitucionales); *leyes atípicas* (con definiciones que inciden en el contenido; por ejemplo, artículo 10 constitucional y artículo 75 constitucional); *leyes de interpretación auténtica* (enfocadas no a crear nuevo derecho, sino a interpretar de manera vinculante y retroactiva disposiciones preexistentes); *leyes de “equilibrio”* (que buscan conferir estabilidad definitiva a relaciones y a situaciones jurídicas precarias, por ejemplo, regular las relaciones jurídicas surgidas sobre la base de decretos-ley no convertidos); *leyes-contrato* (que acogen pactos entre el Estado y los ciudadanos invirtiendo el carácter de heteronomía e imperatividad); *leyes de programación e incentivo* (dirigidas a establecer objetivos, generales o sectoriales, y a favorecerlos a través de ciertas facilidades); *leyes fiscales* (que constituyen los instrumentos con los que el Estado establece sus ingresos y sus gastos, entre las cuales destaca la ley financiera y las leyes a ella ligadas, ejemplos de verdaderas regulaciones *omnibus* anuales); *leyes especiales o de sector* (que dan vida a una serie de micro-sistemas de normas en virtud de su lenta consolidación); *leyes de principio y leyes cuadro* (que se limitan a establecer los criterios con los que otros sujetos deberán llegar a la reglamentación); *leyes procesales* (que organizan procedimientos complejos en los que están implicados diversos sujetos sociales y públicos; piénsese, por ejemplo, en el artículo 11 de la ley 241 de 1990);\* *leyes periódicas especializadas* (surgidas recientemente sobre el modelo de la ley financiera anual, para “poner el dedo” sobre un determinado sector y programar las intervenciones sucesivas: piénsese en los casos de la *ley comunitaria* y de la *ley de simplificación*, instituidas respectivamente por la ley número 86 de 1989 [ahora ley número 11 de 2005]\*\* y por el artículo 20 de la ley 59 de 1997).\*\*\*

\* Nuevas reglas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos (*N. del T.*).

\*\* Reglas generales sobre la participación de Italia en el proceso normativo de la Unión Europea y sobre los procedimientos de ejecución de las obligaciones comunitarias (*N. del T.*).

\*\*\* Facultades del gobierno para atribuir funciones y tareas a las regiones y entes locales, para la reforma de la administración pública y para la simplificación administrativa (*N. del T.*).

b) Quizá el síntoma más evidente de la crisis surge por el hecho de que la ley ha perdido su preeminencia cuantitativa y cualitativa.

A través de los años, se ha difundido la convicción de que “la ley perdió, quizás para siempre, el papel tradicional de sostén del sistema de fuentes”<sup>47</sup> a través de un progresivo “cercamiento por todos lados”, por lo que ésta “no es más ni siquiera el acto normativo primario por excelencia”<sup>48</sup> sino más bien una “fuente... con competencia residual”.<sup>49</sup>

Desde la mitad de los años noventa del siglo pasado, la ley estuvo relegada por las fuentes primarias de origen gubernativo (decretos-ley y decretos legislativos), tanto en clave numérica como en importancia de contenidos.<sup>50</sup>

Todo esto se agrava por la siempre *creciente de-parlamentarización de la producción primaria*: piénsese por ejemplo, sin alguna pretensión de exhaustividad, en los reglamentos de los órganos constitucionales; en el referéndum abrogativo, sobre todo en sus más recientes formas (difusión e incidencia manipuladora); en las fuentes comunitarias (de las que se ha reconocido la idoneidad para derogar a las mismas normas de rango constitucional, salvo en lo concerniente a los principios supremos); en los contratos colectivos de trabajo; en los acuerdos y en los pactos con las confesiones religiosas; en las fuentes locales (leyes regionales, estatutos o reglamentos provinciales y comunales), y en los reglamentos de otras autoridades (con competencia a menudo sustancialmente reservadas como Banco de Italia, Consob, Antitrust, garantes varios, autoridades administrativas independientes, etcétera). Todos éstos son actos que inciden en el sistema con ámbitos de regulación concurrente, y generalmente sobre la ley formal ordinaria (tómese en cuenta, por ejemplo, la fuerza de las fuentes comunitarias directamente aplicables).

<sup>47</sup> Ruggeri, A., *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milán, Giuffrè, 1977, p. 60.

<sup>48</sup> Modugno, F. y Nocilla, D., “Crisi della legge e sistema delle fonti”, *Dir. soc.*, 1989, p. 424.

<sup>49</sup> Sorrentino, F., *Le fonti del diritto*, 3a. ed., Génova, Ecig, 1999, pp. 44 y ss.

<sup>50</sup> *Cfr.* los datos en Modugno, F. *et al.*, *op. cit.*, nota 42, pp. 32 y ss.

Este perfil ha encontrado su explicación formal en la ley constitucional número 3 de 2001,<sup>51</sup> que ha modificado las relaciones entre el Estado y las regiones, asignando a estas últimas una competencia legislativa general y residual (artículo 117 constitucional, segundo y tercer párrafos).

Al mismo tiempo, las grandes reformas siempre se dan más raramente a través de leyes. Son el decreto-ley y sobre todo la delegación legislativa los actos que se convierten en el instrumento que se prefiere para llevar a cabo reformas estructurales de interés estratégico, como puntualmente sucede en materia tributaria, en el proceso de reforma de la administración pública, en el reordenamiento de profesiones, cuando se acogen actos comunitarios (véase la *Ley comunitaria*) y en los intentos de creación de textos únicos y códigos de sector (confróntese, por ejemplo, la ley número 229 del 2003).<sup>52</sup> Esta última circunstancia es demasiado emblemática: ¡el “eterno pero vano sueño” de la codificación, aunque sólo sectorial por el momento, se persigue mediante decretos legislativos y no más mediante leyes formales!

## IX. CONCLUSIONES

De cualquier modo, a pesar del menosprecio de la ley —aun cuando, al menos por tradición, “el italiano permanece como un ordenamiento de base legal”—<sup>53</sup> ésta, si bien ya no es más la fuente suprema, “permanece de cualquier forma al centro del sistema de fuentes porque es fundamentalmente respecto a ella que puede determinarse la posición” de todas las demás fuentes.<sup>54</sup>

Un síntoma evidente de este valor evocador de la ley como fuente y de su *nomen* lo tomamos del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. En él (artículos I-33 y ss.), incluso dejando sin cambios la tipología de las fuentes (y los relativos

<sup>51</sup> Reformas al título V de la parte segunda de la Constitución, referentes a las regiones, las provincias y las comunidades en Italia.

<sup>52</sup> Disposiciones en materia de calidad de la regulación, reajuste normativo y codificación.

<sup>53</sup> Paladin, L., *op. cit.*, nota 36, p. 175.

<sup>54</sup> Pizzorusso, A., “Le fonti del diritto italiano 1) Le fonti scritte”, en Sacco, R. (dir.), *Tratado di diritto civile*, Turín, Utet, 1998, pp. 89 y ss.

problemas de *déficit democrático*) según lo previsto en el artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea, se modifica el *nomen juris* de “reglamento” y “directiva” en “ley europea” y “ley cuadro europea”.

Esto es un intento evidente por fijar un ordenamiento nuevo y en transformación en conceptos clásicos y tradicionales, en el entendido de que el valor y la importancia de los conceptos jurídicos de carácter tradicional ayudan de manera decisiva en el proceso para la conservación de la fe sobre fenómenos jurídicos nuevos.<sup>55</sup>

Así se explica finalmente por qué un ordenamiento como el comunitario, aún sin poder utilizar las categorías clásicas del derecho constitucional de los Estados nacionales, de cualquier forma usa los *nomena*, incluso en acepciones aplicativas de cualquier forma diversas.

Esto es lo que sucede con los términos “constitución”, “ciudadanía” y precisamente con “ley”. La recuperación, al menos nominalista, de la “ley” en la modelada Constitución europea, por un lado nos hace entender cuánto vale aún esta “etiqueta” en nuestra cultura jurídica; pero, por otro lado, confirma el inevitable menosprecio emergente del hecho de que no tenemos más una única y sola “ley” como tal, sino toda una serie de actos normativos llamados “ley” por su relevancia, acompañados además de oportunos adjetivos o complementos de especificación que precisan su sentido (por ejemplo, ley constitucional, ley estatal, ley regional, ley provincial o ley europea): en nuestros días, la ley no es más “la” fuente, sino sobre todo el *nomen* que indica una fuente de importancia primaria.

<sup>55</sup> *Cfr.* al respecto, las brillantes observaciones de Salerno, G. M., “Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano”, en varios autores, *Scritti in onore di G. Ferrara*, Turín, Giappichelli, 2005.