

CAPÍTULO TERCERO

LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Giampaolo PARODI

SUMARIO: I. *La Constitución, las leyes de revisión constitucional y las otras leyes constitucionales.* II. *Las fuentes internacionales y comunitarias.* III. *Las leyes ordinarias.* IV. *Los actos del gobierno con fuerza de ley.* V. *Las fuentes reglamentarias estatales.* VI. *Las fuentes regionales y locales (reenvío).* VII. *La publicación de las fuentes-acto.* VIII. *Las fuentes-hecho.* IX. *Bibliografía.*

I. LA CONSTITUCIÓN, LAS LEYES DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL Y LAS OTRAS LEYES CONSTITUCIONALES

El sistema de las fuentes del derecho interno italiano —o mejor dicho, el sistema de fuentes aplicables a nuestro ordenamiento, en todo caso reguladas por las normas en materia de producción jurídica (o, más ampliamente, de producción de las fuentes)— ha conocido, con la entrada en vigor de la Constitución y, sucesivamente, con el transcurso de la evolución del ordenamiento republicano, procesos de complicación y articulación más o menos graduales.

Esto se debe ya sea al impulso hacia abajo, en dirección de una descentralización de funciones legislativas y reglamentarias cada vez más extendida a favor del nivel regional y (con relación a las segundas) local, así como al impulso hacia arriba, con relación a la siempre más estrecha integración europea y por la apertura de nuestro ordenamiento a las normas internacionales, como resulta no solamente de los artículos 10 y 11, sino también del primer apartado del artículo 117 de la Constitución como sido modificado por la Ley constitucional 3 de 2001, el cual regula los límites a la legislación, estableciendo que “la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por las Regiones en el respeto de la Constitución, así como las

obligaciones que derivan del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales”.

La Constitución italiana —para comenzar con la fuente fundamental que constituye el vértice en la jerarquía de las fuentes— no está acompañada por un preámbulo, a diferencia de algunas importantes Constituciones contemporáneas, cuyos preámbulos, más o menos amplios, están muchas veces llenos de enunciaciones solemnes sobre los fines del Estado y los valores tutelados, cuya eficacia, tradicionalmente objeto de vivaces disputas doctrinales, es diferente en los varios ordenamientos.

En la jurisprudencia italiana de los primeros años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución se había cuestionado la naturaleza vinculante de las normas programáticas en ellas contenidas, así como en muchas otras cartas constitucionales de Europa continental a ella contemporáneas o sucesivas.

Después de una orientación inicial de la jurisprudencia de casación dirigida a teorizar la distinción entre disposiciones constitucionales preceptivas y disposiciones constitucionales (meramente) programáticas, la Corte Constitucional, a partir de su primera pronunciación, ha aclarado que:

la conocida distinción entre normas preceptivas y normas programáticas puede ser más bien determinante para decidir la abrogación o menos de una Ley, pero no es decisiva en los juicios sobre legitimidad constitucional, pudiendo, en determinados casos, la ilegitimidad constitucional de una Ley derivar, también por no ser conciliable, con normas que se dicen programáticas, tanto más que en esta categoría quieren ser comprendidas normas constitucionales de diferente contenido: de aquellas que se limitan a trazar programas genéricos de futura e incierta actuación, porque están subordinadas a la verificación de situaciones que la permitan, a normas que no obligan inmediatamente al Legislador; existen también normas las cuales fijan principios fundamentales, que también ellos se reflejan sobre la completa legislación (Corte constitucional, sent. 1/1956).

Se trata de un enfoque anticipado en la sustancia de la doctrina más atenta a la fisonomía del nuevo sistema constitucional de las fuentes del derecho (Crisafulli), que había aproximado las disposiciones constitucionales programáticas a las normas de principio, afirmando la eficacia obligatoria de ambas no obstante las diferencias intercurrentes entre las primeras, prioritariamente dirigidas al legislador, y que tienen por objeto disposiciones legislativas; y las segundas, dirigidas también a los órganos de la aplicación, en cuanto idóneas a proporcionar una disciplina, aunque indeterminada, de los casos concretos, sin la necesidad de una intervención legislativa.

Si bien requieren la *interpositio legislatoris* para su plena actuación, las disposiciones constitucionales programáticas absuelven una función de orientación de la actividad interpretativa y, sobre todo, son susceptibles de aplicabilidad inmediata como “límites negativos”, cuya violación por obra de disposiciones legislativas incompatibles determina la inconstitucionalidad de estas últimas. Se trata, por lo tanto, de violaciones sancionables a través del control de constitucionalidad, con la anulación de la ley incompatible con el “programa constitucional” (aunque diferente y más problemática es la carente actuación de la disposición constitucional como consecuencia de la inercia del Legislador).

La rigidez de la Constitución republicana se deduce de los artículos 134, 136 y 138. Como fuente suprema del ordenamiento, destinada a obligar a todos los poderes del Estado, incluso al Legislativo, la Constitución no puede, sin perder su función, ser modificada a través del ejercicio de la función legislativa ordinaria. Cuando, como en nuestro sistema (artículo 138 const.), el poder de revisión viene ejercido siguiendo un procedimiento agravado, se razona de ordenamiento a Constitución rígida, en contraposición a los ordenamientos con Constitución flexible, en los cuales, en cambio, el documento constitucional puede ser modificado a través del procedimiento legislativo ordinario. Era considerado flexible el Estatuto albertino en virtud de una norma consuetudinaria “sobre la” producción jurídica que autorizaba la modificación de las normas estatutarias por parte de las leyes ordinarias, afirmadas, según una autorizada reconstrucción, en contraste con la interpretación inicial del Estatuto (Pace).

Como se ha dicho, el sistema de garantía jurisdiccional de la Constitución previsto por los artículos 134-137 refleja la idea (kelseniana) de que no pueda considerarse efectiva la rigidez de la Constitución ante la carencia de un control de constitucionalidad de las leyes.

Por cuanto se refiere a los límites al poder de revisión constitucional, el artículo 139 const. excluye que la forma republicana pueda ser objeto de revisión. Al lado de este explícito límite —que sustrae a modificación todas las disposiciones de la Constitución que se consideran coesenciales a la forma republicana del Estado— la doctrina preponderante afirma la existencia de numerosos límites implícitos a la revisión constitucional, la precisión de los cuales, además, permanece incierta y controvertida.

Afirmando su propia competencia para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, la Corte constitucional, en la sentencia 1146 del 1988, ha dilucidado que

la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por Leyes de revisión constitucional o por otras Leyes constitucionales. Dichos principios son los que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma Republicana (art. 139 Const.), en cuanto a los principios que, a pesar de no estar expresamente mencionados entre aquellos no sujetos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución.

En lo que se refiere al procedimiento —agravado respecto al ordinario *iter legis*— de aprobación de las leyes de revisión constitucional o de las otras leyes constitucionales, previstas por la misma Constitución o aprobadas por libre determinación del Legislador parlamentario, el artículo 138 const. establece en el primer apartado que “Las Leyes de revisión de la Constitución y las otras leyes Constitucionales son adoptadas por cada Cámara con dos deliberaciones sucesivas con un intervalo no menor de tres meses, y son aprobadas por mayoría absoluta por los componentes de cada Cámara en la segunda votación”. Por lo tanto, no es requerida una mayoría especial en la primera deliberación.

Los sucesivos apartados segundo y tercero disciplinan la eventualidad del referéndum constitucional:

Las mismas Leyes son sometidas a referéndum popular cuando, dentro de tres meses de su publicación, presenten la demanda un quinto de los miembros de una Cámara o quinientos mil electores o cinco Consejos Regionales. La Ley sometida a referéndum no es promulgada sino es aprobada por la mayoría de los votos válidos. No tiene lugar un referéndum si la Ley ha sido aprobada en la segunda votación por cada una de las Cámaras por mayoría de dos tercios de sus componentes.

II. LAS FUENTES INTERNACIONALES Y COMUNITARIAS

Como se ha dicho, la Constitución republicana, en su versión originaria y, todavía más, después de la revisión constitucional de 2001, contiene disposiciones de notable apertura a la normativa internacional. Es oportuno considerar en las páginas que siguen ya sea las relaciones entre ordenamiento interno y derecho internacional, así como entre el primero y el ordenamiento comunitario, privilegiando además estos últimos, dada su mayor relevancia para el derecho administrativo.

1. *Las fuentes internacionales*

En cuanto se refiere a las fuentes internacionales, el artículo 10, primer apartado, de la Constitución, regula la adecuación al derecho internacional general. Precisamente, la disposición constitucional hace referencia a las “normas del Derecho internacional generalmente reconocidas”.

Se trata, según una orientación consolidada en la doctrina, de las *consuetudines* “generales” internacionales (entre las cuales, según la Corte constitucional, sentencias 278/92 y 131/01, se inserta la exclusión de los extranjeros —pero no, como se aclara en la sentencia 172/99, sobre los apátridas— de la obligación de prestar servicio militar). El artículo 10, primer apartado, prevé la adaptación automática a las “normas del Derecho internacional generalmente reconocidas” (Corte Const. Sent. 32/60; 68/61; 48/79; 323/89), según el modelo del reenvío formal, y se desempeña como “transformador permanente” (Perassi), determinando, según la interpretación más acreditada, la introducción en el ordenamiento italiano de normas de idéntico contenido a las correspondientes normas de derecho internacional general, con el límite de los “Principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional” (Corte const. sent. 48/79).

La disposición constitucional de la cual se trata no se aplica al derecho internacional de los tratados (Corte cost. sent. 68/61; 188/80), al cual el ordenamiento interno se adecua, con la limitación del respeto de los principios constitucionales (Corte const., sent. 73/01), a través del procedimiento ordinario de adaptación, o de la denominada orden de ejecución, salva la posibilidad de procedimientos “mixtos” en el caso que solamente algunas cláusulas del tratado de cumplir resulten “*autoapplicative*”.

El primer apartado del nuevo artículo 117 const. —“la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por las Regiones en el respeto de la Constitución, así como de las obligaciones que derivan del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales”— no modifica el sistema de adaptación del ordenamiento interno al derecho internacional. Se trata más bien de una norma sobre la producción jurídica destinada a obligar al Legislador (con eficacia desde la entrada en vigor de la revisión constitucional) respecto de las obligaciones internacionales perfeccionadas con base en el derecho internacional de los tratados, independientemente, estando a su tenor literal, de su ejecución.

Prima facie, el artículo 117 const., en efecto, parece imponer al Legislador el respeto de la generalidad de los acuerdos internacionales, también de aquellos estipulados en forma simplificada y de aquellos concluidos por las regiones de conformidad con el artículo 117, u.c., de los cuales derivarían

“obligaciones” para el Estado, prescindiendo de la adopción de normas internas de adecuación.

En segundo lugar, el artículo 1, apartado 1, de la Ley 131, de 2003, que contiene disposiciones para la adecuación del ordenamiento de la República a la Ley Constitucional 3/2001, “Constituyen obligaciones a la potestad legislativa del Estado y de las Regiones, de conformidad con el art. 117, primer apartado, de la Constitución, aquellos que derivan de las normas del Derecho internacional generalmente reconocidas, previstas en el art. 10 de la Constitución, por acuerdos de recíproca limitación de la soberanía, previstas por el artículo 11 de la Constitución, por el ordenamiento comunitario y por los Tratados internacionales”.

El primer apartado del nuevo artículo 117 incide sobre el papel asignado a la CEDU y sobre la eficacia de las normas internas de adecuación a las mismas. En el nuevo marco constitucional, en particular, la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales asume la función de normas interpuestas en el juicio de constitucionalidad (Ferrari; en este sentido, también Corte di cass., ord. 20-5-2006, n. 11887).

Se trata de un resultado no lejano de las conclusiones a las cuales había llegado la Corte Const. en la sentencia 10 de 1993, decisión que sin embargo ha quedado aislada, con anterioridad a la revisión de 2001, en el marco de una jurisprudencia orientada a excluir ya sea el valor constitucional, así como la naturaleza de normas-parámetro de las de adaptación a la CEDU (Corte Const. 388/99; 399/98; 315/90; 172/87; 188/80, en la cual se lee que “ante la falta de específica previsión constitucional, las normas de los Tratados, hechas ejecutivas en el ordenamiento interno de la República, tienen valor de Ley ordinaria”). Con relación a la naturaleza de norma-parámetro de la CEDU, la sentencia 388 de 1999 confirma la orientación de la jurisprudencia constitucional, al afirmar que

independientemente del valor de atribuir a las normas de los Tratados, que no se colocan por sí mismas a nivel constitucional (entre muchas, las sentencias n. 188 de 1980 y n. 315 de 1990), mientras corresponde al Legislador darles a las mismas actuación (sentencia n. 172 de 1987), se debe relevar que los Derechos Humanos, garantizados también por Convenciones Universales o Regionales suscritas por Italia, encuentran su expresión, y no menos intensa garantía, en la Constitución (ver sentencia n. 399 de 1998).

No se debe dejar de mencionar que, todavía recientemente, la Corte de Casación ha retomado la orientación (criticada en la doctrina: Ivaldi) favorable a la desaplicación de la ley contraria a la CEDU: “La naturaleza in-

mediatamente preceptiva de las normas convencionales como consecuencia de la ratificación del instrumento de derecho internacional ha sido ya reconocida explícitamente por la jurisprudencia de esta Corte... (Cass., S.U., 10 julio 1991, n. 7662; ... Cass. 26 marzo 2002, n. 4297)”, que ha “reconocido expresamente la naturaleza sobre ordenada a las normas por la Convención sancionando la obligación para el Juez de desaplicar la norma interna en contraste con la norma de los Tratados dotada de inmediata preceptividad en el caso concreto (Cass. 19 julio 2002, n. 10542)” (Cass., S.U., 23 diciembre 2005, n. 28507).

El quinto apartado del artículo 117 const. habilita a las regiones y a las provincias autónomas de Trento y Bolzano a proveer, en las materias de su competencia, “a la actuación y a la ejecución de los Acuerdos internacionales” (además de los actos de la Unión Europea), “en el respeto de las normas de procedimiento establecidas por la Ley del Estado, que regula la modalidad de ejercicio del poder sustitutivo en caso de incumplimiento”. Sobre esta disposición véase *infra*.

2. Las fuentes de la Unión Europea

Importantes atenuaciones del principio de taxatividad de las fuentes primarias y otras significativas alteraciones del régimen de las leyes se consideran admitidas en virtud del artículo 11 const., al cual la jurisprudencia constitucional hace un reenvío para justificar la aplicabilidad directa en nuestro ordenamiento de algunas fuentes comunitarias (y en particular, por norma del actual artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE— de los reglamentos), destinadas a prevalecer, en las materias reservadas a ellos por los tratados comunitarios, sobre las leyes o sobre los actos equiparados, ya sea estatales o regionales, también sucesivos, contrariamente en cuanto a lo inicialmente considerado por la Corte Const., en una primera fase por su jurisprudencia en materia comunitaria (Corte Cost. 14/64; 98/1965). La argumentación basada en el artículo 11 de la Constitución ahora está reforzada por la más explícita previsión contemplada en el primer apartado del artículo 117, como ha sido modificado por la Ley Constitucional n. 3 de 2001.

En cuanto se refiere a las fuentes de la Unión Europea directamente aplicables en nuestro ordenamiento —una vez superada la orientación jurisprudencial con base en la cual la Corte Constitucional se declaraba competente a enjuiciar la constitucionalidad (con referencia al artículo 11 const.) por la sucesiva ley incompatible con los reglamentos comunitarios, negando a los órganos jurisdiccionales el poder de rechazar la aplicación

(Corte const. 232/75)— de conformidad con las indicaciones de la jurisprudencia comunitaria ha prevalecido la solución por la desaplicación de la norma interna contraria a los reglamentos comunitarios (Corte Const., sent. 170/84; véase también, recientemente, la sent. 238/02).

La impugnación de leyes en contraste con el derecho UE directamente aplicable ante la Corte Constitucional era admitida en el juicio en vía principal, en la cual la norma europea actuaba de parámetro interpuesto también antes de la revisión de 2001 (Corte const., sentencias 384/94 y 94/95). Con la modificación del primer apartado del artículo 117 de la Constitución, la praxis ha encontrado un sólido fundamento, y recientemente la Corte Constitucional ha intervenido repetidamente para controlar la legitimidad de la legislación regional impugnada por el gobierno de conformidad con el artículo 127 const. con referencia al artículo 117, primer apartado, bajo el aspecto del respeto de las obligaciones que derivan del ordenamiento europeo-comunitario (Corte Const., sentencias 129 de 2006; 406 de 2005; 7 y 166 de 2004).

Es diferente la cuestión relativa a la posibilidad de denunciar por vía incidental actos con fuerza de ley contrarios en el derecho UE, los cuales, donde estén en contraste con normas europeas *self executing*, deben ser desaplicados por el juez nacional, sin la posibilidad de promover el juicio constitucional. Por último, con relación al valor y a los efectos en el ordenamiento interno de las normas comunitarias y de las sentencias de la Corte de Justicia, se debe señalar una reciente sentencia de la Corte de Casación (III Sezione Pen., ord. 1414 del 2006), que ha negado la desaplicación de la norma interna en contraste con una sentencia interpretativa de la Corte de Justicia, en cuanto tenga por objeto una fuente comunitaria no *self-executing*. En esa ocasión, la Corte de Casación ha suscitado por vía incidental la cuestión de legitimidad constitucional de la ley anticomunitaria, con referencia a los artículos 11 y 117, primer apartado, de la Constitución.

La *primauté* del derecho europeo-comunitario directamente aplicable —y la posición de norma interpuesta de las directivas y de la generalidad de las obligaciones comunitarias no directamente aplicables— ahora encuentra, como se ha anticipado, una justificación explícita en el nuevo artículo 117, primer apartado, const.: “La potestad legislativa es ejercida por el Estado y por las Regiones en el respeto de la Constitución, así como por las obligaciones que derivan del ordenamiento comunitario y por las obligaciones internacionales”.

Sin embargo, el primer apartado del artículo 117 const. no proporciona un fundamento constitucional explícito a nuevas limitaciones de soberanía que se hicieran necesarias en el futuro para el desarrollo de la integración

européa —eventualmente destinadas a encontrar justificación en el artículo 11 const., según el tradicional enfoque acogido por la jurisprudencia constitucional— ni, según la interpretación más fidedigna, proporciona un fundamento constitucional al controvertido asunto que atribuye a los reglamentos UE la capacidad de derogar a normas constitucionales, y en particular a aquellas sobre el reparto de las competencias entre el Estado y las regiones (Sorrentino).

Con relación a este último aspecto, sobre la limitada idoneidad de las normas comunitarias a derogar a normas internas de rango constitucional, la Corte Constitucional, en la sent. 224/94, ha afirmado que “las normas que derivan de actos normativos de la Comunidad Europea no pueden constituir parámetro en los Juicios de competencia de esta Corte, ya que aún pudiendo derogar en normas internas de rango constitucional (aunque no contengan principios fundamentales o derechos inalienables de la persona humana), ellas pertenecen a un ordenamiento diferente, aunque coordinado, respecto al interno”. En términos análogos, la Corte Constitucional se ha pronunciado en la sent. 126/1996:

En derogatoria sobre cuanto ha sido expresado acerca del respeto del marco constitucional interno de las competencias, las normas comunitarias pueden legítimamente prever, por exigencias organizativas atinentes de la Unión Europea, formas de actuación de sí mismas, y por lo tanto normativas estatales derogatorias de dicho marco por la normal distribución constitucional de las competencias internas, salvo el respeto de los principios constitucionales fundamentales e inderogables.

Se trata, como se ha dicho, de una orientación jurisprudencial repetidamente criticada por la doctrina.

El régimen jurídico de los reglamentos comunitarios —directa aplicabilidad, desapplicación de la norma estatal incompatible— ha sido sucesivamente extendido a las directivas autoaplicativas (*self-executing*, detalladas, particularizadas), limitadamente a las disposiciones que contienen obligaciones (o prohibiciones) incondicionales y suficientemente precisas (Corte Const., sentencias 64 de 1990 y 168 de 1991, que reciben las indicaciones del Tribunal de Justicia de la UE), a las cuales se reconoce efecto directo vertical, por lo tanto, solo en las relaciones con el Estado; en cambio, no se reconoce el efecto directo horizontal, ya que “las directivas comunitarias no pueden de por sí crear obligaciones a cargo de los particulares y no pueden ser hechas valer en cuanto tales frente a los mismos” (Corte const. 288/96, que reenvía a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, no exente, además, de críticas por la doctrina: en particular, Tesauró). En

la reciente jurisprudencia comunitaria alguien ha querido relevar señales de apertura —en verdad no unívocos— hacia la hipótesis de una eficacia directa horizontal de las directivas *autoapplicative* (Tribunal de Justicia de la UE, sentencia 22-11-2005, C-144/04, *Mangold*, la cual sin embargo se refiere a una directiva para la cual no había vencido el plazo para la adaptación del derecho interno).

El régimen jurídico atinente a los reglamentos comunitarios ha sido además extendido a las sentencias interpretativas emanadas por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial de conformidad con el actual artículo 267, TFUE (Corte const. 113/85), así como a las sentencias declarativas de incumplimiento dictadas de conformidad con el actual artículo 260 del mismo Tratado (Corte Const., sent. 389/89, la cual ilustra que las normas comunitarias dotadas de un grado suficiente de precisión deben recibir aplicación inmediata también por parte de los órganos administrativos, también ellos obligados a desaplicar el derecho interno incompatible).

En la sentencia 389/89, la Corte Constitucional sintetiza en los siguientes términos los principios que disciplinan las relaciones entre fuentes comunitarias y fuentes estatales:

en el campo reservado a su competencia, las normas comunitarias directamente aplicables prevalecen respecto a las normas nacionales, también si son de rango legislativo, sin embargo sin producir, en el caso que estas últimas sean incompatibles con aquellas, efectos extintivos. Con mayor precisión, el eventual conflicto entre el Derecho comunitario directamente aplicable y el interno no da lugar a hipótesis de abrogación o de derogatoria, ni a formas de caducidad o de anulación por invalidez de la norma interna incompatible, sino que produce un efecto de desaplicación de esta última, sin perjuicio de los límites de tiempo y el ámbito material dentro de los cuales las competencias comunitarias son legitimadas a desenvolverse.

Los reglamentos comunitarios, como fuentes pertenecientes a un ordenamiento diferente del italiano, no pueden ser sometidas al control de la Corte constitucional, que sin embargo se reserva el sindicar la perdurable compatibilidad de las normas de ejecución de los tratados “con referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los Derechos inalienables de la persona humana” (Corte Const. 170/84; véase también Corte Const., sent. 183/73; 232/89; 224/94; 509/95), los denominados “contralímites”, destinados a impedir limitaciones de soberanía que contrastan con esos parámetros.

En la doctrina algunos suponen un control difundido de la compatibilidad de los reglamentos comunitarios con la Constitución, o al menos

con sus principios supremos, por parte de los jueces comunes, a los cuales debería reconocerse el poder-deber de desaplicar la norma comunitaria, manifiestamente inconstitucional. Un controvertido intento de ejercer una forma de control difundido sobre la compatibilidad del derecho comunitario con los principios supremos de nuestro ordenamiento constitucional ha sido cumplido últimamente por el Consejo de Estado (Cons. St., sez. V, sent. 4207/2005, sobre la cual véase Ruggeri).

Las directivas comunitarias, las cuales, a diferencia de los reglamentos, son carentes (sino *self-executing*) del carácter de la directa aplicabilidad, obligan al Estado miembro “por cuanto se refiere al resultado de obtener, salvo la competencia de los órganos nacionales en mérito a la forma y a los medios” (artículo 288, tercer apartado, TFUE) y además, en aplicación de la obligación de *standstill*, obligaría a abstenerse de adoptar disposiciones susceptibles de “comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva” también antes del vencimiento del plazo para su actuación (Tribunal de Justicia UE, sent. 18-12-1997, causa C-129/96; el principio con base en el cual en pendencia del plazo para la transposición de una directiva los Estados miembros deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la misma directiva ha sido confirmado últimamente por el Tribunal de Justicia en la ya citada sentencia *Mangold*).

La Corte Constitucional, en la sentencia 383/98, ha aclarado que también los principios deducibles por las directivas comunitarias son idóneos a circunscribir la discrecionalidad de la autoridad administrativa y a satisfacer “las exigencias de la reserva de Ley”.

La adaptación del ordenamiento interno al derecho comunitario ahora está regulada por la Ley 11 de 2005, “Normas generales sobre la participación de Italia en el proceso normativo de la Unión europea y sobre los procedimientos de ejecución de las obligaciones comunitarias”, que ha ocupado el lugar de la abrogada Ley 86 de 1989 (“Normas generales sobre la participación de Italia al proceso normativo de la Unión europea y sobre los procedimientos de ejecución de las obligaciones comunitarias”, denominada Ley “La Pergola”). La Ley 11 crea la ley comunitaria anual, que constituye el instrumento principal para la organización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para la actuación del derecho comunitario.

En particular, de conformidad con el artículo 8, apartado 4, de la Ley 11 del 2005,

el Presidente del Consejo de Ministros o el Ministro para las políticas comunitarias, en conformidad con el Ministerio de relaciones exteriores y con los

otros Ministros interesados, dentro del 31 de enero de cada año presenta al Parlamento un diseño de Ley que contiene “disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la pertenencia de Italia a las Comunidades europeas”; dicho título se completa con la indicación: “*Ley comunitaria*”, seguida por el año de referencia.

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 11, que regula los contenidos de la ley comunitaria, esta última, para asegurar la adecuación periódica del ordenamiento nacional al ordenamiento comunitario, debe incluir:

a) disposiciones modificatorias o abrogatorias de disposiciones estatales vigentes en contraste con las obligaciones indicadas en el art. 1; *b)* disposiciones modificatorias o abrogatorias de disposiciones estatales vigentes objeto de procedimiento de infracción puesta en marcha por la Comisión de la Comunidades europeas frente a la República italiana; *c)* disposiciones necesarias para dar actuación o asegurar la aplicación de los actos del Consejo o de la Comisión de las Comunidades europeas dispuestas en las letras *a)* y *c)* del apartado 2 del artículo 1, también mediante el otorgamiento al Gobierno de mandato legislativo; *d)* disposiciones que autorizan al Gobierno a actuar en vía reglamentaria las Directivas, sobre la base de cuanto previsto por el artículo 11; *e)* disposiciones necesarias para dar ejecución a los Tratados internacionales concluidos en el marco de las relaciones externas de la Unión Europea; *f)* disposiciones que determinan los principios fundamentales en el respeto de los cuales las Regiones y las Provincias autónomas ejercen su propia competencia normativa para dar actuación o asegurar la aplicación de los actos comunitarios en las materias previstas por el art. 117, tercer apartado, de la Constitución; *g)* disposiciones que, en las materias de competencia legislativa de las Regiones y de las Provincias autónomas, otorgan mandato al Gobierno para la emanación de Decretos legislativos que contienen sanciones penales por la violación de las disposiciones comunitarias admitidas por las Regiones y por las Provincias autónomas; *h)* disposiciones emanadas en el ejercicio del poder sustitutivo previsto por el art. 117, quinto apartado, de la Constitución, de conformidad con los principios y en el respeto de los límites previstos en el artículo 16, apartado 3.

La jurisprudencia comunitaria es uniforme en afirmar, ante la presencia de determinadas condiciones, la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que derivan ya sea por la carente o incorrecta transposición de directivas comunitarias por parte del Legislador nacional (Tribunal de Justicia UE, sent. 19-11-91, C-6 y C-9/90, *Francoovich*), ya sea por la violación de normas comunitarias dotadas de efecto directo (Tribunal de Justicia CE, sent. 5-3-96, C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*: “La aplicación

del principio según el cual los Estados miembros están obligados a indemnizar por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario a ellos imputable no puede ser excluida en el caso la violación se refiera a una norma de Derecho comunitario directamente eficaz”), sin que releve la eventual distribución interna de la responsabilidad entre el Estado central y los entes territoriales en los ordenamientos con estructura federal o regional (Tribunal de Justicia UE, sent. 1-6-99, C-302/97, *Konle*: “en los Estados miembros con estructura federal, con relación a la indemnización por los daños causados a los particulares por disposiciones internas adoptadas en violación del Derecho comunitario el Estado Federal no debe necesariamente disponer para que las obligaciones comunitarias del Estado miembro sean cumplidas”).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia UE ha afirmado recientemente además la responsabilidad del Estado miembro por daños ocasionados a los particulares como consecuencia de una violación del derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional de último grado, también, bajo determinadas condiciones, por no haber impulsado una cuestión prejudicial, ante la presencia de los presupuestos requeridos por el actual artículo 267 TFUE por parte de los jueces de última instancia (sent. 13-6-2006, C-173/03, que precisa y desarrolla los principios contenidos en la precedente sent. 30-9-2003, C-224/01, *Köbler*).

III. LAS LEYES ORDINARIAS

Como ocurre en la mayor parte de los ordenamientos en Europa continental, también en nuestro sistema la ley parlamentaria se encuentra —según una difundida opinión doctrinal— en una condición de crisis.

Con la expresión “crisis de la ley” se alude, como recientemente se ha dicho, a la inflación legislativa (demasiadas leyes); al decaimiento de la calidad de la legislación (leyes mal escritas); al depreciamiento del papel de la ley ordinaria, fungible con otros actos normativos primarios; al contenido “dispositivo” que esta no raramente asume (Modugno, Celotto, Ruotolo, Sorrentino).

Los indicios y las señales de la evolución de la estructura concreta del sistema constitucional de las fuentes son múltiples y heterogéneos.

Se ha asistido, antes de todo, a un debilitamiento del instituto de la reserva de ley, la cual en parte ha mutado la *ratio*. La función democrático-representativa originaria (que resale al principio *no taxation without representation*, al origen del parlamentarismo inglés) resulta atenuada en las hipótesis en las cuales no se trate de una reserva de ley formal, que impone proceder

a la disciplina de un determinado objeto o a la adopción de un determinado acto en la forma de la ley parlamentaria, como sucede cuando la Constitución (por ejemplo en los artículos 77, 80, 81) hace referencia a la Ley de las Cámaras (en algunos ordenamientos es más extendido el número de las materias sustraídas a la legislación delegada y al decreto de urgencia, como previsto en los artículos 82 y 86 de la Constitución española).

La inspiración democrática originaria del instituto, que requería la intervención parlamentaria con objeto de la adopción de disposiciones limitativas de las libertades constitucionales, aparece evidentemente debilitada en consideración de la opción interpretativa, que se ha afirmado inmediatamente después de la entrada en vigor de la Constitución republicana, que considera del todo fungible la ley ordinaria y los actos del gobierno con fuerza de ley en las materias cubiertas por no formal reserva de ley.

Naturalmente, la reserva de ley no pierde su razón de ser, ya que conserva una importante función garantizadora. En efecto, esta representa en los sistemas con Constitución rígida, un límite ya sea para el Legislador, llamado a disciplinar más o menos completamente una cierta materia, ya sea para las autoridades normativas secundarias, a las cuales la disciplina de la materia viene sustraída —enteramente, o en parte, según se trate de reserva de ley absoluta, o relativa— y asegura no solo que las disposiciones restrictivas de la autoridad administrativa o jurisdiccional sean adoptadas exclusivamente en los casos y en las formas establecidos por la ley, o al menos (en el caso la reserva sea relativa) sobre su base o según sus disposiciones, sino que, sobre todo, el control ejercido en sede jurisdiccional de las disposiciones, en la medida de un parámetro legislativo preconstituido al juicio.

También la distinción entre reserva absoluta y reserva relativa es fruto de la interpretación. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha tomado el impulso de la más o menos apremiante formulación de la disposición constitucional conteniente la reserva para inferir su naturaleza absoluta (como por ejemplo en los artículos 13, segundo y tercer apartado; 14, segundo apartado; 15; 25) o relativa (como en el caso de los artículos 23 o 97, primer apartado).

En el primer caso, se considera que la fuente primaria deba disciplinar la materia, cubierta por reserva absoluta de ley, en modo completo y en cada parte de su aspecto, dejando a la fuente secundaria una función de mera ejecución, o de actuación de cláusulas que implican una discrecionalidad meramente técnica de la autoridad reglamentaria.

En el segundo, la más blanda previsión de una disciplina de la materia “de acuerdo con la ley”, o “según disposiciones de Ley”, ha inducido a considerar la fuente primaria capaz de formular al menos una disciplina

general y de principio, idónea a orientar y restringir la discrecionalidad de la autoridad reglamentaria y administrativa, a la cual le está permitido intervenir en vía de integración de la disciplina legislativa. A este respecto, también recientemente, la Corte Constitucional ha aclarado que la reserva contenida en el artículo 23 de la Constitución “va entendida en sentido relativo, poniendo al Legislador la obligación de determinar preventivamente y en medida congruente criterios directivos de base y líneas generales de disciplina de discrecionalidad administrativa” (ord. 297 de 2004).

Siempre con referencia a la reserva de ley relativa en materia de prestaciones patrimoniales impuestas, la Corte Constitucional, en la sentencia 435 de 2001, ha afirmado que “la reserva de Ley prevista por el art. 23 de la Constitución es cumplida con tal que la Ley (también regional: sent. n. 64/1965, 148/1979, 180/1996, y ord. n. 269 de 1997) establezca los elementos fundamentales de la imposición, también si otorga a fuentes secundarias o al poder de la Administración la especificación y la integración de dicha normativa” (véanse también las sent. 7/2000, 323/2001, 105/2003).

A veces, la Constitución no solo impone una normación de rango legislativo, sino predetermina o limita, sobre todo desde el punto de vista teleológico, en una cierta medida, su contenido, como por ejemplo en el caso del artículo 16, primer apartado, según el cual “todo ciudadano puede circular y residir libremente en cualquier parte del territorio nacional, salvo las limitaciones que la Ley establece en vía general por motivos de sanidad o de seguridad. Ninguna restricción puede ser determinada por razones políticas” (véanse también el artículo 14, tercer apartado, y el artículo 10, segundo apartado, Const.). En esos casos se razona normalmente de reserva de ley “reforzada”.

Entre los más importantes indicios de la crisis de la fuente legislativa parlamentaria se debe señalar la recurrencia no ocasional de leyes-disposición, es decir, actos formalmente legislativos, pero sustancialmente administrativos, con contenido individual y concreto, que la Corte Constitucional no considera en sí ilegítimos, aunque sí subraya abiertamente la particular actitud lesiva de algunos principios constitucionales fundamentales, desde el de la igualdad (una ley-disposición derogatoria en materia de pensiones), a la de buen desempeño de la administración (como en el caso de una disposición legislativa de ascenso de un número determinado de dependientes públicos), al derecho a la tutela jurisdiccional frente a las disposiciones administrativas que inciden sobre los derechos e intereses legítimos (piénsese en una ley-disposición capaz de modificar o extinguir *ope legis* situaciones subjetivas). Por tales razones, la Corte constitucional somete las leyes-dis-

posiciones a un “escrutinio estricto” (véase sent. 364/99; 185/1998; 153 y 59/97).

Más allá de la atenuación de su *carácter general y abstracto*, la ley ordinaria estatal tiende a perder su función de fuente con competencia general.

Como se ha dicho y como mejor se verá, al lado del principio de jerarquía se flanquea el de la competencia y, con base en el nuevo artículo 117, es la ley regional la que asume el papel de fuente con competencia general y residual; asumiendo en cambio, la ley estatal asume, según la lógica de los sistemas federales, el carácter de fuente con competencia “de atribución” idónea a normar, al menos *prima facie*, las materias expresamente reservadas a las mismas (una inversión de roles análoga, con relación a los reglamentos del Ejecutivo, se ha verificado en Francia con la entrada en vigor de la Constitución de la V República, si bien la praxis sucesiva a su entrada en vigor haya atenuado decididamente la rigidez aparente del dictado constitucional).

Más allá de la contienda con las fuentes periféricas en los ordenamientos compuestos, la ley parlamentaria ha visto también erosionado su campo de intervención por ulteriores fuentes que tienen competencia reservada en determinadas materias, y por lo tanto como tales caracterizadas por el grado primario (Florida), como es el caso de los reglamentos parlamentarios (artículos 64 e 72 Const.; con este propósito véase Corte const., sent. 391/1995).

Como se ha subrayado anteriormente, la ley estatal ha perdido terreno también hacia arriba, a favor de las fuentes europeo-comunitarias, susceptibles, bajo ciertas condiciones, de prevalecer sobre las fuentes legislativas internas.

En las próximas páginas nos detendremos sobre los actos del gobierno con fuerza de ley, los cuales han asumido una posición de centralidad en el sistema de las fuentes, si bien las Constituciones que han sustituido a los regímenes autoritarios, como la italiana, los regulan con extrema cautela y desconfianza.

Por cuanto se refiere al procedimiento de formación de las leyes ordinarias, ello está normado por la Constitución (en los artículos 70 sgts.; 87, apartado 5); por los reglamentos parlamentarios; en relación con aspectos particulares, por leyes ordinarias y actos equiparados, a veces integrados por normas secundarias de ejecución o actuación (por cuanto concierne a la iniciativa popular, véase la ley 352/1970, artículos 48 sgts.; sobre la iniciativa gubernamental, la Ley 400/1988, artículos 2, inciso *b*), y 5, incisos *c*) y *e*), y también el d.P.C.M. 10-11-1993, artículos 4, apartado 2, y 14; sobre la iniciativa del CNEL, la Ley 936/1986, artículo 10, inciso *ì*); la iniciativa

legislativa de los consejos regionales está disciplinada por los estatutos regionales; por cuanto se refiere a la promulgación y a la publicación de las leyes, véanse los d.P.R. 1092/85, 217/86, 611/86, así como el artículo 5, incisos *c*) y *d*), Ley 400/1988).

La Corte constitucional siempre ha inspirado su propia jurisprudencia al *self-restraint* sobre los vicios formales de las leyes. La sentencia 262 de 1998 ha confirmado que las normas sobre el procedimiento legislativo contenidas en el artículo 72 const. requieren solamente que el proyecto sea aprobado artículo por artículo y con votación final por cada una de las dos Cámaras, en el mismo texto, mientras que otros errores o eventuales violaciones de los reglamentos parlamentarios que puedan verificarse en el procedimiento escapan al sindicato de la Corte sobre la legitimidad constitucional de la ley regularmente promulgada y publicada, según la jurisprudencia que remonta a la sentencia 9 de 1959.

Ya sea desde el punto de vista formal y procedimental, así como del sustancial, la normativa constitucional requiere una clasificación más articulada que aquella que normalmente la doctrina propone por medio de la individuación de la categoría de las leyes “atípicas”, así como de la de las leyes “reforzadas”.

Con base en una reciente doctrina (Guastini), se distinguen tres variantes de leyes atípicas, según si la atipicidad se refiere a la forma, al contenido, o a la competencia de ley.

Las leyes atípicas en la forma son aquellas por las cuales la Constitución prevé un procedimiento agravado (por ejemplo a través de la previsión de una mayoría especial para su aprobación, como en el caso del artículo 79 de la Constitución, que disciplina las leyes de amnistía e indulto) o cumplimientos particulares no solicitados a los fines del procedimiento legislativo ordinario (por ejemplo, acuerdos previos o pactos, de conformidad con los artículos 7, segundo apartado, y 8, tercer apartado, de la Constitución, los cuales, además, normalmente no se insertan en el procedimiento legislativo, sino más bien lo preceden).

En cambio, son consideradas leyes atípicas en el contenido aquellas a las cuales la Constitución impone límites de contenido no previstos para la generalidad de las leyes, como, por ejemplo, en el caso del artículo 10, segundo apartado, constitucional, según el cual “la condición jurídica del extranjero está regulada por la Ley de conformidad con las normas y con los Tratados internacionales”. A esa hipótesis se pueden flanquear las leyes atípicas en la competencia, a las cuales la Constitución sustrae la disciplina de determinados objetivos, como es el caso de la Ley de Aprobación del Presupuesto, con la cual, de conformidad con el artículo 81, tercer apartado, no se pueden

establecer nuevos tributos y nuevos gastos (esto induce a considerar la ley de aprobación del presupuesto una ley en sentido solamente formal).

Algunas de las leyes atípicas apenas mencionadas, y precisamente aquellas que son tales en la forma, pueden considerarse además leyes “reforzadas”, en cuanto leyes con peculiar fuerza pasiva, no modificables ni abrogables sino a través de un procedimiento o, más ampliamente, un *iter* de formación idéntico a aquel —agravado respecto al *iter legis* ordinariamente previsto— a través del cual ellas han sido aprobadas.

Leyes reforzadas o con peculiar fuerza pasiva, en cuanto dotadas de una particular resistencia a las formas normales de modificación o abrogación, son también consideradas las leyes sustraídas a los mecanismos abrogativos a los cuales la generalidad de las leyes y de los actos que contienen valor de ley están sujetos como por ejemplo las leyes listadas en el segundo apartado del artículo 75 de la Constitución, que no pueden ser sometidas a referéndum abrogatorio (leyes tributarias y de presupuesto; de amnistía e indulto, de autorización a la ratificación de los tratados internacionales).

En cuanto habilitado a abrogar leyes y actos equiparados, entre las fuentes primarias se enumera también el “*referéndum abrogativo*”, previsto en los artículos 75 de la Constitución, 2 de la Ley const. 1 de 1953, y 27-40 de la ley 352 de 1970.

La normativa constitucional y legislativa del referéndum resulta integrada por una serie de principios elaborados por una jurisprudencia constitucional fuertemente creativa, especialmente sobre la vertiente de la explicación clara de los límites no expresados para la admisibilidad del referéndum abrogatorio, a partir de la histórica sentencia 16/78 (sobre la materia, véase Luciani).

IV. LOS ACTOS DEL GOBIERNO CON FUERZA DE LEY

Los artículos 76 y 77 de la Constitución disciplinan la delegación legislativa y la decretación de urgencia.

La formación y la emanación de los actos del gobierno que tienen fuerza de ley están regulados por la Constitución (artículos 76 y 77, 87, apartado 5, 89, apartado 2; véase también el artículo 78); por la Ley 400 de 1988, “Disciplina de la actividad de Gobierno y ordenamiento de la Presidencia del Consejo de Ministros” (artículos 2, apartado 3, inciso *c*), 5, apartado 1, inciso *d*), 14-16); así como, en cuanto se refiere a la publicación, por el d.P.R. 1092 de 1985, artículos 4-7. Los estatutos especiales de las regiones con autonomía diferenciada prevén además la adopción de decretos legislativos para su actuación.

En cuanto se refiere a los aspectos comunes a la disciplina del procedimiento de formación de los actos del gobierno equiparados a la ley, que se encuentra en la ley 400 de 1988 en los citados artículos 14 y 15, es necesario señalar previamente que el valor y la constricción para el gobierno de las normas contenidas en los evocados artículos es controvertida.

Nos preguntamos, en particular, cuál es la eficacia de la normación (*sobre* la producción jurídica) de rango primario, con relación a las fuentes primarias (*de* producción). Prescindiendo de la posición particular de las disposiciones de la Ley 400, que sustancialmente reproducen normas y principios ya expresados, o implícitos en la Constitución, uno de los argumentos más persuasivos a favor del reconocimiento de una eficacia obligatoria a los artículos 14 y 15 reenvía al principio de sometimiento a la ley del gobierno, conteniendo los artículos la disciplina legislativa de una actividad específica de este último (Guastini).

En cuanto se refiere a la normación de la fase del procedimiento de formación denominada integradora de la eficacia, cabe recordar que la Ley 400 de 1988, en su artículo 16, ha eliminado la competencia de la *Corte dei conti* para ejercer el control preventivo de legitimidad sobre los decretos legislativos y sobre los decretos-leyes (la disposición ha sido considerada constitucionalmente legítima por la Corte Const. en la sentencia 406/1989).

1. *El decreto legislativo*

De conformidad con el artículo 76 de la Constitución, “el ejercicio de la función legislativa no puede ser delegada al Gobierno sino con determinación de principios y criterios directivos y solamente por un tiempo limitado y para objetos definidos”.

La norma constitucional está integrada por el ya mencionado artículo 14 de la Ley 400 de 1988 bajo múltiples, importantes aspectos. El primer apartado señala antes de todo que los decretos legislativos son emanados por el presidente de la República con la denominación “Decreto legislativo”, con el fin de eliminar el inconveniente, no poco frecuente antes de la entrada en vigor de la Ley 400, representado por la dificultad de distinguir los decretos legislativos por los reglamentos gubernamentales delegados, o autorizados, emanados con d.P.R. también, que contienen en el preámbulo el reenvío a disposiciones legislativas.

El artículo 14, apartado 1, prevé que en el preámbulo del decreto legislativo debe estar contemplada la indicación de la ley de delegación, de la deliberación del Consejo de Ministros y de las otras observancias prescritas por la Ley de delegación. Para permitir al presidente de la República ejer-

cer, con ocasión de la (promulgación), cualquier forma de control, el segundo apartado exige que el texto adoptado por el gobierno sea transmitido al jefe de Estado al menos veinte días antes del vencimiento del plazo fijado por la Ley de delegación por disposición del artículo 76 const. (el plazo de veinte días se considera obligatorio). A este respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia 406 de 1989, ha confirmado que el control atribuido al presidente en sede de *emanazione* de los actos del gobierno que tienen valor de ley, de conformidad con el artículo 87, quinto apartado, const. “es considerado de intensidad por lo menos igual al que corresponde al mismo Presidente sobre las Leyes como previsto por el art. 87, tercer (*rectius*: quinto) apartado, de la Constitución”.

El Legislador (artículo 14, apartado 3), además, ha admitido la orientación doctrinal y jurisprudencial propensa a considerar legítimo el ejercicio fraccionado de la delegación (“si la delegación legislativa se refiere a una pluralidad de objetos diferentes de normar con separadas regulaciones, el Gobierno puede ejercerla mediante varios actos sucesivos para uno o varios de los objetos mencionados”). La Ley 400/1988 regula también las relaciones entre el gobierno y el Parlamento durante el *iter* de formación del decreto legislativo, con particular atención a los mandatos ultrabienales (artículo 14, apartados 3 y 4, véase Corte Const., sentencia 456/1998, sobre la función del dictamen de la Comisión permanente con base en la disposición citada).

En cuanto se refiere a los caracteres distintivos del Poder legislativo delegado, en la doctrina no se habla ni de titularidad ni de ejercicio de la función legislativa, y esto en consideración de la revocabilidad, también implícita del mandato, del necesario respeto de las disposiciones legislativas sobrevenidas al mandato y antecedentes a la tramitación del decreto legislativo, del carácter del poder normativo gravemente condicionado del cual se trata, que no es libre en la finalidad, sino discrecional, delimitado en el tiempo, especializado en cuanto al objeto (Paladin). En cuanto se refiere a la definición de los objetos de la delegación legislativa, esta no está viciada aún si sus límites son “bastante extendidos” (Corte Const. sent. 30/1961; en este sentido, también tenemos la sent. 408 de 1998), mientras que señales solamente indirectas de censura de delegación demasiado latas se encuentran por ejemplo en Corte Const., sent. 503/2003.

En cuanto a los principios y a los criterios directivos, está reconocida la posibilidad de que la ley de delegación contenga también disposiciones de detalle que limiten el objeto del mandato y prevalezcan sobre la normativa delegada, salvo el reconocimiento en vía interpretativa de su naturaleza transitoria y dispositiva. La Corte Constitucional, en la sent. 198/1998, ha

aclarado que, en todo caso, la determinación de principios y criterios directivos “no puede eliminar cada margen de elección en el ejercicio de la delegación” (los principios y criterios sirven, por un lado, a circunscribir el campo del mandato, de modo de evitar que esta venga ejercida en modo divergente de las finalidades que la han determinado, pero por otro lado, deben permitir al poder delegado la posibilidad de evaluar las situaciones jurídicas particulares de reglamentar en la actividad fisiológica de cumplimiento que vincula los dos niveles normativos).

En el caso de que la Ley de delegación carezca de principios específicos y de criterios directivos relativos a la materia objeto del mandato, se aclara en la sent. 427 de 2000 que la delegación debe entenderse en sentido mínimo y de manera tal de no permitir por sí misma la adopción de normas delegadas sustancialmente innovadoras respecto al sistema legislativo previgente (conforme a la Corte Const., sent. 354/98, véase también la sent. 292/00: “La exigencia de la determinación de principios y criterios directivos y de la definición del objeto del mandato es tanto más apremiante cuanto menos delimitada y específica es la tarea encargada al Legislador delegado”).

Los denominados límites ulteriores, de adscribir según algunos a los criterios directivos, son considerados por la Corte legítimos y justiciables bajo el aspecto del exceso de delegación, también cuando prevén opiniones “conformes” u obligatorias de la Conferencia Estado-Región (Corte Const., sent. 206/2001, ha declarado la ilegitimidad de una disposición de un d. legislativo “aprobada por el Gobierno en un texto parcialmente deforme al resultante del acuerdo establecido en la Conferencia Estado-Región”) o por cada una de las regiones (Corte Const., sent. 110 de 2001).

Ha sido considerado un “problema insoluble” en la doctrina (Paladin) el de la obligatoriedad de la delegación, que no está formulado en términos facultativos, y sin embargo no expone a censuras en sede de juicio de constitucionalidad al gobierno incumplidor (Corte Const., sent. n. 8/77; 160/85; 360/90), también si, con relación a la hipótesis —diferente de aquella del carente ejercicio de la delegación legislativa— constituida por la inactivación parcial de la misma, la Corte constitucional, en una ocasión, ha ilustrado que la actuación parcial puede determinar la ilegitimidad del decreto legislativo donde debiera configurar una verdadera y real violación de principios y de criterios directivos formulados en la Ley de delegación (Corte Cost. sent. 218/87).

El sindicarse sobre el exceso del mandato sigue esquemas jurisprudenciales consolidados. La Corte Constitucional delinea en los siguientes términos el modelo de ese control:

El juicio de conformidad de la norma delegada con la norma delegante, conducido de conformidad con el art. 76 Const., se expresa a través de la confrontación entre los resultados de dos procesos interpretativos paralelos: uno, relativo a las normas que determinan el objeto, los principios y los criterios directivos indicados por la ley de delegación, teniendo en cuenta el contexto normativo global en el cual se colocan y se determinan las razones y las finalidades puestas como fundamento de ésta; el otro, relativo a las normas aprobadas por el Legislador delegado, de interpretarse, donde sea posible, en el significado compatible con los principios y criterios directivos del mandato (sent. n. 503 del 2000, conforme a las precedentes sent. 425, 292, 276, 163 e 126/00; 15, 7/99; 456/98).

A propósito de la delegación legislativa dirigida a la “reorganización” de una materia, la Corte Constitucional ha precisado muchas veces que, ante la falta de principios y criterios directivos que justifiquen la reforma de la normativa preexistente, la delegación “debe ser entendida en un sentido mínimo, tal de no permitir, por sí mismo, la adopción de normas delegadas sustancialmente innovadoras respecto al sistema legislativo” (Corte Const., sent. 303/2005, que reenvía a su constante jurisprudencia: sent. 354/1998; 66/2005; 239/2003).

Por otro lado, la Corte Constitucional ha dilucidado que la relación que vincula la norma delegada a la norma delegante, bajo la luz de la *ratio* que inspira a esta última, convierte el silencio de la Ley de delegación de no obstáculo a la emanación de normas que representen un coherente desarrollo y complemento de la elección expresada por el Legislador delegante y por las razones a ella sometidas, aunque el poder deba ser ejercido en modo no solo conforme a las finalidades que la han determinado, sino también adherente al sistema delineado en la legislación precedente (Corte Const., sent. n. 111/1997).

La reciente legislación prevé no raramente decretos legislativos correctivos e integradores de precedentes decretos legislativos.

La misma Ley de delegación prevé la adopción, en función subalterna respecto a los decretos legislativos emanados sobre la base de la delegación “principal”, en modo tal que el decreto correctivo e integrador no pueda ser adoptado, en cuanto carente de objeto y de autonomía, ahí donde el gobierno no haya ejercido el mandato “principal” (Corte Const. sent. 265/96).

Por cuanto concierne a las condiciones para el ejercicio legítimo del poder normativo delegado, en las hipótesis de las cuales se trata, la Ley

otorga al Gobierno la posibilidad de ejercitar nuevamente la potestad legislativa delegada, dentro de un plazo ulterior que transcurre desde la entrada

en vigor de los Decretos Legislativos con los cuales se ha ejercido el mandato “principal”, con la finalidad de corregir —esto es modificar en alguna parte— o integrar la disciplina legislativa delegada, pero siempre en el ámbito del mismo objeto, en el respeto de los mismos criterios y principios directivos operantes por el mandato “principal”, y con las mismas garantías procedimentales (opiniones, acuerdos). Semejante procedimiento se presta a ser utilizado sobre todo en ocasión de las delegaciones complejas, cuyo ejercicio puede requerir un periodo de verificación, después de la primera actuación, y por lo tanto la posibilidad de aportar modificaciones de detalle al cuerpo de las normas delegadas, sobre la base también de la experiencia o de relieves y exigencias presentados después de la emanación, sin la necesidad de utilizar un nuevo procedimiento legislativo parlamentario, lo cual sería necesario si el mandato fuera ya completamente agotado y el relativo plazo vencido. Nada induce a considerar que tal potestad delegada pueda ser ejercida solamente para “hechos sobrevenidos”: en cambio, lo que cuenta es que se intervenga solamente en función de corrección o integración de las normas delegadas ya emanadas, y no en función de un ejercicio tardío, por primera vez, del mandato “principal”; y que se respeten plenamente los mismos principios y criterios directivos ya impuestos para el ejercicio del mismo mandato ‘principal’ (Corte Const. sent. 206/2001, comentada por Lupo).

Muchas veces asumen la forma del decreto legislativo los textos únicos, los cuales, en tal caso, se dicen “delegados”. A diferencia de los t.u. “espontáneos” (formados por el gobierno por su propia iniciativa independientemente de cualquier previsión legislativa) y “autorizados” (basados sobre una autorización legislativa carente de caracteres de la delegación legislativa *ex* artículo 76, Const.), los t.u. delegados tienen fuerza de ley.

Por lo tanto, ellos están habilitados a recoger y reorganizar la disciplina legislativa de una determinada materia, aportándole modificaciones e integraciones, abrogando disposiciones de ley o de actos equiparados (véase Corte Const., sent. 110/82: “según la mejor Doctrina no existe duda que el texto único legislativo tiene efecto abrogatorio de la disciplina precedente en el campo por éste regulado”). Se razona, en esos casos, de textos únicos “legislativos”, “normativos”, o “innovadores”, obligatorios para los órganos jurisdiccionales para contraponerlos a los t.u. meramente “*ricognitivi*”, o “*compilativi*” (véase Cass. 2979/73), que tienen, según una parte de la doctrina, valor de circular interpretativa, con las consecuencias que derivan típicamente de su inmotivado incumplimiento.

La Ley de simplificación 50/99, en el artículo 7, prevé textos únicos “mixtos”, es decir, que comprenden disposiciones de rango legislativo al lado de disposiciones de nivel reglamentario.

2. *El decreto-ley*

La formulación del artículo 77 de la Constitución refleja la desconfianza de los constituyentes frente al decreto de urgencia, que en el régimen preconstitucional estaba normado por el artículo 3 de la Ley “fascistísima” 100 de 1926 (“Sobre la facultad del Poder Ejecutivo de emanar normas jurídicas”), en términos gravemente lesivos de las prerrogativas parlamentarias, pues entre otras cosas se preveía un plazo bienal para la conversión en ley y la pérdida de eficacia solo *pro futuro* desde el vencimiento del plazo (“Si dentro de dos años desde su publicación el Decreto no haya sido convertido en ley, éste cesa de tener vigor desde el día del vencimiento de este plazo”).

El artículo 77 de la Constitución subordina la adopción de los decretos-leyes a una larga serie de presupuestos y cautelas, utilizando repetidamente cláusulas negativas, cautelares y de excepción:

El Gobierno *no puede*, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan valor de Ley ordinaria. Cuando en *casos extraordinarios de necesidad y de urgencia* el Gobierno adopte, *bajo su responsabilidad, medidas provisionales* con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos *perderán todo efecto* desde el principio si no fueren convertidos en ley dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos.

También la regulación constitucional del decreto-ley ha sido flanqueada por una articulada reglamentación legislativa, en buena parte interactiva de principios ya deducibles por la Constitución. Es de indudable utilidad el examen de la disciplina legislativa del decreto de urgencia para encauzar las múltiples manifestaciones patológicas en la praxis, bien alejada del dictado constitucional, en especial hasta las decisiones pronunciadas por la Corte Constitucional a mitad de los años noventa, que han mitigado de alguna manera las manifestaciones.

Mas allá de la previsión de la indicación del *nomen iuris*, análogamente en cuanto a lo dispuesto por en el artículo 14 para los decretos legislativos, el artículo 15, apartado 1, de la ley 400/1988 requiere la indicación, en el preámbulo, de las circunstancias extraordinarias de necesidad y urgencia que justifican la adopción del decreto-ley, así como de la deliberación del Consejo de Ministros.

Con el fin de fijar el uso del decreto de urgencia conforme con su propia función, el tercer apartado establece que los decretos-leyes deben contener “medidas de inmediata aplicación” (de diferente modo, resultaría desmentido el presupuesto de urgencia, aunque algunos observan que esta última puede reconocerse a veces en la necesidad de dar una respuesta inmediata a las tensiones sociales, también mediante medidas no sujetas a una inmediata ejecución); además, el contenido del decreto-ley debe ser “específico, homogéneo y correspondiente al título” (lo que debería contribuir a reducir la *praxis* de los denominados decretos *omnibus*).

El listado de los límites al decreto de urgencia (artículo 15, apartado 2) constituye casi integralmente una explicación de los límites explícitos o implícitos en la Constitución.

Según la citada disposición, el gobierno no puede, mediante un decreto-ley, otorgar delegaciones legislativas, ocuparse de las materias indicadas en el artículo 72, cuarto apartado, const. (de las cuales tal vez solo la materia electoral no resulta ya sustraída por la Constitución al Decreto de urgencia); renovar las disposiciones de los decretos leyes de los cuales haya sido negada la conversión en ley con el voto de una de las dos Cámaras (esto, que parecería implicar la legitimidad de la reiteración a consecuencia del mero transcurso del plazo de sesenta días previstos por el artículo 77 const. además en contraste con los principios expresados en la posterior sentencia de la Corte Cons. sent. 360/96); regular las relaciones jurídicas surgidas sobre la base de los decretos no convertidos, dicha regulación siendo reservada a la ley por el artículo 77, último apartado const. (con relación ya sea a los d.l. no convertidos a consecuencia del examen parlamentario, ya sea a los decretos perjudicados por el inútil transcurso del plazo de sesenta días); restablecer la eficacia de disposiciones declaradas ilegítimas por la Corte Constitucional por vicios no inherentes al procedimiento.

Ulteriores límites a la adopción de los decretos-leyes en materia tributaria resultan establecidos en la Ley 212/2000, “Disposiciones en materia de estatuto de los derechos del contribuyente”, en los artículos 1, c. 2, 2 y 4, de dudosa obligatoriedad frente al decreto de urgencia sucesivo.

En cuanto a los presupuestos justificativos del decreto-ley, es necesario recordar que la jurisprudencia constitucional ha abandonado el asunto, compartido en el pasado, que reservaba al Parlamento un poder exclusivo de evaluación de la subsistencia en concreto de esos presupuestos y su corolario, según el cual “la conversión en Ley de un Decreto-Ley impugnado hace decaer las censuras de inconstitucionalidad del mismo Decreto, concernientes en la falta de los presupuestos de necesidad y urgencia” (Corte Const. sent. 1033/88). Según la Corte Constitucional —que niega cualquier pre-

clusión respecto al control del decreto-ley y/o de la ley de conversión bajo el aspecto de los presupuestos justificativos— la posición precedentemente compartida ignora que, de conformidad con el artículo 77 const.,

la preexistencia de una situación de hecho implicante la necesidad y la urgencia de proveer por medio de la utilización de un instrumento excepcional como es el Decreto-Ley, constituye un requisito de validez constitucional de la adopción del susodicho acto, de modo tal que la eventual evidente carencia de aquel presupuesto configura tanto un vicio de legitimidad constitucional del Decreto-Ley, en hipótesis adoptado fuera del ámbito de las posibilidades aplicativas constitucionalmente prevista, en cuanto es un vicio *in procedendo* de la misma Ley de conversión (Corte cost. sent. 29/95).

También sobre el fenómeno de la reiteración del decreto-ley, la Corte Constitucional ha intervenido con la fundamental sent. 360 de 1996, ilustrando que deben considerarse constitucionalmente ilegítimos, por violación del artículo 77 const., los decretos-leyes repetitivos o reiterativos, cuando los decretos, considerados en su totalidad o en singulares disposiciones, hayan reproducido, ante la ausencia de nuevos (y sobrevenidos) presupuestos extraordinarios de necesidad y urgencia, el contenido normativo de un decreto-ley que haya perdido eficacia como consecuencia de la ausente conversión, en cuanto el decreto-ley repetitivo o reiterativo —por el hecho de reproducir (en su totalidad o en singulares disposiciones) el contenido de un decreto-ley no convertido, sin introducir variaciones sustanciales— colisione con la previsión constitucional.

En la sentencia 360 de 1996, la Corte, admitiendo además la orientación de la doctrina preponderante, ha reconocido la incompatibilidad de la praxis de la reiteración con el artículo 77 de la Constitución por una serie de razones: porque altera la naturaleza provisional del decreto de urgencia, postergando de hecho el plazo infranqueable previsto por la Constitución para la conversión en ley; porque quita valor al carácter “extraordinario” de los requisitos de necesidad y urgencia, puesto que la reiteración viene a estabilizar y a prolongar en el tiempo la evocación de los motivos ya puestos como fundamento del primer decreto; porque atenúa la sanción de la pérdida retroactiva de eficacia del decreto no convertido, puesto que el recurso repetido a la reiteración suscita en el ordenamiento la expectativa de consolidación de los efectos determinados por el decreto de urgencia mediante la aprobación final de la disciplinada reiterada; porque la praxis de la reiteración, tanto más si es difundida y prolongada en el tiempo, incide sobre los equilibrios institucionales, alterando los caracteres de la misma forma de gobierno y la atribución de la función legislativa ordinaria al Parlamen-

to (artículo 70 const.); por último, porque semejante praxis, si es difundida y prolongada, ataca también la certeza del derecho en las relaciones entre los diversos sujetos, por la imposibilidad de prever la duración en el tiempo de las normas reiteradas y el resultado final del proceso de conversión, con consecuencias todavía más graves en los casos en los cuales el decreto reiterado incida en la esfera de los derechos fundamentales, en la materia penal, o sea, en todo caso tal de determinar efectos irreversibles en falta de conversión final.

En la misma pronunciación, y en aparente contradicción con la sent. 29 de 1995, la cual había excluido la idoneidad de la conversión en ley a sanar los vicios del decreto-ley (véase Celotto), se precisa que

restan salvos los efectos de los Decretos-Leyes, repetitivos o reiterados, ya convertidos en Ley en la fecha de publicación de la presente sentencia, o cuya conversión resulte en curso en la misma fecha con tal que ella intervenga en el plazo fijado por la Constitución, en cuanto, puesto que el vicio de constitucionalidad que deriva de la repetición de la reiteración se refiere, en sentido lato, al procedimiento de formación del Decreto-Ley como la disposición provisoria fundada en extraordinarios presupuestos de necesidad y urgencia, deriva que dicho vicio puede considerarse sanado cuando las Cámaras, a través la Ley de conversión (o de aprobación), hayan asumido como propios los contenidos o los efectos de la disciplina adoptada por el Gobierno en sede de Decreto de urgencia (en sentido análogo, Corte Const. sent. 398/98).

Como delucidación del alcance de la sent. 360/96, la Corte ha excluido alguna duda sobre el poder que corresponde al Legislador de regular autónomamente una determinada relación, asumiendo como propio el contenido de un decreto-ley que en su momento ha perdido eficacia, no tratándose en dichos casos de reiteración de decretos-leyes, sino de leyes adoptadas con el procedimiento legislativo ordinario (Corte Const. sent. 416/99).

La controvertida materia de la eficacia de las enmiendas aportadas al decreto-ley por la Ley de conversión viene afrontada por el quinto apartado del artículo 15 de la L. 400/88, según el cual ellos tienen eficacia “desde el día sucesivo al de la aplicación de la Ley de conversión, salvo que esta última no disponga diferentemente”.

Dicho principio es adecuado para resolver las cuestiones aplicativas consecuentes a enmiendas agregadas, para las cuales no existe la razón de anexar un significado de conversión parcial del decreto-ley. Al regular la eficacia de las enmiendas, la Ley 400 omite disponer en mérito a la eficacia intertemporal de las disposiciones del decreto-ley implicadas por enmiendas derogatorias o sustitutivas (Pitruzzella). Con relación a la eficacia de estas

últimas enmiendas, algunos teorizan un efecto de conversión solo para el pasado, debiendo la conversión en ley referirse, en todo caso, al decreto completo, salvo que la ley manifieste una voluntad opuesta; otros hablan de carente conversión parcial.

En caso de carente conversión en ley dentro del plazo de sesenta días desde su publicación establecido en el artículo 77, tercer apartado, const., los decretos leyes pierden eficacia *ex tunc*.

En cuanto se refiere a las relaciones jurídicas surgidas sobre la base de los decretos leyes no convertidos, en el caso de que las Cámaras no hayan recurrido a la Ley de convalidación del acto previsto en el artículo 77, último apartado, const. (véase Corte Const. sent. 582/00), según una primera, más radical, dirección doctrinal, la carente conversión del decreto-ley significa que “cualquier efecto que el Decreto haya determinado, los actos realizados sobre su base pierden cualquier fundamento legal y se procederá a reestablecer la situación de derecho de la mejor manera (judiciales, administrativos y de negocio) como si el Decreto no hubiese sido nunca emanado” (Zagrebel'sky).

Con base en una diferente reconstrucción, el régimen de los actos emanados sobre la base de los decretos-leyes no convertidos va reconducido a la disciplina propia de cada acto (véase Consejo de Estado, Sez. VI, 13-2-1997, 272) y, en cuanto concierne a los actos administrativos en particular, se distingue entre el caso en el cual el decreto-ley constituye fuente atributiva del poder administrativo, o norma disciplinante de las modalidades de ejercicio de ese poder, considerándose, en el primer caso, el acto nulo, y por lo tanto desaplicable por cualquier operador, y en el segundo caso, “este será removido, solamente si será impugnado tempestivamente ante el juez administrativo o en caso de anulación de oficio” (Sorrentino).

En la jurisprudencia administrativa se considera que “el acto administrativo tramitado con base en un Decreto-Ley no convertido desaparece *ab origine* del mundo jurídico, en cuanto carente del fundamento normativo sobre el cual había sido adoptado” (*ex multis*, T.A.R. Campania, Sez. I, 28-9-1989, n. 530). En términos no del todo coincidentes, se ha afirmado, sin embargo, con decisión criticada por una parte de la doctrina, que los actos adoptados sobre la base de los decretos-leyes no convertidos

pierden retroactivamente su fundamento normativo, para resultar, según los casos, actos adoptados ante la carencia de poder o actos ilegítimos, ciertamente no nulos, siendo en todo caso idóneos para producir algunos efectos jurídicos y siendo la nulidad una reacción o sanción del ordenamiento de tal gravedad de requerir su expresa previsión normativa... la inexistencia, ori-

gitaria o subsiguiente, de la norma atributiva del poder en concreto ejercido debe considerarse, por lo tanto, que incide solamente en la invalidez de la disposición administrativa (Consejo de Estado, Sez. VI, 13-2-1997, n. 272).

Si durante el procedimiento instaurado para aclarar la ilegitimidad interviene una ley de condonación que, de conformidad con el artículo 77, tercer apartado, const. “vuelve a legitimar” regulándoles las relaciones antedichas, la ilegitimidad de estas no puede ser ya declarada, resultando en consecuencia inadmisibles la cuestión de legitimidad constitucional eventualmente presentada por el decreto-ley no convertido (Corte Cost. sent. 174/87).

Sobre el asunto la Corte constitucional ha aclarado que el poder de condonación del ex artículo 77, tercer apartado, const., es ontológicamente diferente, también con relación a las consecuencias jurídicas, de aquel de conversión en ley del decreto-ley, en cuanto concierne a las relaciones jurídicas surgidas en el periodo de vigencia del decreto, cuya eficacia provisoria ha decaído *ex tunc*, de tal manera pueden ser salvados solamente los efectos que ya se han producido durante el periodo de vigencia de cada decreto-ley ineficaz, quedando inalterado el ulterior poder del Legislador de regular autónomamente situaciones anteriores, en los límites en los cuales es admisible una ley retroactiva (Corte Const., sent. 244/97, donde se agrega que la interpretación de la Ley de condonación de los efectos de disposiciones de urgencia no convertidas debe ser tratada con rigor, cuando se está en presencia de una serie de decretos-leyes no todos convertidos, ni, en todo caso, seguidos por una intervención del Legislador, que haya reproducido con valor de ley una norma contenida en una disposición definitivamente ineficaz. Sobre el argumento véase también Corte const., sent. 429 y 430/97).

V. LAS FUENTES REGLAMENTARIAS ESTATALES

En la Constitución, los reglamentos gubernamentales originalmente han recibido una modesta atención, limitándose el art. 87, quinto apartado, a presuponerlos en los casos en los que se prevé que el presidente de la República “emana los Decretos que tienen valor de Ley y los Reglamentos”.

Una explícita disciplina constitucional sobre la potestad reglamentaria ahora está contenida en el sexto apartado del artículo 117 const., en el texto que deriva de la revisión actuada con la Ley Constitucional 3 de 2001, que proporciona un explícito fundamento constitucional al poder reglamentario del Estado en las materias de legislación exclusiva, salvo mandatos a las regiones. “La potestad reglamentaria corresponde al Estado en las materias

de legislación exclusiva, salvo que la delegue a las Regiones, y corresponderá a las Regiones en cualquiera otra materia. Los Municipios, las Provincias y las Ciudades metropolitanas tendrán asimismo potestad reglamentaria para regular la organización y el desarrollo de las funciones que les estén encomendadas”.

En cuanto a la disciplina legislativa de los reglamentos gubernamentales, ministeriales e interministeriales, es necesario hacer referencia al artículo 17 de la Ley 400 de 1988.

En cuanto a los reglamentos gubernamentales, además de dictar la disciplina del procedimiento de formación, el artículo 17 propone una articulada tipología. El artículo 17, primer apartado, letra *a*), otorga al gobierno el poder de emanar reglamentos de ejecución (de las leyes y de los decretos legislativos que contienen normas de principio, excluidos aquellos relativos a materias reservadas a la competencia regional).

Entre las categorías mencionadas no es fácil distinguir: la Ley 400 hace referencia al grado de generalidad e indeterminación de la ley (a la cual dar *ejecución* o *actuación*), más bien que al reglamento, el cual se calificará *de actuación* o *de integración* donde presuponga una ley que se limite a establecer una normación de principio; en cambio, será *de ejecución*, ahí donde se refiera a una ley que contenga una regulación más detallada, pero también no sujeta a actuar o de ser aplicada en ausencia de normas secundarias de ejecución (sin que, por otro lado, en ella sea necesaria previsión específica del reglamento de ejecución). El reglamento de ejecución apropiadamente entendido, en otros términos, tiende a presentarse como condición de eficacia de la Ley a la cual se refiere.

Según la interpretación preponderante, el artículo 17 alude a los denominados reglamentos independientes, en donde, en el inciso *c*), atribuye al gobierno el poder de adoptar normas reglamentarias para regular “las materias en las cuales falte la normación por parte de Leyes o de actos que tengan fuerza de Ley, siempre que no se trate de materias reservadas a la Ley”.

En la doctrina algunos han dudado sobre la legitimidad constitucional del inciso *c*), que instituye el tipo de reglamentos gubernamentales en términos aparentemente menos rigurosos de la misma Ley n. 100 de 1926, la cual, aun atribuyendo —como la disposición expresada por la Ley 400— establecimiento y de una vez por todas una potestad reglamentaria al Ejecutivo, parecía en todo caso postular, otorgándola para “disciplinar el uso de las facultades correspondientes al Poder Ejecutivo”, leyes atributivas de las mismas potestades discrecionales. La dudosa compatibilidad de una “legitimación genérica y preventiva, de una vez por todas” con el sistema parlamentario delineado por la Constitución, así como con el principio de le-

galidad, ha sido argumentada (Carlassare) también mediante la evocación de un notable relieve, pero todavía actual: “si dado un orden de relaciones no regulado por la Ley, el Gobierno puede válidamente emanar un reglamento, se limita a determinar si en el silencio de la ley deba presumirse la potestad soberana de la Administración o la libertad de los ciudadanos” (Cammeo). Es necesario también notar que el espacio accesible al reglamento independiente resulta en los hechos más bien modesto, ya sea por la vasta área cubierta de reservas de ley, ya sea por la extensión de la denominada “*legificazione*”.

En el inciso *d*), el artículo 17 de la Ley 400 regula los reglamentos de organización, que el gobierno puede adoptar para disciplinar “la organización y el funcionamiento de las Administraciones Públicas según las disposiciones dictadas por la Ley”. La formulación indica la intención de hacer compatible la potestad reglamentaria del Ejecutivo en tema de organización y funcionamiento de la administración con las reservas de ley que la Constitución prevé en esta materia (artículos 97, primer y segundo apartado; 95, tercer apartado, const.).

A parte de las dificultades de coordinación entre el artículo 97 —del cual se deduce una reserva relativa en tema de organización de las oficinas públicas— y el artículo 95, tercer apartado, const., que contiene una reserva de ley en materia de organización de los ministerios que una parte de la doctrina considera absoluta, en la doctrina es difundida la propensión a considerar la potestad reglamentaria atribuida al gobierno por el inciso *d*) del artículo 17 destinada a traducirse, en sustancia, en reglamentos de ejecución y de actuación.

La *delegificazione* es peculiar en materia de organización ministerial, conforme con el apartado 4-bis del artículo 17 de la Ley 400, introducido por el artículo 13, c.1, de la Ley 59/97: “La organización y la disciplina de las oficinas de los Ministerios están determinadas, con reglamentos emanados de conformidad con el apartado 2, a propuesta del Ministro competente de acuerdo con el Presidente del Consejo de Ministros y con el Ministro del Tesoro, en el respeto de los principios previstos por el Decreto Legislativo 3 de febrero 1993, n. 29, y sucesivas modificaciones, con los contenidos y en el respeto de los criterios que siguen”, entre los cuales figura la “previsión de Decretos ministeriales de naturaleza no reglamentaria para la definición de las tareas de las unidades de dirección en el ámbito de las oficinas de los Directivos generales”, que ha inducido a algunos, junto a otras previsiones legislativas análogas de actos normativos de naturaleza no reglamentaria —D. Leyes 80/98; artículo 9, c. 7, D. Leyes 303/99— a razonar de “fuga del reglamento”, autorizada por el Legislador).

En el segundo apartado, el artículo 17 de la Ley 400 disciplina los denominados reglamentos delegados (o autorizados). Se trata de un instrumento de “*delegificazione*” y simplificación, preordenado a la “transferencia de la disciplina... de una determinada materia o actividad de la sede legislativa a la sede reglamentaria” (Martines) y por lo tanto finalizada a eliminar la rigidez que deriva de la naturaleza legislativa de la disciplina de determinados objetos (en su mayoría necesitados de una reglamentación pasible de correcciones y actualizaciones frecuentes). La *ratio* de la *delegificazione* ha inducido a veces a considerar no influyente —con la finalidad de la permanente disponibilidad de la materia *delegificata* por parte de la fuente secundaria— la intervención ocasional, en la misma materia, de una ley posterior; sin embargo, la doctrina preponderante excluye una conclusión de este tipo, así como niega una resistencia del reglamento a la ley posterior que intervenga a disciplinar la materia *delegificata*.

La Ley 400 dicta una regulación dirigida a disolver las dudas con relación a la admisibilidad de una fuente secundaria aparentemente habilitada a derogar la ley. Con esa finalidad, el segundo apartado del artículo 17 prevé

Reglamentos para la disciplina de las materias, no cubiertas por reserva absoluta de Ley prevista por la Constitución, para las cuales las Leyes de la República, autorizando el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, determinan las normas generales reguladoras de la materia y disponen la abrogación de las normas vigentes, con efecto desde la entrada en vigor de las normas reglamentarias.

Por lo tanto, se aclara que los reglamentos delegados, inadmisibles en las materias cubiertas por reserva absoluta de la ley, tienen una función de actuación y de integración de las “normas generales reguladoras de la materia” contenidas en la ley que las autoriza, y que a esta última, no al reglamento, va imputado el efecto abrogativo de la disciplina legislativa destinada a ser sustituida por la reglamentaria. La praxis sucesiva a la entrada en vigor de la Ley 400/1988 ha verificado un fuerte incremento del uso del instrumento del cual se trata, frecuentemente no conforme con la formulación y a la *ratio* del artículo 17, apartado 2, ya sea por la insuficiencia de las normas generales reguladoras de la materia formuladas por el legislador, ya sea por la reluctancia de este último a determinar las disposiciones legislativas objeto de abrogación.

En el último decenio, el reglamento delegado ha encontrado un vasto empleo, también en sectores particularmente delicados, como el de la reordenación y de la transformación de los entes públicos de conformidad con

el Decreto Legislativo n. 419/99, que ha encargado a la fuente reglamentaria no solamente el poder de organizar las dependencias internas de los entes, sino también el de suprimir o transformar los mismos, regulando sus relaciones externas.

Como se ha dicho, el mecanismo previsto en el artículo 17, apartado 2, actúa como un instrumento fundamental de simplificación normativa, en especial a partir de la entrada en vigor del artículo 20 de la Ley 59/97, sobre el cual no es inútil reportar cuanto ha aclarado la Corte Constitucional en la sentencia n376/2002:

El art. 20 de la Ley n. 59 del 1977 ha previsto... la emanación de una Ley anual de simplificación que actuase mediante mecanismos de *delegificazione*, de conformidad con el art. 17, apartado 2, de la Ley n. 400 del 1988, de conformidad con la actual orientación de política legislativa, seguido en la reciente Legislación, para pasar de una disciplina Legislativa a una reglamentaria en muchos aspectos de la organización y de la actividad administrativa, salvo en aquellos cubiertos por reserva de Ley según la Constitución. La simplificación era el objetivo, la *delegificazione* el instrumento: los nuevos reglamentos habrían debido realizar, por un lado, el objetivo, proveyendo procedimientos “simplificados”, por otro lado, sustituir la formación de nivel legislativo con una modificable, también a continuación, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria (véase también Corte Cost., sent. 125/2003).

El artículo 17, tercer apartado, Ley 400, disciplina los reglamentos ministeriales e interministeriales en estrecha unión al principio de legalidad en sentido formal ahí donde exige, como fundamento de la potestad reglamentaria ministerial, una puntual y expresa atribución legislativa (“Con decreto ministerial, pueden ser adoptados reglamentos en las materias de competencia del Ministro o de autoridades subordinadas al Ministro, *cuando la Ley otorgue expresamente tal poder*. Dichos Reglamentos, por materias de competencia de más Ministros, pueden ser adoptados con Decretos Ministeriales, quedando firme la necesidad de autorizaciones específicas por parte de la Ley. Los reglamentos ministeriales e interministeriales no pueden dictar normas contrarias a las de los reglamentos emanados por el Gobierno”).

La Corte Constitucional se ha pronunciado repetidamente sobre la ilegitimidad, en línea de principio, de los reglamentos estatales en materia de competencia regional, observando, ya antes de la revisión de 2001, que “según la orientación ya expresada en precedentes fallos, la regla básica en las relaciones entre fuentes secundarias estatales y fuentes regionales es la separación de las competencias, tales de poner a las Regiones al reparo de las interferencias del Ejecutivo central”.

En razón de tal separación, la Corte ha excluido la posibilidad de que un reglamento (gubernamental o ministerial) pueda contener normas dirigidas a limitar la esfera de competencia de las regiones en las materias a ellos atribuidas (sent. 482 y 333/1995; 61 y 97/1992), desatendiendo las reglas constitucionales relativas al orden de las fuentes normativas, así como los principios expresamente sancionados por el artículo 17 de la Ley 400 de 1988, que en el apartado 1, inciso *b*), establece que los reglamentos gubernamentales de actuación e integración no pueden intervenir en las materias reservadas a la competencia regional, mientras que en el apartado 3 circunscribe la potestad reglamentaria ministerial solo a las materias de competencia del Ministro o de autoridades subordinadas al mismo (Corte Const. sent. 250/96; véase además, *ex plurimis*, Corte Const. sent. 376/02; 84/01; 209/00; 420/99; 408 y 352/98; 378/95; 461/92; 391, 349, 204, 49/91).

La orientación jurisprudencial debe considerarse ahora consolidada y reforzada en el sentido de una separación más neta de las competencias, con mayor garantía para las regiones consiguiente a la modificación del título V de la parte II de la Constitución por obra de la Ley Constitucional 3, de 2001, que permite al gobierno y a los otros órganos estatales adoptar reglamentos solamente en las materias de legislación exclusiva del Estado (artículo 117, sexto apartado, Const.; ver Corte Const., sentencias 49/2004; 424/2004; 425/2004; 30/2005; 449/2005; 213/2006 y 214/2006).

Después de la revisión constitucional de 2001, la jurisprudencia constitucional todavía no se ha pronunciado sobre la legitimidad de los reglamentos estatales adoptados en materia de competencia regional para la actuación del derecho comunitario.

La posibilidad de utilizar reglamentos gubernamentales y ministeriales “flexibles” en las materias de competencia legislativa regional ha sido recientemente confirmada por la Ley 11, de 2005, que ha admitido el esquema delineado por la Corte Constitucional antes de la reforma del título V, con base en la cual, con el fin de intervenir en vía sustitutiva, también preventiva, para garantizar la actuación de las directivas comunitarias, el Estado puede recurrir en vía supletoria ya sea a reglamentos gubernamentales (Corte Cost. sent. 425/1999), así como a los reglamentos ministeriales (Corte Cost., Ord. 106/2001), que no deben considerarse lesivos de las atribuciones regionales en cuanto “flexibles” y destinados a dejar espacio a las normas regionales, una vez que hayan sido aprobadas.

En realidad, la Ley 11 ha reforzado las garantías de tutela de las regiones, admitiendo además las indicaciones del Consejo de Estado, el cual, después de la revisión, ha considerado que —no obstante lo previsto en el sexto apartado del artículo 117 const., que atribuye al Estado la potestad

reglamentaria solamente en las materias de competencia legislativa estatal exclusiva— la praxis de los reglamentos estatales flexibles continúa a estar justificada, también de conformidad con el artículo 117, quinto apartado, en cuanto es necesaria para evitar el surgimiento de la responsabilidad comunitaria del Estado. El Consejo de Estado (Ad. Gen., dictamen del 25 febrero 2002) ha argumentado en materia de responsabilidad comunitaria del Estado: el quinto apartado del nuevo artículo 117 const. “prevé expresamente un poder sustitutivo del Estado en caso de incumplimiento de las Regiones o de las Provincias autónomas” y “presenta una norma que conduce a los artículos 11 y 117, primer apartado, de la Constitución, es decir al general poder-deber del Estado de respetar las obligaciones comunitarias hacia las cuales es responsable unitariamente”. Se precisa también que el ejercicio de los poderes sustitutivos de naturaleza reglamentaria debe considerarse sometido al principio de leal colaboración, al límite territorial (aplicabilidad solo en el territorio de la región incumplidora), al principio de legalidad, a la consulta previa de la Conferencia Estado-Regiones... y en todo caso limitado a la actuación de las directivas comunitarias “para las cuales ha vencido el plazo... para la adaptación, sin que exista en el Derecho interno actuación de las mismas”, determinando además que “ya que la norma Constitucional prevé el poder sustitutivo en caso de incumplimiento, la norma estatal, si es promulgada anteriormente, tendrá efecto solamente desde el vencimiento de la obligación comunitaria de actuación de la Directiva frente a las Regiones incumplidoras”.

Se trata de un aspecto de primaria importancia, resultando la praxis de los reglamentos flexibles tal vez teorizables en una lógica de especialidad de la materia comunitaria —de conformidad con el quinto apartado del artículo 117 const.— pero en los límites de una sustitución (ya no preventiva, sino más bien exclusivamente) posterior al producirse el ilícito comunitario por vencimiento del plazo fijado por la directiva.

Por otro lado, no va dejado de lado que si bien la Ley 11 de 2005 haya valorizado fuertemente la versión “garantizadora” y colaboradora de la sustitución reglamentaria, en la versión delineada por el Consejo de Estado y por una parte de la doctrina, las *leggi comunitarie* más recientes han preferido utilizar el decreto legislativo “flexible”, en función de la sustitución anticipada, con el aparente objeto de evitar tensiones y conflictos con las regiones y las provincias autónomas.

El artículo 11, c. 8, de la Ley 11 de 2005 establece que

con relación a cuanto está dispuesto por el artículo 117, quinto apartado, de la Constitución, los actos normativos objeto del presente artículo [Reglamentos gubernamentales, Ministeriales, Interministeriales] pueden ser adoptados

en las materias de competencia legislativa por las Regiones y por las Provincias autónomas con el fin de poner remedio a la eventual inercia de los susodichos Entes al dar actuación a normas comunitarias. En dicho caso, los actos normativos Estatales adoptados se aplican, para las Regiones y las Provincias autónomas en las cuales no haya entrado todavía en vigor la propia normativa de actuación, a partir del vencimiento del plazo establecido para la actuación de las respectiva normativa comunitaria, pierden en todo caso eficacia desde la fecha de entrada en vigor de la normativa de actuación de cada Región y Provincia autónoma y llevan la explícita indicación de la naturaleza sustitutiva del poder ejercido y del carácter flexible de las disposiciones contenidas en las mismas. Los antedichos actos normativos están sometidos al examen preventivo de la Conferencia permanente para las relaciones entre el Estado, las Regiones y las Provincias de Trento y de Bolzano.

De los reglamentos se distinguen las ordenanzas de necesidad y de urgencia, de incierta calificación, sometidas a un régimen peculiar, sobre el cual es útil reportar cuanto ha afirmado la Corte constitucional en la sentencia 127 de 1995, que subraya la necesidad de que los actos estén sostenidos por una motivación precisa:

Esta Corte ya ha subrayado el carácter excepcional del poder de derogatoria de la normativa primaria, otorgado a autoridades administrativas muñidas del poder de emanar ordenanzas, sobre la base de la específica autorización legislativa, y ha determinado que se trata de derogatorias temporalmente delimitadas, más bien no de abrogaciones o modificación de normas vigentes (sentencias 201 de 1987, 4 de 1977, 26 de 1961 y 8 de 1956). Precisamente el carácter excepcional de la autorización legislativa implica en cambio, que los poderes de los órganos administrativos estén bien definidos en el contenido, en los tiempos, en las modalidades de ejercicio (sent. n. 418 de 1992): el poder de ordenanza no puede entonces incidir sobre sectores del ordenamiento mencionados con aproximación, sin que esté especificado el nexo de instrumentalización entre el estado de emergencia y las normas de las cuales se autoriza la suspensión temporal.

De conformidad con el artículo 1, apartado 2, del D.Lgs. 112 de 1998, el poder de adoptar disposiciones urgentes puede ser otorgado también a las regiones y a los entes locales.

De los reglamentos también se distinguen los actos administrativos con contenido general (para los cuales, como para los actos normativos, no está prevista una obligación de motivación: artículo 3, apartado 2, Ley 241 de 1990, modificada recientemente, pero no sobre este punto, por la Ley 15 de 2005).

Según la jurisprudencia, los actos administrativos constituyen expresión de una simple potestad administrativa y están destinados a una pluralidad de destinatarios eventualmente indeterminados en la resolución, pero determinables; ello, a diferencia de los reglamentos, los cuales —además de presentarse diferentemente bajo el aspecto formal y procedimental— son expresión de una potestad normativa atribuida a la administración con carácter secundario respecto a la legislativa, y disciplinan en abstracto tipos de relaciones jurídicas mediante una reglamentación de actuación o de integración de la ley, pero igualmente innovadora del ordenamiento jurídico existente, con preceptos que precisamente hacen evidentes el carácter general y abstracto (Corte di cass., Sez. III, 5.7.99, n. 6933; véase también Corte di cass, Sez. U., sent. 10124/94).

Entre los actos que no pueden ser asimilados a los reglamentos van por último enumeradas las circulares, las cuales carecen, según la opinión preponderante, de valor normativo (Giannini; según la jurisprudencia, las circulares administrativas son actos internos de la administración, y no pueden producir efectos jurídicos frente a sujetos extraños a la misma: *ex plurimis*, Corte di cass., sez. I, 24-5-1995, 5661).

1. *Sigue. Los poderes normativos de otras autoridades estatales y de las autoridades independientes.*

Ya los artículos 3 y 4 de las *Disposizioni preliminari al Codice civile* hacían referencia a los “Reglamentos de otras Autoridades”, categoría a la cual eran llevadas una variedad de medidas con contenido normativo con diferentes denominaciones, a veces de incierta clasificación, muchas veces reguladas por fuentes legislativas fragmentarias. Por ejemplo, se pueden mencionar las tarifas profesionales forenses.

En el actual sistema de las fuentes, han asumido una importancia creciente los actos normativos de las autoridades administrativas independientes. Entre los actos relevantes de las autoridades independientes se deben mencionar, sin pretender ser exhaustivos, las disposiciones normativas del Banco de Italia, previstos por el texto único de las leyes en materia bancaria y de crédito aprobado con el D. Lgs. 385 de 1993; los reglamentos y las otras disposiciones normativas de la Comisión Nacional para la sociedad y la Bolsa de Valores (véase en particular el Texto único de las disposiciones en materia de intermediación financiera adoptado con el D. Lgs. 58 de 1998 y el D. Lgs. 213 de 1998, sobre la introducción del euro en el ordenamiento nacional, artículos 12 y 36); algunas disposiciones del Instituto para la Vigi-

lancia sobre los Seguros Privados y de Interés Colectivo (ISVAP), en materia de vigilancia en el sector de los seguros, del cual el Código de los Seguros (D. Lgs. 209 de 2005) ha extendido notablemente los poderes normativos (véase especialmente los artículos 5 y 191); algunos actos de la autoridad para la energía eléctrica y el gas, instituida por la Ley 481 de 1995, que contiene normas para la competencia y la regulación de los servicios de utilidad pública; las disposiciones reglamentarias adoptadas por la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado instituida con la Ley 287 de 1990, para la definición de los procedimientos inherentes a las violaciones de la disciplina de la competencia (interna) y de la publicidad comercial, engañosa o comparativa; los Reglamentos de la Autoridad para las Garantías en las comunicaciones, previstas en la Ley 249 de 1977 (véase también el artículo 10 D. Lgs. 117 de 2005); las disposiciones emanadas en el pasado por el garante para la editorial para la disciplina, por ejemplo, de las campañas electorales y de referéndum, facultades que ha asumido la Autoridad para las Garantías en las Comunicaciones, de conformidad con el artículo 1, apartado 22, de la Ley 249 de 1997. El Decreto Legislativo 252 de 2005 (en el artículo 19) ha atribuido significativas facultades normativas a la Comisión de vigilancia sobre las formas de pensiones complementarias (Convip).

Es controvertida la calificación de las facultades de la Comisión de Garantía para la actuación de la Ley sobre la Huelga en los Servicios Públicos Esenciales, previstos en el artículo 2, apartado 4, y 13 de la Ley 146/90 y de las facultades de regulación de la autoridad para la vigilancia sobre los trabajos públicos.

Según el enfoque mayormente compartido, la facultad reglamentaria con relevancia externa de las autoridades independientes debe basarse en un fundamento legislativo explícito. En consideración de la carencia de legitimación democrática, según una parte de la doctrina no puede ser configurado ni como facultad reglamentaria independiente ni como facultad reglamentaria delegada en función de *delegificazione*. Sin embargo, no es poco frecuente que la ley otorgue a los reglamentos de las autoridades independientes, capacidades derogatorias de disposiciones legislativas ya vigentes, según una forma de *delegificazione* que en la doctrina se considera admisible “siempre que, naturalmente, el ámbito material asignado a la fuente reglamentaria esté circunscrito, en modo tal que pueda decirse que la abrogación de las Leyes precedentes descienda no tanto del ejercicio de la facultad reglamentaria, sino más bien de la creación a su favor de una esfera de competencia normativa” (Sorrentino, Grasso).

En tema de atribuciones reglamentarias de las autoridades independientes, en un reciente dictamen del Consejo de Estado (núm. 1163/2004

de 25.2.2005) se lee que “en ciertos casos la configuración de una mayor discrecionalidad de las Autoridades independientes también en el ejercicio de sus funciones normativas resulta coherente con su rol, que no es solo el de efectuar y dar actuación, sino regular y por lo tanto también reglamentar; de conformidad a las exigencias que poco a poco se presentan en el sector correspondiente, también y sobre todo sobre la base de la experiencia, de la praxis, de la acción de cuantos actúan”.

2. *Sigue. Principio de legalidad y control jurisdiccional sobre los reglamentos*

Deriva de los artículos 3 y 4 de las disposiciones preliminares al Código civil, de la Ley 400 de 1988 y, en términos solamente implícitos, de la Constitución, el sometimiento de la facultad reglamentaria al principio de preferencia de ley, así como al principio de legalidad, entendido en sentido ya sea formal o ya sea sustancial.

El principio de legalidad entendido en sentido sustancial tiende a coincidir —en las materias por estas involucradas, y fija la parcial diversidad de funciones de los dos principios— con el límite de las reservas de ley.

Dichas consideraciones no parecen superadas por las nuevas normas constitucionales contenidas en el sexto apartado del artículo 117.

El control jurisdiccional sobre los reglamentos puede confluír, en aplicación del principio jerárquico, en la anulación o en la desaplicación de la disposición reglamentaria ilegítima, según la autoridad jurisdiccional —juez administrativo u ordinario— que lo ejerce. Se trata de técnicas de control que la doctrina ha juzgado, sobre todo en el pasado, inadecuadas, en consideración de las restricciones y de los obstáculos de orden procesal que limitaban, y en parte todavía limitan, la funcionalidad de los remedios de la justicia administrativa. En particular, el Consejo de Estado ha negado constantemente la desaplicabilidad del reglamento en sede de juicio administrativo, considerando que este siempre debiera ser ritualmente impugnado, como acto previsto, junto a la disposición que lo aplica.

En la doctrina, con relación a lo anterior, se había notado que “el Reglamento, en cuanto acto que se limita a normar la resolución... asume una posición normativa específica; y precisamente a este título debería estar sujeto a un régimen general de desaplicabilidad donde sea ilegítimo o inconstitucional” (Carlassare).

La jurisprudencia contraria a la desaplicación de los reglamentos por parte del juez administrativo, como se ha dicho, ha sido superada a partir de la sentencia del Consejo de Estado, Sez. V, 26 febrero 1992, n. 154, en la cual se lee que

el contraste entre norma legislativa y reglamentaria se resuelve sobre la base del principio de jerarquía de una fuente sobre otra. Por lo tanto, debe considerarse inaplicable la disposición reglamentaria donde ésta esté en contraste con una norma específica de Ley, aún ante el específico pedido de parte, siendo permitido al Juez de sindicar actos normativos de grado secundario con el fin de verificar la idoneidad para innovar el ordenamiento y, en concreto, para proporcionar la regla de juicio con la cual resolver la cuestión controvertida.

El poder del juez administrativo de proceder a la desaplicación de los reglamentos ilegítimos, después de una limitación inicial a la jurisdicción exclusiva (véase, por ejemplo C.S., sez. V, 24 julio 1993 n. 799; C.S., sez. V, 7 abril 1995 n. 531), es, a este punto, indiscutible también en la jurisprudencia, después de algunas indecisiones, en sede de jurisdicción general de legitimidad. Por lo demás, el control jurisdiccional sobre los reglamentos es ejercido según las modalidades propias de los actos administrativos.

La orientación uniforme de la jurisprudencia constitucional sostiene la inadmisibilidad de cuestiones de legitimidad constitucional contra actos reglamentarios, pues que no son “actos que tienen fuerza de Ley” según lo previsto en el artículo 134 const. (en Corte Const., sent. 23 de 1989 se lee: “Hasta que la evolución histórica del sistema constitucional, también por el creciente pluralismo de las formas de producción normativa, conservará la actual configuración monista de la forma del Gobierno con un Poder Legislativo reservado al Parlamento y no reconocido en vía original y concurrente también al Ejecutivo o a otros órganos, el control demandado a la Corte constitucional por el art. 134 Const. debe entenderse limitado sólo a las fuentes primarias”, véase también, *ex plurimis*, Corte Const., sent. 554, 328 100/00; 436/97; 199/93; 484 y 311/93; 121/88).

Los límites y las carencias de la tutela jurisdiccional común frente a los reglamentos ilegítimos han inducido a la doctrina a reconsiderar en esta materia el papel de la Corte Constitucional, especialmente bajo el aspecto del control indirecto sobre los reglamentos de ejercer —bajo determinadas condiciones— a través del control de constitucionalidad sobre la ley atributiva de la potestad reglamentaria. Por su lado, la Corte no deja de empujar al juez común, ordinario o administrativo, a desenvolver en profundidad su función de control de la legitimidad y de la constitucionalidad de las fuentes secundarias.

A este respecto, en la sentencia 427 de 2000, la Corte Constitucional afirma:

La plena aplicación de la garantía de la Constitución en el sistema de las fuentes, en particular con referencia a las de valor reglamentario adoptadas

en sede de “*delegificazione*”, no está comprometido, en todo caso, por la antedicha limitación de la jurisdicción del juez constitucional. La garantía normalmente se debe buscar, de vez en vez, según sea el caso, o en la cuestión de constitucionalidad sobre la Ley que habilita al Gobierno para la adopción del reglamento, donde el vicio por ella causado (por haber puesto, en hipótesis, principios inconstitucionales o por haber omitido poner principios en materias que constitucionalmente lo requieran); o en el control de legitimidad sobre el reglamento, en el ámbito de los poderes que corresponden a los jueces ordinarios o administrativos, donde el vicio sea precisamente y exclusivamente del mismo reglamento (véase también Corte Cost., sent. 209 de 2000).

VI. LAS FUENTES REGIONALES Y LOCALES (REENVÍO)

Sobre las leyes y los reglamentos regionales, así como también sobre los estatutos y los reglamentos de los entes locales, véase el capítulo 7, relativo al sistema de las autonomías territoriales.

VII. LA PUBLICACIÓN DE LAS FUENTES-ACTO

La publicación es la condición para la entrada en vigor y la eficacia de los actos normativos. La publicación de las leyes está disciplinada en el artículo 73 const., el cual en el tercer apartado establece que “las Leyes son publicadas inmediatamente después de la promulgación y entran en vigor el decimoquinto día sucesivo a su publicación, salvo que las mismas Leyes establezcan un plazo determinado”.

Los sujetos destinatarios de la obligación de proveer a la publicación, las modalidades y el plazo dentro del cual a ella debe proveerse están regulados por los d.P.R. n. 1092 de 1985, 217 de 1986, 611 de 1986.

De conformidad con el artículo 73 const., la publicación es condición necesaria de la entrada en vigor de las leyes (Corte Const., sent. 39 de 1959). Bajo el perfil teórico, la entrada en vigor de las leyes no va confundida con la explicación de su eficacia: con la primera, surge en los destinatarios y en los órganos de la aplicación la obligación, antes inexistente, de cumplir la ley y, respectivamente, de aplicarla (en este sentido, se debe interpretar el título del artículo 10 de las Disposiciones preliminares al Código Civil, que hace referencia al “inicio de la obligatoriedad de las Leyes y de los Reglamentos”); por (el ejercicio de la) eficacia de una ley, en cambio, se entiende la fecha de inicio de sus efectos, la cual (con los límites ya tomados bajo examen) puede también ser retroactiva (sobre la completa problemática, Ainis).

El artículo 73 const. autoriza además al Legislador a establecer un plazo para la entrada en vigor de la ley sucesivamente después de su publicación, sin impedirle —en opinión de la doctrina preponderante, que no incorpora al instituto de la publicación la función de permitir el conocimiento de la ley— disponer la entrada en vigor de la misma ley el mismo día de la publicación. Ante la ausencia de una expresa disposición legislativa, el tiempo que transcurre entre la publicación y la entrada en vigor —*vacatio legis*— es el establecido en el tercer apartado del artículo 73 const. La Corte Constitucional ha desatendido en diversas oportunidades la opinión doctrinal que de la mencionada disposición constitucional pueda derivar un principio constitucional de irretroactividad eficaz para todas las leyes, también de las no penales (sentencias 71/57; 83/74; 184/81).

En cuanto se refiere a la disciplina legislativa de la publicación —contenida en las fuentes anteriormente citadas, además de en el artículo 10, primer apartado, de las Disposiciones preliminares, de contenido sustancialmente idéntico al artículo 73 const.— ella en gran parte se refiere indistintamente a las leyes y a las otras fuentes normativas estatales, que se consideran publicadas, con la finalidad de su entrada en vigor y de conformidad con el artículo 7 del T.U. 1092/1985, con la inserción en la *Gazzetta Ufficiale*, encargando al Ministro de Justicia, el cual debe proveer dentro los treinta días desde el perfeccionamiento del acto de cuya publicación se trata (artículo 9 del T.U. 1092/1985).

Según una orientación menos reciente seguida por la jurisprudencia, la obligación de publicación y el instituto de la *vacatio legis* se referían exclusivamente a las leyes y a los reglamentos emanados con d.P.R., y no encontraban aplicación (salvo expresa derogatoria legislativa) para los decretos ministeriales. Habiendo sido objeto de críticas en sede doctrinal, la orientación aparece hoy en día superada bajo la luz del artículo 17, cuarto apartado, de la Ley 400/1988, que requiere también la publicación para los reglamentos ministeriales e interministeriales.

Se ha anticipado que la publicación no tiene, precisamente, la función de asegurar o solo de permitir, el conocimiento de la ley (para una profundización del tema, compartido por la doctrina, así como por la jurisprudencia preponderante, véase Grottanelli de Santi). Más bien, la publicación en la *Gazzetta ufficiale* produce una presunción de conocimientos *iure et de iure*. La validez general del principio *ignorantia iuris non excusat* ha sido además dimensionada por la Corte Const., la cual con la sentencia 364 de 1988 ha declarado ilegítimo, por violación de los artículos 2, 3, primer y segundo apartado, 25, segundo apartado, 27, primer y tercer apartado, const., el artículo 5

del Código penal en la parte en la cual no excluye la ignorancia inevitable por la no excusabilidad de la ignorancia de la ley penal.

VIII. LAS FUENTES-HECHO

Según el artículo 8 (“Usos”) de las Disposiciones preliminares al Código Civil, “en las materias reguladas por las Leyes y por los Reglamentos los usos tienen eficacia solamente en cuanto son evocados por los mismos”.

Según la opinión preponderante, pero no unánime, con el término “usos”, el artículo 8 hace referencia esencialmente a las costumbres, “fuentes-hecho” consideradas tradicionalmente como el resultado de la general y persistente repetición en el tiempo de un determinado comportamiento (*usos*, según la denominación corriente de la praxis social que constituye el elemento objetivo, o material de la costumbre) sujeta por la convicción (elemento subjetivo, o psicológico) que el comportamiento actuado sea jurídicamente obligatorio (*opinio iuris*).

La costumbre —que es un modo de producción del derecho caracterizado por la autonomía y la descentralización (en cuanto imputable a los mismos individuos que están sujetos a la misma)— asume una importancia diferente en los diferentes sectores del ordenamiento. Excluida de las materias cubiertas por la reserva de ley, asume un relieve significativo en el derecho marítimo (véase art. 1, Codice della Navigazione). La pertenencia de la costumbre a nuestro sistema de las fuentes no se arguye de alguna disposición constitucional, sino más bien del artículo 1, Disposición preliminar, que enumerando los usos entre las fuentes del derecho italiano da legitimidad, además, a la consecuencia de la violación de normas consuetudinarias como motivo del recurso en casación.

Por cuanto se refiere a la posición de la costumbre en la jerarquía de las fuentes, como fuente constituida y regulada por fuentes sobre la producción de rango legislativo, la costumbre está estructuralmente subordinada a la ley y habilitada para actuar solamente en los límites en los cuales esta lo permita. El artículo 8, Disposiciones preliminares, toma en explícita consideración la costumbre *secundum legem*, o sea, la costumbre a la cual el derecho escrito reenvía, que resulta de este modo subordinada ya sea a la ley ya sea al reglamento que lo evoque. El Código Civil contiene numerosos reenvíos a los usos, ya sea destinándolas a fuente de integración de la misma disciplina codicista, ya sea atribuyendo a los mismos eficacia derogatoria de esta última (véase por ejemplo, el artículo 2078, primer apartado, que reenvía a los usos en función ya sea integradora así como derogatoria de normas dispositivas

de ley, a título de ejemplo, entre los tantos, véase también los artículos 1182, 1183, 1374, 1454, 1457).

Interpretando *a contrario sensu* el segundo apartado del artículo 8 —según el cual “en las materias reguladas por las leyes y por los reglamentos los usos tienen eficacia solamente en cuanto son evocados por los mismos”— doctrina y la jurisprudencia propenden por la admisibilidad de la costumbre *praeter legem*, es decir, la costumbre (no evocada, por definición, por algunas fuentes-acto) idónea a proporcionar la disciplina de las relaciones jurídicas no reguladas por el derecho escrito, y por lo tanto utilizables para integrar el sistema legislativo incompleto. Al interior de esta categoría es posible distinguir ulteriormente entre costumbre operante en aquellos raros sectores en los cuales, a pesar de no estar vigente alguna fuente escrita, exista la convicción de que las relativas relaciones sean jurídicamente relevantes, y las costumbres operantes en sectores provistos de una disciplina escrita, pero incompleta (Sorrentino). Bajo la luz del artículo 12, segundo apartado, Disposiciones preliminares, el papel de la fuente consuetudinaria como instrumento para integrar lagunas legales no puede, además, sino ser modesto y, sobre todo, limitado a las hipótesis en las cuales resulten impracticables los criterios (*analogia legis*, y *analogia iuris*) indicados en el artículo 12, segundo apartado, Disposiciones preliminares.

La subordinación de la costumbre a la ley, no solamente por el artículo 15, Disposiciones preliminares, según la cual “las Leyes no son derogadas sino por Leyes posteriores” excluyen que pueda actuar vigorosamente la falta de costumbre, o la costumbre *contra legem*. El control jurisdiccional sobre la legitimidad de las normas consuetudinarias es actuado en modo amplio (“el análisis sobre la legitimidad de las normas consuetudinarias a la manera de los preceptos constitucionales y de los principios generales del ordenamiento jurídico corresponde a la autoridad judicial, no haciendo parte dichas normas de las Leyes o de los actos que tienen fuerza de Ley del Estado y de las Regiones, para las cuales el juicio de legitimidad constitucional es devuelto a la Corte Constitucional”: Corte di Cass. 5724/77).

En cuanto al conocimiento y prueba de la costumbre, las colecciones de usos, cuyo valor probatorio está regulado por el artículo 9 Disp. prel. —“Los usos publicados en las colecciones oficiales de los Entes y de los órganos autorizados a ello se presumen existentes hasta la prueba contraria”— tienen naturaleza de fuentes de conocimiento destinadas a proporcionar una formulación oficial de las costumbres hasta aquí coleccionadas. Ya que los usos insertados en las colecciones oficiales se presumen existentes hasta la prueba contraria, se admite la prueba, por parte del interesado, tanto de la inexistencia de costumbres catalogadas por los entes y órganos “autori-

zados a ello”, cuanto por la existencia de usos no publicados “en las colecciones oficiales”.

Una notable relevancia asume en las costumbres y las usanzas constitucionales. Si bien la Constitución no contiene algún reenvío a las costumbres constitucionales (sobre las cuales Rossano, y por último, Carmelengo), ellas son fuentes idóneas para integrar el derecho escrito. Se considera que la costumbre *praeter constitutionem* vincula a los mismos sujetos que han contribuido a consolidarla. Al parecer de algunos, especialmente en materia de relaciones entre los órganos constitucionales, con el fin de que pueda considerarse afirmada una costumbre constitucional es suficiente también un solo precedente. Esta puede ser aceptada como parámetro en los juicios ante la Corte Constitucional, en especial en el ámbito del procedimiento para la resolución de los conflictos de atribución entre los poderes del Estado.

Es extremadamente controvertida la distinción entre costumbre y usanzas constitucionales (que algunos —por ejemplo Sorrentino— enumeran entre las fuentes-acto). Esta últimas, según las hipótesis reconstructivas privilegiadas, se distinguen de las primeras especialmente bajo uno o más de los siguientes aspectos: las usanzas no tienen carácter obligatorio, o en todo caso no son percibidas como obligatorias (determinan “deberes atenuados”); tienen un fundamento utilitarista y se basan esencialmente sobre la expectativa de la reciprocidad; presuponen tácitamente la cláusula *rebus sic stantibus*; representan el primer estadio del más amplio proceso de formación de una costumbre; los órganos y los sujetos que las aplican miran al futuro, mientras quienes aplican una costumbre miran al pasado (Zagrebel'sky).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CAMMEO, F., “Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)”, *Trattato Orlando*, III, Milano, 1901.
- CARLASSARE, L., “Regolamento (dir. cost.)”, *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- CELOTTO, A., *L'“abuso” del decreto-legge*, I, *Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997.
- *et al.*, “Considerazioni sulla “crisi” della legge”, en MODUGNO, F., *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino 2000.
- CRISAFULLI, V. [1], *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.
- [2], *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984.
- FERRARI, G. F., “Il primo comma dell’art. 117 della Costituzione e la tutela internazionale dei diritti”, *DPCE*, 4/2006.

- FOIS, S., “Legalità (principio di)”, *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973.
- GIANNINI, M. S., “Circolare”, *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960.
- GRASSO, G., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.
- GROTTANELLI DE SANTI, G., “Commento agli artt. 73-74”, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1985.
- GUASTINI, R. [1], *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.
- [2], *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.
- IVALDI, P., “L’adattamento al diritto internazionale”, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006.
- LUCIANI, M., *La formazione delle leggi*, tomo I, 2, *Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2005.
- LUPO, N., *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003.
- MALFATTI, E., *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, 1999.
- MARTINES, T., “Delegificazione e fonti del diritto”, *Studi in onore di Biscaretti di Ruffa*, Milano, 1987.
- MORTATI, C. [1], *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964.
- [2], *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Padova, 1975.
- PACE, A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 1997.
- PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.
- PERASSI, T., *Lezioni di diritto internazionale*, II, Padova, 1957.
- PITRUZZELLA, G., *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989.
- PIZZORUSSO, A., “Fonti (Sistema costituzionale delle)”, *Digesto civ.*, IV, Torino, 1991.
- RESCIGNO, G.U., *L’atto normativo*, Bologna, 1998.
- SORRENTINO, F. [1], “Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario”, *DPCE*, 2002.
- [2], *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004.
- TARLI Barbieri, G., *Le delegificazioni (1989-1995)*, Torino, 1996.
- TESAURO, G., *Diritto comunitario*, Padova, 2005.
- ZAGREBELSKY, G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984.