

EL PODER REGLAMENTARIO EN LA NUEVA LEY ITALIANA DE ORDENACION DEL GOBIERNO*

Alessandro Pizzorusso

Profesor ordinario de Derecho Constitucional Comparado de la Universidad de Florencia

1. La Ley de 23 de agosto de 1988, número 400, es la Ley (esperada durante cuarenta años) que, según el artículo 95, apartado 3.º, de la Constitución, «dispone la organización de la Presidencia del Consejo», ya que como resulta, entre otras cosas, de su título¹, la ley se ocupa además de la «organización de la actividad del gobierno». Cuatro de sus artículos (14-17, comprendidos en el capítulo III) están dedicados a la potestad normativa del ejecutivo y uno de ellos, el 17, regula los «reglamentos», mediante la previsión de algunos tipos de actos normativos destinados a operar como fuentes secundarias² y de una serie de reglas procedimentales que deben ser observadas en su preparación y emanación. Precisamente están aquí regulados los actos normativos secundarios que son discutidos por el Consejo de Ministros y asumen la forma de decretos del Jefe del Estado y los que asumen la forma de decreto ministerial³ o interministerial. Los primeros son pues actos colegiados, mientras que los segundos son actos individuales o actos complejos.

* Este escrito, dedicado a la colección de estudios en honor del profesor Mario Nigro, se presentó al Congreso sobre «Los instrumentos gubernamentales de orientación de la Administración Pública. Perfiles comparativos», organizado por el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Florencia, y que tuvo lugar los días 12 y 13 de mayo de 1989.

¹ El título de la ley de 23 de agosto de 1988, núm. 400, es «Regulación de la actividad de Gobierno y ordenación de la Presidencia del Consejo de Ministros».

² Casi no es necesario señalar que en este contexto la distinción entre fuente primaria y norma secundaria está usada en el significado con que la emplea; por ejemplo, G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, Giuffrè, 1962, para señalar los dos distintos grados de jerarquía de las fuentes correspondientes, respectivamente, a la ley y al reglamento, y que no es distinto del significado que más a menudo recibe en la Teoría General del derecho para distinguir las normas que contienen la sanción (cfr., por ejemplo, L. H. A. HART, *The concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 77 y ss.). Tampoco es distinta de la usada por R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, trad. it., Padova, Cedam, 1967, pp. 88-89, para distinguir las normas formuladas por el legislador de las deducidas por la interpretación judicial.

³ Entre los decretos ministeriales parecen incluirse también los del Presidente del Consejo de Ministros.

Con referencia a los primeros, el artículo 17 indica seis hipótesis en las cuales pueden emanarse reglamentos que, conforme a la terminología ya existente, pueden calificarse así: *a)* reglamentos de ejecución [apartado primero, letra *a)*]; *b)* reglamentos de actuación o de integración de normas de principio contenidas en leyes-vértice referidas a materias excluidas de la competencia regional [hipótesis nueva⁴, apartado 1.º, *b)*]; *c)* reglamentos independientes [apartado 1.º, letra *d)*]; *e)* procedimientos de recepción de acuerdos sindicales para los funcionarios [apartado 1.º, letra *e)*]; *f)* reglamentos «delegados» (apartado 2.º)⁵.

Con referencia a los reglamentos ministeriales, que hasta ahora no habían sido objeto de una regulación legislativa general, se establece, por el contrario, que pueden ser aprobados «en materias de competencia del ministro o de autoridad subordinada al ministro» sólo «cuando la ley expresamente confiera tal poder» (apartado 3.º).

Ya que la ley en cuestión trata solamente del Gobierno, nada se puede deducir del hecho de que no regule las otras formas de actividad normativa secundaria actualmente en funcionamiento y que son competencia de otras autoridades estatales, subordinadas o no al Gobierno, o de autoridad encuadrada en entes públicos distintos del Estado.

Aunque entraremos más adelante en un análisis más detallado de las disposiciones de la ley, puede observarse en una primera lectura cómo en la misma se puede apreciar antes que nada una interpretación de las fragmentarias indicaciones constitucionales y una reordenación de las deshilvanadas disposiciones legislativas anteriores concernientes a la potestad reglamentaria del Gobierno. La dispersión y el desorden en el uso de los conceptos jurídicos fundamentales habían caracterizado también los textos constitucionales y legislativos anteriores al artículo 17 en cuestión. Dichas normas habían más bien ofrecido algún punto de referencia para la reconstrucción jurídica del instituto, pero, en definitiva, habían dejado siempre que esta reconstrucción se produjese en base a la regulación constitucional de la producción de normas, entendida en su conjunto, y sobre las reglas que determinan la forma de gobierno vigente.

Así el artículo 6 del Estatuto albertino, sobre el cual se cimentaron importantes doctrinas, elaboradas en tiempos de la monarquía liberal⁶, no regulaba explícitamente todas las hipótesis de actividad normativa

⁴ Inexplicablemente, G. G. PALEOLOGO, «L'attività normativa del Governo nella legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri», en *Foro it.*, 1989, V, 352, identifica los reglamentos de la letra *b)* con los reglamentos independientes, previstos claramente en la letra *c)*.

⁵ Como se sabe, el adjetivo «delegado» se usa aquí con un significado totalmente impropio, ya que no se trata de una delegación, sino de una atribución de competencia; el término viene siendo utilizado así desde hace tiempo y no sería fácil sustituirlo con otro más apropiado.

⁶ En el sentido de reconocer en el artículo 6 del Estatuto albertino el fundamento de los reglamentos de ejecución y de los reglamentos independientes, cfr. Santi ROMANO, *Il diritto pubblico italiano* (1914), Milano, Giuffrè, 1988, pp. 258-259, al que se amolda G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare* (1922), Milano, Giuffrè, 1955, pp. 154, 158.

del ejecutivo que por aquel tiempo eran admisibles, pero ofrecía una descripción de la fuente reglamentaria de la cual podía deducirse una serie de importantes indicaciones. Entre éstas, una principal era la derivada del acercamiento que el citado artículo 6 establecía entre los «reglamentos» y otros «decretos necesarios para la ejecución de las leyes»; ello acarreaba la aplicación a los primeros del régimen de los actos administrativos, fenómeno éste que fue consolidándose en una serie de grandes leyes, y según las deducciones de carácter sistemático elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia.

Entre estos fenómenos acontecidos, uno de los más importantes deriva del artículo 5 del anexo E a la ley de 20 de marzo de 1865, número 2248, que establece la no aplicación de los actos administrativos y de los «reglamentos generales y locales» no conformes a la ley. En realidad, si ese régimen era ya deducible del artículo 6 del Estatuto en la parte en la cual se establecía que «el rey... hace los decretos y los reglamentos necesarios para la ejecución de la ley sin suspender su observancia ni dispensar su cumplimiento», la deducción de un poder jurisprudencial para inaplicar reglamentos ilegítimos, derivado de la prohibición de promulgarlos, no podía considerarse prevista.

Poco más que de reconocimiento fueron, por su contenido, las disposiciones que identificaron en el Consejo de Ministros al órgano competente para la aprobación de los reglamentos, o, al menos, de los que irían revestidos de la forma de reales decretos (art. 2, núm. 1, RD 27 marzo 1867, núm. 3629; art. 2, núm. 1, RD 14 de noviembre de 1901, núm. 466). La anterior especificación representaba una mera consecuencia de los principios de la Constitución material entonces en vigor, que se podrían haber aplicado incluso sin previsiones explícitas. Menos previsoras fueron las disposiciones en materia de reglamentos de los entes locales, formuladas en varias leyes comunales y provinciales, las cuales pusieron en circulación algunas soluciones anómalas que contribuyeron también a dificultar la reconstrucción general del instituto⁷. A estos dos núcleos reguladores se acompañarán luego otras disposiciones legislativas referentes a tipos particulares de actos normativos identificables, en general, como fuentes secundarias; entre ellos, los reglamentos ministeriales⁸ centrarán la atención de los comentaristas, mientras que permanece por mucho tiempo en la incertidumbre cuál habrá de ser la regulación aplicable a toda una serie de actos normativos identificables, parece, como fuentes secundarias (ordenanzas, bandos, circulares, directivas, etc.).

El artículo 1 de la ley de 31 de enero de 1926, número 100, y los artículos 3 y 4 de las disposiciones preliminares del Código Civil suministrarán ulteriores elementos para la reconstrucción de la regulación de

⁷ Cfr. el artículo 131, núm. 6, del texto único aprobado con RD de 4 de febrero de 1915, núm. 148, actualmente vigente.

⁸ Sobre los cuales, cfr. C. MORTATI, *Sui regolamenti ministeriali* (1934), en *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, II, pp. 433 y ss.; G. VIGNOCCHI, *Il potere regolamentare dei ministri*, Napoli, Morano, 1957.

la fuente reglamentaria, pero dejarán abierta una serie de interrogantes a las que se añadieron muchas otras luego de la caída del fascismo y de la aprobación de la nueva Constitución. Esta última, aunque prevé la existencia de los reglamentos gubernamentales (art. 87, apartado 5.º) y regionales (arts. 121, apartados 2.º y 4.º, y 123, apartado 1.º, además de otras disposiciones correspondientes de los estatutos regionales especiales)⁹, no prodiga las indicaciones normativas a las cuales éstos deberían someterse. Se plantea entonces el problema de si las normas anteriores están vigentes y de si pueden conciliarse con los principios constitucionales; entre éstos destaca la atribución explícita a la Constitución de un carácter rígido, lo que, consecuentemente, forzó una acomodación de todo el sistema de fuentes en base al principio de jerarquía¹⁰. Tal situación ha dado pie a la doctrina para reanudar el debate sobre este asunto, ya muy desarrollado anteriormente, pero sin que se lograra una solución clara y generalmente aceptada. Por su parte, el legislador sólo en los últimos tiempos ha manifestado su interés por intervenir en el tema¹¹.

Junto a las disposiciones en estudio, hay que considerar como manifestaciones de esta tendencia: a) la ley de 29 de marzo de 1983, número 93, que encuadra sistemáticamente los actos de recepción de los acuerdos sindicales para el funcionariado, los cuales habían sido ya incluidos por la doctrina entre las fuentes secundarias¹²; b) la ley de 11 de diciem-

⁹ Con estos textos a la vista no puede aceptarse la afirmación de que «la costituzione non prevede un potere regolamentare» (G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, Eges, 1984, p. 206), ni la que afirma «l'assenza di vincoli imposti dalla Costituzione» a la regulación legislativa del poder reglamentario (PALEOLOGO, *ob. cit.*), ni tampoco la que contrapone las constituciones italiana y española poniendo como pretexto la falta en la primera de una previsión análoga a la contenida en el artículo 97 de la segunda (E. PALACI DI SUNI, *La regla e l'eccezione*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 208). En sentido contrario, correctamente, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Génova, Ecig, 1985, pp. 115 y ss.

¹⁰ A propósito, cfr. A. PIZZORUSSO, «Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa», en *Riv. Trim. Dir. Proc. civ.*, 1986, pp. 803-807. La elección del principio de jerarquía de las fuentes ha significado la superación de las doctrinas sobre la materia elaboradas en época prekelnseniana, incluida entre ellas la construcción del poder reglamentario, desarrollado por ZANOBINI en el ensayo anteriormente citado, el cual influyó durante mucho tiempo en la literatura sobre la materia. Como ejemplo de elaboración actualizada, cfr., sobre todo, E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967; A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970.

¹¹ Sobre las propuestas de la «Commissime Bozzi» relativas a esta materia, cfr. B. CARAVITA, M. LUCIANI, «La ridefinizione del sistema delle fonte: note e materiali», en *Pol. dir.*, 1986, pp. 301 y ss.

¹² Sobre acuerdos sindicales para los funcionarios, cfr. *Pubblico impiego e contrattazione collettiva* (Actas del XXV Congreso de Ciencia de la Administración), Milano, 1980; A. ORSI-BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, 1982, pp. 177 y ss.; F. BERLIN, «La contrattazione collettiva del pubblico impiego: momenti di collegamento tra ordinamento intersindacale e ordinamento statale», en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1982, pp. 463 y ss.; M. ARREDI y G. AURISCCCHIO, *Alcune considerazioni sulla legge quadro sul pubblico impiego*; *id.*, 1983, pp. 850 y ss.; M. S. GIANNINI, «Considerazioni sulla legge quadro per il pubblico impiego», en *Pol. dir.*, 1983, pp. 549 y ss.; P. SAITTA, «La disciplina della fonti nella legge quadro sul pubblico

bre de 1984, número 839, que significativamente ha sustituido en el título del Boletín Oficial (*Racolta ufficiale*) el término de «leyes y decretos» por el término «actos normativos», demostrando así la voluntad de distinguir, al menos para ciertos fines, el régimen de las fuentes secundarias del de los simples actos administrativos; c) el artículo 3 del texto único aprobado con DPR de 28 de diciembre de 1985, número 1092, que desarrolla la distinción, prevista en el artículo 87, apartado 5.º, de la Constitución, entre la promulgación de las leyes y la emanación de los actos con fuerza de ley y de los reglamentos, cuando regula la forma de aprobación de los «decretos normativos del Jefe del Estado»; por primera vez se diferencia formalmente entre los reglamentos mismos y los decretos con fuerza de simples actos administrativos; y d) el artículo 4 de la Ley de 9 de marzo de 1989, número 86, que ha previsto la actuación por vía reglamentaria de las directivas comunitarias.

A pesar de su evidente oportunidad, la intervención legislativa operada con el artículo 17, que estamos examinando, no aporta una contribución decisiva para configurar el poder reglamentario. Aparte de alguna perplejidad que produce su formulación y a la que nos referiremos más tarde, hay una fundamental incertidumbre que deriva del hecho de que el núcleo esencial de esa regulación no puede provenir de una ley ordinaria, sino de lo previsto constitucionalmente sobre el sistema de fuentes, e indirectamente de lo que la Carta fundamental prevé en orden a la forma de gobierno. Como debe reconocerse que entre sistema de fuentes y forma de gobierno no existe de hecho una derivación unívoca y exclusiva¹³, parece indiscutible que la ordenación del primero ejerce cierta influencia sobre la segunda, y viceversa. Por ello no puede dudarse de que las prescripciones constitucionales sobre la forma de gobierno pueden colmar, en cierta medida al menos, las lagunas de las normas referentes al sistema de fuentes¹⁴. De lo anterior se desprende que,

impiego», en *Dir. lav.*, 1983, I, pp. 305 y ss.; A. ORSI-BATTAGLINI, «Della quadratura di molti circoli», en *Pol. dir.*, 1984, pp. 3 y ss.; A. ORSI-BATTAGLINI, C. MAVIGLIA, A. S. ALBANESE, P. M. LUCIBELLO, *Accordi sindacali e legge quadro sul pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1984; L. GIAMPOLINO, «La "legge-quadro del pubblico impiego" di fronte alla Costituzione», en *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, pp. 58 y ss.; L. ZOPPOLI, *Contrattazione e delegificazione nell pubblico impiego*, Napoli, Jovene, 1986; R. ROMBOLI, «Il rinnovo dei contratti del pubblico impiego nella giungla delle fonti», en *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, pp. 194 y ss.

¹³ Cfr., en este sentido, A. PIZZORUSSO, «Sistema delle fonti e forma di stato e di governo», en *Quaderni cost.*, 1986, pp. 217 y ss.

¹⁴ La afirmación del texto nos impondría abrir aquí un amplio *excursus* para analizar cuál es realmente la forma de gobierno actualmente vigente en Italia. La economía de este estudio nos impide extendernos, pero es necesario, al menos, advertir que si bien la calificación de parlamentaria puede aplicarse a la forma de gobierno deducida de la Constitución, la evolución práctica ha acabado por devaluar las dos funciones más características de dicha forma de gobierno: el otorgamiento de la confianza al Gobierno por parte del Parlamento, y la elección de las cámaras por el cuerpo electoral. La confianza ha perdido, de hecho, toda función de control del Parlamento sobre el Gobierno para acabar reducida a una mera ratificación del acuerdo alcanzado por los partidos políticos fuera de las sedes constitucionales oficiales. Las elecciones de las cámaras están determinadas por la selección protagonizada por los partidos al confeccionar sus candidaturas. A todo lo anterior hay que

al menos en lo que respecta a las líneas fundamentales de la ordenación del poder reglamentario, una disposición como la examinada no puede asumirse más que un carácter interpretativo de los principios constitucionales. Sólo en cuestiones de detalle, el artículo 17 podrá considerarse innovador o integrador de la ordenación anteriormente vigente.

De la relación entre los principios constitucionales, relativos a la materia, y el texto del artículo 17 podrá deducirse la correcta interpretación de este último o, eventualmente, su incompatibilidad con dichos principios.

2. Cuando se habla de los reglamentos para denominar la actividad normativa emanada por una o más fuentes secundarias, se hace referencia a un sistema de fuentes organizado conforme al principio jerárquico en cuyo ámbito las fuentes calificadas como secundarias se colocan en un grado inferior a una o más fuentes primarias. Bajo este punto de vista no es decisivo el que las fuentes secundarias, por su lado, se coloquen en un grado superior a una o más fuentes terciarias, ni que las fuentes primarias se acomoden, a su vez, en un plano inferior respecto a una o más fuentes constitucionales, etc.¹⁵.

Este esquema de reconstrucción del sistema de fuentes, cuyo análisis se debe, sobre todo, a las esenciales contribuciones doctrinales de la escuela vienesa, aplicadas cada vez con mayor frecuencia en la práctica, es distinto de otros que parten de técnicas diversas.

La principal alternativa al esquema basado en el principio de jerarquía normativa de las fuentes es la cimentada en el eventual reparto de la competencia normativa entre más autoridades independientes entre sí, según varios criterios: el más importante es el que se funda en la atribución a cada autoridad de competencia para regular materias distintas.

Hay que destacar que raramente uno de los dos esquemas se utiliza de modo absolutamente independiente del otro: a menudo, las relaciones de competencia actúan dentro de un sistema inspirado en el principio de jerarquía y, por añadidura, en el interior de los diferentes grados en que el sistema se articula, o bien se establecen particulares relaciones de subordinación (limitadas a algunos aspectos) entre fuentes fundamentales igualmente reguladas, como sucede en la hipótesis de fuentes subprimarias o en la de fuentes atípicas.

añadir que los ordenamientos de los partidos, inspirados, se supone, en principios análogos a los del ordenamiento constitucional del Estado, no presentan las mismas garantías que rigen en el ámbito estatal. Por otro lado, el control de la opinión pública sobre el funcionamiento de las instituciones está a menudo paralizado o desviado por el control ejercitado sobre los instrumentos de información por sujetos cuya actuación no siempre responde a los principios de la democracia representativa. Puede concluirse, a la vista de lo expuesto, que la forma de gobierno parlamentaria es sólo una fachada detrás de la cual puede practicarse cualquier otra forma de gobierno, sin que los ciudadanos estén en condiciones de saber con certeza de cuál se trate.

¹⁵ Para un análisis más amplio permítaseme recomendar A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto in Commentario del Codice civile, Scialoja-Branca*, sub art. 1-9 disp. prel., Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. de «Il Foro italiano», 1977, y también la voz *Fonti del diritto*, en espera de publicación en el *Digesto*, IV.

Además, desde un punto de vista más general se podría indudablemente afirmar que toda relación de competencia puede verse como una relación de jerarquía, en el sentido de que la fuente competente en la materia prevalece sobre la fuente no competente, y que, viceversa, toda relación de jerarquía puede verse como relación de competencia en el sentido de que la fuente superior resulta competente en vez de la fuente inferior (pero esta observación es, en realidad, sólo una traducción, en lenguaje distinto, de la descripción general de los dos esquemas y no añade nada nuevo).

Prescindiendo de esos problemas de orden sistemático, se debe observar que ha habido situaciones históricas de distribución de competencia entre autoridades diversas en cumplimiento del principio de separación de poderes, afirmándose que, frente a la carga normativa típicamente propia de la «ley» emanada por las asambleas parlamentarias, hay que reconocer más formas de normación, necesarias para el ejercicio de funciones típicamente propias de los órganos de gobierno, que pueden incluirse en la «prerrogativa» de la Corona y/o del ejecutivo. Así, por ejemplo, el artículo 78, apartado 2.º, del Estatuto albertino preveía el poder regio de «prescribir» estatutos de las órdenes caballerescas; además, toda una serie de reglas, a menudo no escritas, le conferían poderes normativos en materia nobiliaria¹⁶, militar y colonial¹⁷.

Análogos repartos de poder normativo se habían producido en otros países: entre los muchos ejemplos que se podrían destacar bastará recordar antes que nada la tradición inglesa de la «prerrogativa regia», drásticamente alterada a finales del XVII y progresivamente reducida hasta los límites que hoy la han convertido en un residuo histórico sin relevancia práctica¹⁸. Sobre todo hay que considerar la situación en la Alemania bismarckiana cuando la distinción de competencias entre Parlamento y Gobierno, y consecuentemente entre *Gesetz* y *verordnung*, brindó la ocasión para un importante debate doctrinal del cual somos todavía ahora deudores por los conceptos fundamentales utilizados en el análisis teórico del asunto¹⁹.

Con la evolución del parlamentarismo hacia formas monísticas, este tipo de soluciones dualistas como la germana han sido progresivamente abandonadas. El último intento de recuperación dentro de una elaborada racionalización del sistema constitucional de un rígido reparto de competencias normativas primarias entre ejecutivo y legislativo lo realiza la Constitución de la República Francesa, que confiere al ejecutivo la potestad legislativa en todas las materias no reservadas al parlamento (arts. 34 y 37). Sin embargo, la jurisprudencia y la praxis desaprobaron este intento y, luego de una fase de aplicación del modelo que puede

¹⁶ Cfr. Corte cost. 8 de julio de 1967, núm. 101, en *Foro it.*, 1967, I, 1980.

¹⁷ Cfr. CHELI, *ob. cit.*, pp. 58 y ss.; SANDULLI, *ob. cit.*, p. 28 y nota 61.

¹⁸ Cfr. E. C. S. WADE, G. G. PHILLIPS, *Constitutional and administrative Law*, 9.ª ed., a cargo de A. W. BRADLEY, Londres, Longman, 1977, pp. 55 y ss., 231 y ss.

¹⁹ Bastará recordar, por todos, la clásica obra de G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung* (1887), Aalen, Scientia, 1964.

considerarse transitoria, reinterpretaron el sistema según los principios del parlamentarismo monista, restituyendo a las cámaras la función legislativa en su integridad; al ejecutivo se le reconoce sólo una potestad normativa secundaria o bien delegada, excluyendo así la posibilidad de que hubiera verdaderos *reglements autonomes*²⁰.

El ejemplo francés demuestra también, más que cualquier otro, cómo se ha formado una *communis opinio*, según la cual el ejercicio por el ejecutivo de potestades normativas primarias es incompatible con los principios que cimentan el gobierno parlamentario²¹. Frente a estos planteamientos, los raros casos en que se encuentran todavía residuos de dualismo, se presentan a lo sumo como arcaísmos operantes en ámbitos completamente marginales, o bien sustancialmente *extra ordinem*. Y, de hecho, el único ejemplo importante de poderes de este género es el que ofrecen las *Executive Orders*; las adopta el Presidente de los Estados Unidos, a menudo no sin gran dificultad, en el ámbito de una forma de gobierno presidencial y no parlamentaria²².

3. La previsión de una hipótesis de delegación de poder legislativo al Gobierno en base a un acto del parlamento no contrasta con la orientación explicada. Se trataría, en efecto, de una delegación (cuya admisibilidad ha sido pacíficamente aceptada por la doctrina²³), ya que en esta hipótesis el ejecutivo no ejerce un poder propio, sino que actúa como instrumento del legislador. Hay que distinguir, en relación con lo anterior, los casos de delegación verdadera, en los que el Gobierno ejerce excepcionalmente una potestad legislativa cualitativamente idéntica a la del Parlamento (aunque por otro lado limitada), con la consiguiente emanación de actos normativos primarios de rango de ley, de la delegación impropia, en los cuales el poder del destinatario de la delegación es diferente del que podría ejercitar la autoridad delegante.

Para distinguir entre los dos casos, no parece relevante la circunstancia de que la delegación se acompañe de más o menos limitaciones, ya sea de tiempo o de materia²⁴ o la inclusión de principios a los que la

²⁰ Cfr. las actas del coloquio desarrollado en Aix en Provence en los días 2 y 3 de diciembre de 1977: *Le domaine de la loi et du règlement*, Aix en Provence, Presses Univ. D'Aix-Marseille, 1978; L. FAVOREU, «La règlements autonomes n'existent pas», en *Revue fr. dr. admi.*, 1987, pp. 871 y ss.; «Consideraciones comparadas sobre la "revolución jurídica francesa"», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, pp. 229 y ss.; y la comunicación presentada sobre este asunto por el mismo autor en este congreso.

²¹ Cfr. CHELI, *ob. cit.*, pp. 66 y ss.; P. CARETTI, E. CHELI, «Statute and Statutory Instrument in the evolution of European Constitutional Systems», en A. PIZZORUSSO (ed.), *Law in the making*, Heidelberg, Springer, 1988, p. 132.

²² Cfr. la comunicación presentada en este congreso por el profesor J. L. Mashaw.

²³ Sobre el particular, cfr. la clásica elaboración de R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale* (1931), París, Economica, 1984. Acerca de los debates sobre la materia habidos en los Estados Unidos, cfr. la comunicación presentada en este congreso por el profesor J. L. Mashaw.

²⁴ La delegación de plenos poderes, practicada en el pasado, hay que considerarla incompatible con los principios del gobierno parlamentario monista.

autoridad delegada ha de someterse (éste es el caso del artículo 76 de la Constitución italiana y el artículo 82 de la española). Tales limitaciones conllevan el ejercicio de controles para garantizar su respeto, pero no implican que el control se convierta en un control de constitucionalidad, como el que sufren los actos administrativos y los actos normativos equiparados a éstos. Es muy distinto de lo anterior el caso en el cual el acto legislativo no hace otra cosa que remover obstáculos, debidos a leyes preexistentes, para el ejercicio de un poder reglamentario propio del gobierno, quien lo ejerce mediante la emanación de actos sometidos, desde cualquier punto de vista, al tratamiento reservado a los actos del poder ejecutivo.

Entre éstos dos extremos se sitúan las hipótesis en las que la Constitución prevé la posibilidad de que órganos del ejecutivo sean habilitados para emanar actos normativos, conforme a una delegación o sujetos a la inmediata recepción mediante un acto del parlamento. Estos actos están sometidos a los controles reservados para las fuentes secundarias, como sucede (aunque con algunas diferencias) en el caso de las *Rechtsverordnungen* (art. 80 del *Grundgesetz*), que pueden ser controladas por los jueces administrativos, incluso para comprobar que se han ajustado a la delegación²⁵; en el caso de las *ordonnances*, artículo 38 de la Constitución francesa interpretado por la jurisprudencia²⁶; en el de la *Statutory Instruments Act* inglesa, de 1946, los cuales se someten al control de conformidad con la ley si han sido adoptados *ultra vires*²⁷, o con los *règlements autonomes* belgas²⁸, o con los reglamentos independientes suizos²⁹; también es el caso de los «reglamentos delegados» italianos (ya estudiados desde hace mucho por la doctrina pero sólo ahora regulados explícitamente).

En el caso de las leyes delegadas, no se aplica el principio de competencia porque el acto delegado es un ejercicio de esa misma competencia que sería ejercida directamente mediante una ley que regulase la materia objeto de la delegación. Tampoco aplica el principio de jerarquía, ya que el acto delegado se equipara en su efecto al acto que podría haber adoptado el delegante (salvo en lo que se refiere al respeto de los límites establecidos por la delegación; por ello se habla en estos casos de fuente subprimaria).

4. Ni siquiera constituye una excepción a esta orientación la previsión de poderes normativos del ejecutivo fundados en la necesidad y la urgencia, como en el caso de los decretos previstos por el artículo 48, apartado 2.º, de la Constitución de Weimar o en el caso de los decretos-leyes previstos por las Constituciones italiana (art. 77) y española (art.

²⁵ Cfr. a propósito la comunicación presentada en este congreso por el doctor M. F. Hartwig.

²⁶ Cfr. la comunicación presentada en este congreso por el profesor L. Favoreu.

²⁷ Cfr. la comunicación presentada en este congreso por la profesora G. Ganz.

²⁸ Cfr. la comunicación presentada en este congreso por el profesor F. Delpérec.

²⁹ Cfr. la comunicación presentada en este congreso por el profesor G. Maliverni.

86). En realidad, según el espíritu de las normas que los prescriben, este tipo de actos normativos, calificables sin duda como fuentes primarias, tienen carácter meramente provisional, hasta la ratificación de las cámaras, y, por ello, no se deroga ningún principio del gobierno parlamentario monista. Esta figura es admisible si su empleo no choca con el espíritu mencionado, mediante artimañas tales como hacerlos permanentes o sustraerlos del control parlamentario. Algo así aconteció en la última etapa de la República de Weimar y ha sucedido también en Italia en el reciente pasado con la reiteración de decretos que recuperaban los efectos de los que habían perdido vigencia [esto se prohíbe ahora en el artículo 15, apartado 2.º, letras c) y e), de la Ley de 23 de agosto de 1988, núm. 400]³⁰.

La fuerza de fuente primaria que estos actos del ejecutivo pueden asumir depende, en definitiva, de la recepción de los mismos por parte del parlamento y, por tanto, la técnica empleada no es distinta de la usada en los casos de reenvío a normas, a actos normativos, a fuentes o a completos ordenamientos jurídicos. Esto sucede, por ejemplo, con la costumbre *secundum legem* y otras muchas fuentes o textos normativos de distinta formación (interna e incluso externa al ordenamiento jurídico estatal) a los cuales la ley reenvía: de las normas extranjeras o internacionales a las del ordenamiento sindical³¹, de las fuentes regionales³² a los reglamentos de los entes locales, etc.

Otras variantes de este modelo derivan del hecho de que la norma que dispone el reenvío puede determinar dicho efecto como consecuencia directa e inmediata de la adaptación de sus presupuestos (como es el caso de la «adaptación automática» al derecho internacional general), o bien puede prever que ese efecto se produzca a través de específicos actos de recepción. Es necesario además distinguir entre: *a*) los casos en los cuales el reenvío tiene por objeto la regulación que un determinado ordenamiento jurídico realiza de una concreta materia o de un determinado supuesto abstracto (como en el caso de las normas de derecho internacional privado); y *b*) los casos en los que el reenvío tiene por objeto uno o más actos normativos o parte de los mismos (como en el caso, muy debatido, de las «normas penales en blanco»), o bien la producción normativa de una determinada fuente (como sucede en los casos de reenvío a la costumbre *secundum legem* o a los reglamentos locales, o a los contratos colectivos de trabajo, etc.) relativa a una materia concreta, o bien incluso un ordenamiento jurídico entero que resulta unido por ello al de referencia (como sucede en el caso de los ordenamientos de la regiones o de los estados miembros de federaciones).

³⁰ Cfr., por último, R. TARCHI, «Incompetenza legislativa del Governo, interposizione del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale», en *Giur. cost.*, 1988, II, pp. 941 y ss.

³¹ Cfr. A. PIZZORUSSO, «Le fonti del diritto del lavoro», en curso de publicación en *Riv. it. dir. lav.*

³² Cfr. A. PIZZORUSSO, «Le fonti del diritto regionale», en curso de publicación en las actas del seminario de Palermo de 27 a 29 de abril de 1989 sobre *Fonti, tecniche legislative, fattibilità, implementazione delle leggi e sistemi informativi*.

Sobre todo con referencia a la costumbre, la expresión *secundum legem* es apropiada para ilustrar, en contraposición a *praeter legem*, la hipótesis en la cual la costumbre, relativa a una materia, constituye el objeto de un reenvío de la ley; la costumbre en este caso asume el rango de fuente primaria. Por el contrario, la expresión *praeter legem* se usa para denominar la costumbre que actúa con fuerza propia, conforme a lo previsto en los artículos 1, números 8 y 9 de las disposiciones preliminares del Código Civil, es decir, como fuente subordinada a la ley y al reglamento y, en consecuencia, como fuente terciaria a la ley y al reglamento. En relación a los reglamentos, la expresión *praeter legem* puede utilizarse para ilustrar los casos en que aquéllos operan como fuentes secundarias, independientes de un acto legislativo de ley o de recepción³³.

En estos casos no se considera ni el principio de competencia ni el principio de jerarquía, porque las normas, los actos, las fuentes o los ordenamientos que operan *secundum legem* reciben su fuerza normativa del acto que contiene el reenvío y no del acto o hecho del que originalmente recibieron su fuerza normativa.

5. Hay que añadir todavía que no es aceptable la distinción, durante mucho tiempo utilizada por los estudiosos más o menos apropiadamente, entre reglamentos verdaderos, fuentes secundarias del ordenamiento jurídico del Estado, y las diversas clases de reglamentos llamados «internos»³⁴. Los últimos tendrían como destinatarios una limitada categoría de sujetos, componentes de un órgano colegiado y vinculados por una relación de «supremacía especial» de frente a una específica autoridad. Las situaciones de este género han sido en la actualidad completamente abandonadas³⁵ a consecuencia de su incoherencia, más que por su contradicción con el derecho vigente en los Estados inspirados en el principio democrático; siguiendo este principio, todos los actos normativos han de tener como potenciales destinatarios a todos los sujetos del ordenamiento jurídico al que éstos pertenecen.

Con relación a la hipótesis de los funcionarios públicos (o de otras categorías de personas asimilables a ellos desde esta perspectiva), cuyo análisis ha influido en gran manera sobre la reconstrucción de los reglamentos de organización, es en la actualidad obvio que las normas

³³ Hay que hacer constar que este significado de la expresión *praeter legem* es distinto del empleado con relación a los reglamentos por F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (1911), Padova, Cedam, 1960, pp. 109-112, quien alude claramente con la expresión *praeter legem* a los reglamentos de prerrogativa, que poseían el rango de fuente primaria.

³⁴ Es obvio que no se traen a colación aquí los reglamentos «internos» de los órganos constitucionales, que son fuentes primarias. Sobre los reglamentos parlamentarios, en particular, cfr. G. G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema della fonti*, Milano, Giuffrè, 1986; M. MANETTI, «Regolamento parlamentare», voz de la *Enc. del diritto*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 638 y ss.

³⁵ Cfr. V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, Giuffrè, 1962; R. BALDUZZI, *Principio de legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, Giuffrè, 1988.

que deben aplicar han de referirse también a los destinatarios de los actos que tales reglamentos ponen en práctica, porque sería absurdo imaginar que un mismo acto sea regulado por normas distintas, según se mire desde el punto de vista de la autoridad que lo emana o desde la perspectiva de sus destinatarios³⁶. Abandonadas pues las nociones de «norma interna» y de «supremacía especial», muchos de estos fenómenos pueden reconstruirse eficazmente aplicando la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos y explicando mediante el instituto del reenvío las relaciones entre el ordenamiento jurídico en cuyo ámbito dichos fenómenos se regulan y el ordenamiento jurídico del Estado³⁷.

6. Sobre la base de las anteriores consideraciones, es posible distinguir cuatro tipos de relaciones que se establecen, en los diversos supuestos, entre la fuente que constituye expresión del órgano titular de la función legislativa y la fuente que es expresión del órgano titular del poder ejecutivo.

El primer tipo de relación es el de separación, en virtud del cual ley y reglamento, distintos conforme al reparto horizontal del poder, regulan materias diversas o actúan de manera recíprocamente independiente. Este modelo de relación es típico de las monarquías limitadas o de la forma de gobierno de parlamentarismo dualista; y es actualmente considerado incompatible con la forma de gobierno parlamentario practicada en los países de Europa occidental. Los eventuales residuos de dualismo que se conservan afectan a materias de menor importancia, o bien son considerados sustancialmente *extra ordinem*. Durante la evolución constitucional italiana, este esquema funcionó en tiempo de la monarquía liberal, cuando la «prerrogativa regia» se contraponía a los poderes de la cámara elegida. Sin embargo, esta manera de ver las cosas es abandonada después del referéndum institucional de 1946. Ya en vigencia de la Constitución republicana, y durante algún tiempo, se intentó conservar en manos del ejecutivo poderes de este género, especialmente en relación al poder exterior y al poder militar; pero la tendencia a su eliminación aparece en la actualidad reafirmada irreversiblemente. Una hipótesis de poderes normativos primarios del ejecutivo sustraídos de todo control parlamentario, se contiene explícitamente regulada en leyes constitucionales de aprobación de algunos estatutos regionales especiales; sin embargo, se considera como una anomalía que puede subsistir, si puede, sólo por haber sido prevista por leyes constitucionales que provocan la derogación de los principios constitucionales sobre la forma de gobierno³⁸. Sin ninguna cobertura constitu-

³⁶ En este sentido, cfr. A. MERKL, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues* (1931), trad. it. en *Il duplice volto del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 27-28.

³⁷ Cfr., sobre todo, F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, Giuffrè, 1963.

³⁸ Artículo 43 Estatuto siciliano; artículo 56 del Estatuto de Cerdeña; artículos 107 a 110 del Estatuto de TAA, aprobado con DPR de 31 de agosto de 1972, núm. 670 (y artículos 93 y 95 del Estatuto originario); artículos 65-66 del Estatuto FVG. Cfr., por último, U. ALLEGRETTI, «La Corte ribadisce l'estraneità del Parlamento

cional están, por el contrario, las disposiciones de los comisarios para las zonas afectadas por terremoto que, siguiendo una errónea interpretación, son a menudo consideradas como fuentes primarias, cuando deberían ser más correctamente configuradas como ordenanzas administrativas basadas en la necesidad y calificadas como fuentes secundarias³⁹.

El segundo tipo de relación, también horizontal, pero no basado en una separación de competencias, se produce cuando el órgano titular de la potestad legislativa realiza una verdadera delegación, aunque delimitada o condicionada, al órgano titular de la función ejecutiva. Se puede discutir sobre la oportunidad de recurrir a esta solución técnica y se puede discutir también sobre las garantías que deben acompañarla para asegurar su mejor funcionalidad, pero no hay duda que recurrir a ella no es incompatible con los principios del parlamentarismo monista porque el ejecutivo actúa como simple mandatario del legislador, que conserva la titularidad de la función legislativa. Esta técnica no tiene nada que ver con el reconocimiento de la potestad reglamentaria, que no pertenece al legislador, sino al ejecutivo.

El tercer tipo de relación, similar en los efectos al precedente pero técnicamente estructurado de manera completamente distinta, se produce cuando el legislador recepciona normas derivadas de actos o hechos jurídicos que operan como fuentes en el ámbito de un ordenamiento jurídico distinto del de referencia, o en el ámbito del ordenamiento mismo, pero con eficacia inferior a la de la ley o con eficacia puramente provisional.

Para determinar la relación entre legislativo y ejecutivo hay que considerar, sobre todo, los casos en los cuales el legislador hace suyo el contenido de un acto normativo del poder ejecutivo que por sí mismo goza sólo de eficacia provisional: es el caso de las leyes de «conversión» o de disposiciones adoptadas por el Gobierno en casos de urgencia o necesidad. Tampoco en esta hipótesis quedan derogados los principios del parlamentarismo monista, al menos mientras perviva el poder de adoptar medidas provisionales; la discusión se centrará en determinar qué garantías son las mejores para regular adecuadamente esta solución técnica, que no comporta ningún reparto de la competencia entre legislativo y ejecutivo ni el reconocimiento de potestad reglamentaria alguna del ejecutivo.

Por último, el cuarto tipo de relación entre actividad normativa del legislativo y actividad normativa del ejecutivo es el que se basa en el reparto vertical de la competencia normativa y, consecuentemente, en la

all'attuazione degli statuti speciali», en *Regioni*, 1985, pp. 1310 y ss.; U. POTOTSCHNIG, *Il proceso di formazione della norma di attuazione alla luce dei principi costituzionali*, en las actas del congreso sobre: *L'uso della lingua nel processo come previsto dallo Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige. Problemi di attuazione* (Bolzano-Castel Mareccio, 22-23 junio 1985), Roma, s. d., pp. 43 y ss. Curiosamente, esta potestad normativa ni siquiera se menciona en la ley de 23 de agosto de 1988, número 400.

³⁹ Cfr. L. GIAMPAOLINO, «Osservazioni sulle ordinanze emanate dal commissario straordinario del governo per le zone terremotate», en *Foro it.*, 1981, V, 126.

ordenación de las relaciones entre ley y reglamento fundadas en el principio de jerarquía. El prototipo de este modelo es el «reglamento de ejecución» de la ley (correspondiente a las *Verwaltungsvorschriften* alemanas, a los *règlements d'exécution* belgas, a las *ordonnances d'exécution* suizas, a las *guidances, circulars, guidelines* y otros actos análogos de las administraciones británicas, etc.) previsto en varios textos constitucionales del siglo pasado, entre los cuales encontramos el artículo 6 del Estatuto albertino, ya recordado, y el artículo 67 de la Constitución belga hoy vigente. El reglamento de ejecución tiene todavía sitio en el sistema de fuentes que rige en todos los países organizados según la forma de gobierno parlamentario monista (entre las disposiciones que prevén explícitamente esta fuente, además de los artículos de la Constitución italiana y del artículo 67 de la Constitución belga, ya recordados, podemos señalar sobre todo el artículo 18, apartado 2.º, de la Constitución austríaca, según el cual «*jede werwaltungsbehörde kann auf Grund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereich Verordnungen erlassen*»; el artículo 43, apartado 1.º, de la Constitución griega, que reproduce casi literalmente la norma de la Constitución belga ya citada⁴⁰; los artículos 97 y 106, apartado 1.º, de la Constitución española⁴¹ y el artículo 84, apartado segundo, de la *Grundgesetz*). Su compatibilidad con la forma de gobierno parlamentario monista resulta clara, porque esta fuente es habilitada exclusivamente para la producción de normas secundarias que no pueden contrastar con las normas primarias derivadas de la ley y de las otras fuentes equiparadas a la ley; si este contraste existiese, procedería su invalidación y desaplicación en las formas previstas para el control de los actos administrativos.

En cumplimiento del «principio de legalidad»⁴², la actividad normativa secundaria, junto con todo tipo de actividades no normativas destinadas a la aplicación del derecho, sea en vía jurisprudencial, administrativa o por obra de los privados, no puede, como es sabido, contravenir las normas derivadas de la ley o de las fuentes a ella equiparadas o por ella recibidas. De lo anterior se desprende que en las relaciones entre actividades normativas primarias y actividades normativas secundarias ha de observarse el principio de «preferencia» de la ley, del cual se deduce que las primeras no pueden ser abrogadas ni derogadas por las segundas, mientras que éstas pueden ser anuladas o no aplicadas si contrastan con las primeras. El principio de preferencia de la fuente superior no impide, empero, que la fuente inferior pueda interpretar los materiales normativos producidos por la primera ni ocupar con normas interpretativas los «intersticios» que esos materiales dejan al descubierto.

⁴⁰ Cfr. la comunicación presentada en este congreso por el profesor A. Manitakis.

⁴¹ Cfr. la comunicación presentada en este congreso por el profesor J. Jiménez Campo. Cfr., además, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 214 y ss.

⁴² Sobre el cual, cfr., sobre todo, S. FOIS, «Legalità (principio di)», en *Enc. del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 659 y ss.

Se considera del mismo modo que, en principio, una actividad reglamentaria de ejecución no puede intervenir tampoco en las materias cubiertas con «reserva» de ley, aunque las reservas de ley no hayan sido previstas en realidad para impedir la formación de los reglamentos de ejecución, sino para defender la competencia legislativa de las asambleas parlamentarias, cuando estaba amenazada por la actividad que el ejecutivo ejercía en base a sus «prerrogativas», verdaderas o presuntas, en la Alemania bismarckiana y en los otros países que utilizaban esta técnica. La escasa aptitud de las reservas de ley para actuar frente a la actividad normativa de ejecución de la ley misma ha producido la distinción entre reserva de ley absoluta y reserva relativa y la admisión de los reglamentos de ejecución, al menos en las materias cubiertas de reserva relativa; al tiempo que cada vez son más raras las hipótesis de existencia de una reserva absoluta.

7. Para evaluar cómo se emplean estas técnicas en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, es necesario tener en cuenta la circunstancia de que a menudo se utilizan no aisladamente, sino combinándolas, y que la ordenación de las relaciones entre la actividad normativa del ejecutivo y actividad normativa de las asambleas parlamentarias se inserta en sistemas de fuentes del derecho cuyas características generales pueden, en cierta medida, repercutir también sobre la regulación de cada fuente en particular.

En otros casos, la delegación o la recepción no comportan la atribución para emanar textos normativos dotados de un *status* igual en todos los aspectos al que esos textos hubieran tenido si hubieran sido adoptados por la autoridad delegante (se tienen así fuentes subprimarias, etc.). No hay que olvidar todas las posibles interrelaciones entre jerarquía y competencia como eventuales criterios de reparto de la función normativa.

A pesar de que estas combinaciones crean a menudo notables dificultades interpretativas, parece posible identificar una línea distintiva a la que atenerse al resolver las posibles dudas, deduciéndola de la tendencia del parlamentarismo monista, antes recordada, a eliminar toda forma de prerrogativa del ejecutivo para ejecutar funciones normativas primarias en el ejercicio de competencias propias.

Consecuentemente, las funciones normativas del ejecutivo se plasmarán en actos normativos primarios sólo en base a una delegación o cuando exista la necesidad de intervenir provisionalmente con actos destinados a ser «convertidos» en actos del parlamento (y así ser recibidos y, si es el caso, convalidados en relación a los efectos anteriores a la conversión) o perder su vigencia.

Plenamente compatible con la misma línea interpretativa resulta, por el contrario, la inclusión en el sistema de fuentes de actos normativos del ejecutivo capaces de producir solamente normas secundarias. La inclusión se puede articular mediante una atribución de competencia establecida explícita o implícitamente por la Constitución, aunque sujeta a condiciones o límites, o puede ocurrir que se considere inherente al

ejercicio de la función administrativa propia del ejecutivo. Esta hipótesis se plasma típicamente en el caso de los «reglamentos de ejecución», pero hay otras hipótesis asimilables, incluidas las que se tienen cuando la actividad normativa secundaria se refiere a materias que la ley no regula explícitamente (reglamentos «independientes») o que sean para ese fin «deslegalizadas» (reglamentos «delegados»).

8. Para comprender por entero las razones de orden sistemático que justifican esta última afirmación, es preciso hacer algunas consideraciones generales acerca del sistema de fuentes tal y como se presenta en los ordenamientos de los países de Europa occidental. Partimos de la observación de que, aunque sea indudable que la ordenación de la producción normativa constituye una materia regulada por el derecho y por ello susceptible de ser regulada por las Constituciones, leyes, etc., raramente encontramos textos normativos que ofrezcan una reglamentación completa; por el contrario, es muy normal que la sistematización general de esta materia se deje en manos de la doctrina y de la jurisprudencia.

La razón de esta particularidad de las normas sobre producción jurídica se halla probablemente en la inseguridad de fondo que aún subsiste acerca de algunas premisas fundamentales de cualquier sistema de fuentes. Como se sabe, hasta hace casi dos siglos podía considerarse absolutamente prevalente la opinión según la cual el derecho sería un dato que los intérpretes deben «encontrar» mediante el uso de adecuadas técnicas y que sólo dentro de ciertos límites podría ser modificado mediante actos de la autoridad política o por efecto de la evolución de la conciencia social. A continuación, especialmente en ciertas áreas geográficas, ha ido reafirmandose una concepción que, por el contrario, considera al derecho esencialmente como producto de la autoridad política (normalmente identificada con una asamblea electiva y no con un monarca investido de sus funciones por la gracia de Dios)⁴³.

Si consideramos conjuntamente los sistemas de fuentes hoy en vigor en el mundo⁴⁴, verificamos que ninguna de las dos concepciones es seguida actualmente de manera exclusiva. Puede decirse que las concepciones de tipo iusnaturalista de base teocrática han sido universalmente abandonadas. Ahora la creación y la modificación del derecho por parte de las autoridades políticas se considera normalmente como la principal fuente de producción normativa, pero nadie niega que la individualización de las normas a aplicar en los supuestos concretos es el resultado de una actividad interpretativa que pueden ejercer libremente los jueces, los funcionarios y los mismos ciudadanos, mediante operaciones de carácter fundamentalmente racional y no voluntario

⁴³ Cfr., por último, A. PIZZORUSSO, *Cultura e politica nella produzione ed applicazione del diritto*, en curso de publicación en las actas del XVII Congreso Nacional de Filosofía Política y Jurídica.

⁴⁴ Cfr. R. DAVID, «Sources of Law», en *Intern. Enc. of Comparative Law*, ch. 3, Tübingen, Mohr, 1984.

dentro del cuadro de los distintos procedimientos cuya observación se requiere en la realización de todos los tipos de actos jurídicos. Existe incluso un área en el mundo bastante importante en la que los «precedentes», que son el resultado de la actividad de los jueces, son considerados como la principal fuente del derecho de la que deriva el *common law*. El *statute law* puede sustituir, derogar o integrar el *common law*, pero éste poco a poco va sustituyendo a los *statutes*, en la medida en que éstos son interpretados por los jueces hasta recubrirlos de precedentes. Incluso en los países en los que la doctrina prevalente no considera conveniente clasificar los precedentes entre las fuentes, la función normativa de los mismos se mantiene cualitativamente, si no cuantitativamente, la misma⁴⁵.

Estas consideraciones permiten opinar, sobre la base de los resultados alcanzados en el transcurso de un debate doctrinal en la actualidad bastante rico, que los procesos de formación del derecho que se desarrollan de arriba a abajo (partiendo de un conjunto de principios a menudo recogidos en un texto constitucional por una asamblea u otra autoridad «constituyente» o a través de la elaboración de varios tipos de textos legislativos, hasta desembocar en actos que aplican deductivamente esos textos) conviven siempre también, aun con modalidades muy diferenciadas, con procesos de interpretación del derecho y de la realidad social que se desarrollan de abajo a arriba, partiendo de los supuestos que concretamente se presentan a los jueces, a los funcionarios y a los ciudadanos. Estos distintos operadores se ven impelidos a buscar, inductivamente, la norma más correcta para aplicar⁴⁶.

Lo que más importa, a los fines del tema analizado, es que la formulación de hipótesis abstractas, propia de la actividad legislativa, no puede obviamente prescindir del conocimiento de los datos de hecho resultantes de la experiencia. Así la interpretación del derecho vigente no debe reducirse exclusivamente al momento de aplicación del derecho en los casos específicos, sino que es un elemento necesario de la actividad de creación o modificación del derecho abstracto (cuanto menos en todos los niveles inferiores al Supremo; éste se identificaría, según el punto de vista mantenido, con la decisión constitutiva del orden jurídico o con la decisión que determinara su reforma por vía revolucionaria).

9. Con objeto de aplicar estas consideraciones de orden general al tema que nos interesa, es preciso convenir en la existencia de una diferencia fundamental entre las actividades interpretativas de los funcionarios, de los jueces y de los particulares.

Los particulares, al desarrollar una actividad interpretativa del derecho para elaborar normas aplicables a casos concretos, no están condi-

⁴⁵ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.

⁴⁶ Sobre la distinción entre método inductivo y deductivo para la búsqueda de la norma reguladora del supuesto, C. K. ALLEN, *Law in the Making*, 7.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1964, pp. 161 y ss. Sobre la alternativa entre movimiento ascendente y descendente de creación del derecho, cfr. también la comunicación presentada a este congreso por el profesor G. Malinverni.

cionados más que por sus intereses particulares, que los inducen normalmente a privilegiar la interpretación más favorable a la tutela de los mismos (pero también más conciliable con las posibles reacciones de terceros); además, no tienen que seguir la misma interpretación en casos similares (salvo por imperativo de coherencia moral, en general no garantizada coercitivamente). Los jueces y funcionarios, por el contrario, deben respetar esa obligación de coherencia, que, sin embargo, juega un papel distinto en el caso de unos y otros.

En el caso de los jueces, en efecto, la obligación de decidir de la misma manera en casos análogos se traduce en la regla *stare decisis*, cuyas consecuencias deben atemperar con el principio que garantiza la independencia del juez. Las soluciones adoptadas a este fin oscilan entre la concepción inglesa, la solución americana y la solución europea continental. Según la primera, el vínculo derivado de los precedentes (sólo de los establecidos por determinados jueces) es absoluto —salvaguarda la posibilidad de distinguir el caso actual del anteriormente resuelto y la de (posibilidad bastante teórica) calificar el precedente abandonado *per incuriam*⁴⁷—. La solución americana parte de configurar el principio *stare decisis* como regla general, pero el valor del precedente es, en sustancia, sólo «persuasivo», especialmente para los jueces de rango más elevado⁴⁸. Para la solución europea continental, el principio *stare decisis* no está oficialmente reconocido, pero los precedentes tienen la misma eficacia persuasiva en virtud de la función «nomofiláctica» de los tribunales supremos y de otros mecanismos⁴⁹. De lo explicado se deduce que para los jueces, excepción hecha del caso inglés, la obligación de coherencia se traduce normalmente en la obligación de motivar su decisión y que la violación del precedente no es causa para invalidar la sentencia ni impide que ésta asuma la fuerza de cosa juzgada —en la parte no reformada luego de un recurso—, aunque haya otras decisiones de distinto tenor emitidas por el mismo juez o por otros.

En el caso de los funcionarios, por el contrario, la obligación de coherencia tiene un carácter mucho más específico, no sólo porque su violación puede acarrear un concreto vicio de ilegitimidad del acto administrativo que dé lugar a la anulación o a la no aplicación, sino también porque la administración, en virtud del interés público, ha de actuar incluso de oficio para evitar injustificadas disparidades de tratamiento, que contravendrían no sólo el principio constitucional de igualdad, sino también la regla de buen funcionamiento de la misma administración.

⁴⁷ Cfr. *Young v. Bristol Aeroplane Company Ltd.* (1944), K. B. 718 (Court of Appeal); además cfr. M. ZANDER, *The Law Making Process*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1980, pp. 124 y 126.

⁴⁸ Cfr. la meticolosa indagación de U. MATTEI, «*Stare decisis*». *Il valore del precedente negli Stati uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁴⁹ G. GORLA, *Diritto comparato y diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 263 y ss. Hay que centrar la atención un momento, en relación con lo tratado, sobre las soluciones adoptadas en el ámbito de los ordenamientos ibéricos e iberoamericanos, donde al precedente se le atribuye, a veces, valor legal, según criterios establecidos por la ley.

Resulta que la determinación del derecho a aplicar, y por ende la interpretación de las leyes reguladoras de la materia de la que se trate, es en todos los casos el problema que la administración debe afrontar en primer lugar para alcanzar sus fines en el ejercicio de cualquiera de sus competencias. Las soluciones a las que la administración llega han de evaluarse no sólo en función del primer caso que se presente, sino en previsión de otros casos posibles. Como no hay duda de que la determinación de la interpretación a seguir da lugar normalmente a la predisposición de un texto, con la estructura de un «reglamento de ejecución», parece evidente que este tipo de procedimiento cumple una función inescindible de las otras que conforman la función administrativa considerada en su conjunto. Lo anterior ha sido demostrado por la experiencia; ésta nos enseña cómo en todos los casos en los que la aprobación del reglamento de ejecución por parte del órgano titular de la función administrativa se impide por una ley específica o por dudas de carácter sistemático, la exigencia de fijar preventivamente la interpretación del derecho vigente es satisfecha recurriendo a actos informales, calificados como «circulares», «instrucciones», etc., o con la denominación correspondiente a su formalización (decretos, deliberaciones, etc.)⁵⁰. Entre los ejemplos que se podrían traer a colación, basta con citar el de los actos normativos adoptados por las Juntas regionales ordinarias, y de Cerdeña y Valle de Aosta. En estos casos, la potestad reglamentaria se confiere a los Consejos regionales, con lo cual las juntas, en vez de reglamentos, aprueban circulares y otros actos de variada denominación, pero que poseen la misma importancia que los reglamentos⁵¹. Otro ejemplo ilustrativo lo brindan los actos normativos del Consejo Superior de la Magistratura con relación a las materias comprendidas en su competencia administrativa, aunque aquí falte una concreta previsión legislativa⁵².

Al interpretar el derecho, los funcionarios no se valen de ningún privilegio que atribuya a su interpretación alguna presunción de corrección; sus interpretaciones pueden ser siempre discutidas a través de los recursos jurisdiccionales y administrativos interpuestos contra los actos que reflejan dichas interpretaciones. Como las interpretaciones contenidas en los reglamentos obligan a la administración a someterse a las mismas para no violar el deber de coherencia que sobre ella gravita, acaban por vincular también a los ciudadanos, es decir, por asumir la eficacia *erga omnes*, la propia de todas las fuentes del derecho⁵³.

Para demostrar lo fundado de estas formas de ejercicio del poder reglamentario, no es indispensable echar mano de la famosa afirmación de Von Gneist, para quien el ejercicio del poder reglamentario debería considerarse una manifestación del poder discrecional de la administra-

⁵⁰ Cfr. CHELI, *ob. cit.*, pp. 74 y 75.

⁵¹ Cfr. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto regionale*, cit.

⁵² Ahora se advierte en el artículo 17, letra d), de la ley de 23 de agosto de 1988, núm. 400.

⁵³ Cfr. AMATO, *ob. cit.*, p. 83; CHELI, *ob. cit.*, pp. 103 y ss.; SANDULLI, *ob. cit.*, pp. 8 y 9.

ción, porque la exigencia de determinar el derecho aplicable se manifiesta tanto en los casos en que la administración dispone de poderes discrecionales, como en los que sólo dispone de poderes vinculados. Ello no significa naturalmente que la potestad reglamentaria, en la medida en que su ejercicio acaba siendo una forma de autolimitación de la administración, no constituya una importante garantía para los administrados, y además contribuya válidamente a salvaguardar la seguridad jurídica. Sólo queda añadir que todo esto demuestra que ningún reglamento puede calificarse de «interno» en el sentido en que esta expresión se usaba en otro tiempo.

Es también interesante resaltar que la exigencia de una interpretación preventiva del derecho a aplicar es más necesaria cuando la regulación legislativa es escasa, incompleta e incoherente (o simplemente falta, cuando debería existir para desarrollar normas constitucionales, o por otros motivos). Por ello es lógico pensar que la necesidad de un reglamento de ejecución se advierte más nítidamente si faltan disposiciones a seguir (entonces se habla de reglamentos independientes) que cuando existen normas redactadas de manera técnicamente apropiada.

10. Sobre la base de estas consideraciones es posible reconstruir la posición del reglamento en el sistema de fuentes del derecho italiano, y, por consiguiente, individualizar el valor de las disposiciones contenidas en el artículo 17 en cuestión.

Esencial para este propósito es la observación de que una fuente de este tipo está prevista en la Constitución, aunque de modo muy fragmentario. Las tímidas alusiones a esta fuente contenidas en los artículos 87, apartado 5.º, 121 y 123 pueden leerse a la luz de las consideraciones ya desarrolladas, según las cuales la interpretación del derecho vigente en la materia es un elemento de cualquier función administrativa. Las alusiones constitucionales permiten pensar que debe ser reconocida una potestad reglamentaria, dentro de los límites correspondientes, a todas las autoridades que ejercen funciones administrativas. La tarea del artículo 17 consiste pues, además de hacerse eco del asunto, en regular algunas hipótesis particulares y detallar las reglas procedimentales que han de observarse en el ejercicio del poder reglamentario por parte de los órganos que forman el Gobierno⁵⁴.

El reparto de la competencia reglamentaria entre las distintas autoridades que ejercen funciones administrativas es paralelo al reparto de las competencias administrativas; en consecuencia, pueden darse repartos horizontales (por territorio, por materia, etc.) y repartos verticales, en virtud de los cuales la competencia de la autoridad jerárquicamente superior absorbe la de la autoridad subordinada, o bien se consiente a la primera sustituir a la segunda.

⁵⁴ No se ve cómo puede afirmarse, como hacen S. LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica organi e poteri. Comento alla legge de 23 de agosto de 1988, núm. 400*, Rimini, Maggioli, 1989, p. 192, y PALEOLOGO, *ob. cit.*, col. 352, que la disposición en examen determina una serie de «materias» atribuidas a la competencia reglamentaria.

Independientemente de su distribución entre las diversas autoridades que ejercen funciones administrativas, la potestad reglamentaria permanece igual a sí misma en lo que se refiere al régimen de los actos emanados, su eficacia, etc.; también cuando la ejercen autoridades estatales no encuadradas en el poder ejecutivo o, incluso, autoridades pertenecientes a entes distintos del Estado⁵⁵ (comenzando por los entes públicos territoriales). Este régimen resulta esencialmente de la cualidad de fuentes secundarias que poseen dichos actos, lo que les obliga a conformarse con las fuentes primarias o superiores a éstas, respetando así el principio de preferencia. Los actos que no se plieguen a estas condiciones podrán ser dejados de aplicar o, en ciertas condiciones, anulados si en ellos se aprecian vicio de incompetencia, violación de la ley o exceso de poder.

La distinción entre los reglamentos de ejecución, los reglamentos actuadores-integradores, los reglamentos independientes, los reglamentos de organización, los reglamentos que recepcionan acuerdos sindicales para el funcionariado y los reglamentos delegados, además de la distinción, desde otro punto de vista, entre reglamentos gubernamentales y reglamentos ministeriales, que al artículo 17 concreta, no implica que haya una pluralidad de fuentes distintas, pero ilustra las particularidades de algunas situaciones y las consecuencias que derivan del funcionamiento de la fuente.

La hipótesis base está descrita en la letra a) del apartado 1.º con la alusión a los «reglamentos de ejecución de las leyes y de los decretos legislativos». No hay, como se ve, ninguna limitación que deba añadirse a la implícita en el principio de preferencia de la ley. En efecto, la cualidad de fuente secundaria, que asumen los actos producidos en ejercicio a la competencia reglamentaria, es suficiente para garantizar los derechos y los intereses tutelados por la Constitución y las leyes; ni estas últimas ni la Carta fundamental pueden ver comprometida su eficacia por un reglamento, sin que éste caiga en vicio de ilegitimidad y pueda ser inaplicado o anulado.

El hecho de que la letra a) no aluda explícitamente al límite que deriva de la reserva de ley, no significa que ese límite no sea operativo. Ha de quedar claro que, si se trata de una reserva relativa, el reglamento podrá sólo desarrollar los principios expresados explícita o implícitamente en la disposición con rango de ley, mientras que si se trata de una reserva absoluta, sólo será permisible una actividad estrechamente limitada a la interpretación de las disposiciones de rango superior.

La hipótesis de los reglamentos activo-integradores [letra b)], parcialmente similar a la prevista, en relación con las regiones, por los artículos 117, apartado 2.º, de la Constitución, artículo 5 del Estatuto de Cerdeña, artículo 3 del Estatuto del Valle de Aosta, 6 y 10 del Estatuto TAA y 6 del Estatuto FVG. Aparece configurado como una atribución de potestad legislativa. La similitud se refuerza con la expresa referencia a la competencia regional que se realiza en este texto para señalar, aun-

⁵⁵ Como, por ejemplo, el Consejo Superior de la magistratura o la Consob.

que superfluamente, un límite a la misma. Se trata de una hipótesis nueva, cuya funcionalidad habrá que verificar en la práctica; hasta ahora se puede, sin embargo, observar que no hay diferencia entre el régimen de los reglamentos adoptados en la realización de esta hipótesis y el régimen normal de los reglamentos del ejecutivo. La única particularidad de esta hipótesis consiste en que se da una relación con la ley del tipo de las que normalmente se producen cuando un reglamento regula una materia cubierta por reserva de ley relativa (este último caso es, por el contrario, regulado con una disposición *ad hoc*). Hay que decir, sin embargo, que nada habría impedido al legislador proceder de tal modo, incluso sin que una específica previsión legislativa lo consintiera explícitamente; el establecimiento legislativo, que analizamos, asume por ello la naturaleza de una «pro-memoria» para el legislador, más bien que la de una disposición normativa capaz de prescribir algo a alguien.

La hipótesis de los reglamentos independientes, a los que la ley número 100 de 1926 aludía con una fórmula bastante ambigua⁵⁶ (sobre todo por el hecho de aparecer —y probablemente ser— referidos incluso a los reglamentos de prerrogativa)⁵⁷, es ahora identificada con mucha precisión en la letra c), que la relaciona con «las materias en las que falte regulación legal o de actos con fuerza de ley, siempre que no se trate de materias de alguna manera reservadas a la ley»⁵⁸. La hipótesis se refiere, pues, a las situaciones producidas cuando es necesario ejecutar una ordenación legislativa, al menos aparentemente, inexistente; por ello es preciso reconstruirla mediante las técnicas de la interpretación, principalmente de la sistemática⁵⁹. El límite que deriva de la reserva de ley —absoluta o relativa— en este caso es aludido explícitamente porque si hay una reserva, incluso relativa, la ordenación secundaria no puede intervenir si faltan los principios generales establecidos por fuentes primarias [si los principios pudieran reconstruirse por la vía interpretativa, no estaríamos en esta hipótesis, sino en la general de la que habla la letra a)].

⁵⁶ El artículo 1, núm. 2, de dicho texto preveía, en efecto, un tipo de reglamentos destinados a contener «le norme giuridiche necessarie per discipline (...) l'uso delle facoltà spettanti al potere esecutivo».

⁵⁷ Para la compatibilidad de los reglamentos independientes en base a la Constitución italiana, cfr. G. GROTANELLI DE SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1988, pp. 81 y 82. En sentido contrario, pero —por lo que parece— sobre el presupuesto de su identificación con los reglamentos de prerrogativa, ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, pp. 209 y 210; A. CERVATI, «Osservazioni in tema di potestà regolamentare dell'esecutivo e di "delegificazione"», en A. GIULIANI, N. PICARDI, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1987, III, pp. 226-227, y nota 59; L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, voz de la *Enc. del diritto*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 615, 616 y 620; PALEOLOGO, *ob. cit.*, col. 353; R. BALDUZZI, *Legge e regolamento in diritto comparato*, Génova, Ecig, p. 27.

⁵⁸ Cfr. CHELI, *ob. cit.*, pp. 85 a 87.

⁵⁹ Hay que resaltar que nuestra tesis, según la cual no puede haber laguna más que en apariencia, porque el juez puede y debe siempre hallar la norma a aplicar usando los instrumentos de interpretación, sirve en el momento de la aplicación del derecho a los casos concretos, pero no en el momento de reconstruir sistemáticamente el derecho abstractamente vigente.

La hipótesis de los reglamentos de organización afecta exclusivamente a materias cubiertas por una reserva (relativa) de ley (art. 97, apartado 1.º, de la Constitución, en lo que se refiere a los órganos judiciales; con relación a estos últimos la competencia administrativa ha sido trasladada por la Constitución al Consejo Superior); por ello la regulación reglamentaria de tales medidas debe evidentemente desarrollarse «según las disposiciones detalladas en la ley», como expresa la letra d). En realidad, la única función de esta previsión es la de aclarar, si fuera necesario, que también la regulación de la organización da lugar a normas jurídicas como todas las demás, abandonando definitivamente la vieja doctrina de la «supremacía especial».

La hipótesis de los reglamentos que recepcionan acuerdos sindicales para los funcionarios se rige sustancialmente por la ley de 29 de marzo de 1983, número 93, adecuándose a la opinión doctrinal dominante que había calificado estos procedimientos como reglamentos y, por ende, como fuentes secundarias. La función de la presente disposición es, pues, de orden puramente sistemático, e interpretativo de la regulación precedente.

La hipótesis de los reglamentos delegados, por primera vez formulada por el párrafo 2.º de la disposición que analizamos, es bastante similar a la hipótesis de los reglamentos independientes: mientras estos últimos intervienen en materias que, casualmente, carecen de regulación legislativa (no obstante, esta regulación, por diversas razones, sería necesaria o al menos oportuna), aquéllos están destinados a regular materias para las que no es necesaria, porque así se ha establecido expresamente, una ordenación preexistente por medio de fuentes primarias. Es obvio que los reglamentos delegados desempeñarían un papel principal si se procediera por la vía de la «deslegalización», como se auspicia desde muchas partes⁶⁰; sin embargo, en el plano técnico estos reglamentos no dan lugar a problemas particulares, ya que están sujetos al mismo régimen de los otros reglamentos. A diferencia del supuesto de la letra c), en el caso de los reglamentos delegados la referencia a la reserva de ley alude exclusivamente a la reserva absoluta. Ello es debido a la explícita previsión de que estos reglamentos sólo pueden emanarse después de que una ley estatal, que los prevea explícitamente y disponga la abrogación de las normas primarias vigentes (con efecto desde la entrada en vigor de los reglamentos), haya determinado, además, cuáles normas de una fuente primaria continúan siendo «las normas generales reguladoras de la materia».

Diferir al momento de entrada en vigor del reglamento la aplicación de las normas de principio contenidas en la ley de autorización constituye una regla operativa en todos los casos de reparto de competencia «por tipo de regulación» entre las normas de principio y las normas

⁶⁰ Sobre el problema de la deslegalización, cfr. T. MARTINES, «Delegificazione e fonti del diritto», en *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Milano, Giuffrè, 1987, II, pp. 863 y ss.; A. BARBERA, «Appunti sulla delegificazione», en *Pol. del diritto*, 1988, pp. 417 y ss.; G. FERRARA, «Sulla delegificazione e per la riforma del processo legislativo», *ibid.*, pp. 427 y ss.; G. DEMURO, «La delegificazione», en *For. it.*, 1989, V, 355.

destinadas a completar sus prescripciones. Lo anterior no excluye que la ley de autorización entre en vigor en el momento en que se dan los supuestos normales para que eso suceda, ni que produzca inmediatamente efectos distintos de los previstos en las normas de principio que debe luego desarrollar el reglamento delegado.

La ordenación de los reglamentos ministeriales e interministeriales, contenida en el párrafo 2.º, prevé para los mismos una limitación de tipo diverso, al establecer que pueden ser aprobados, en las materias de competencia del ministro o de autoridad subordinada al ministro, sólo «cuando la ley expresamente confiera ese poder». Se mantiene, por su parte, la subordinación de tales reglamentos a los reglamentos del gobierno. Dicha subordinación se incluía ya en el artículo 4, apartado 2.º, de las disposiciones preliminares del Código Civil (cuya vigencia resulta así confirmada). Igualmente se mantiene la configuración de los reglamentos del Gobierno, los ministeriales y los de autoridades, encuadrados en la organización administrativa, como elementos de un subsistema de fuentes, que articula unitariamente la fuente reglamentaria en relación con el sistema general de fuentes del ordenamiento jurídico del Estado⁶¹. Parece que lo dicho debe entenderse ahora en el sentido de que la competencia reglamentaria para todas las materias, correspondientes a las funciones administrativas del Estado compete al Gobierno y que los reglamentos ministeriales (y, con mayor razón, también los reglamentos de autoridades administrativas subordinadas) pueden emanarse, en sustitución de la competencia normal del órgano colegiado principal, sólo cuando la ley lo prevea explícitamente o cuando el Gobierno delegue determinada potestad en un ministro o en otra autoridad administrativa subordinada.

11. Queda, por último, examinar las normas de procedimiento que la regulación en cuestión impone para los reglamentos del Gobierno y para los ministeriales (mientras que nada se dice acerca de los reglamentos de otras autoridades estatales o de los emanados por entes públicos distintos del Estado).

Se prescribe que: *a)* el uso del término «reglamento» obliga a someter el proyecto de reglamento al dictamen (no vinculante) del Consejo de Estado; *b)* someter el texto, deliberado por el órgano competente, al control preventivo de legitimidad del Tribunal de Cuentas⁶², y *c)* publicar el reglamento en el Boletín Oficial como condición para su entrada en vigor (apartado 4.º).

En la primera previsión se distingue una posterior medida tendente a realizar la tipicidad formal de este tipo de actos normativos facilitando su distinción de los meros actos administrativos, individuales o particulares. Ya hemos visto cómo ya se ha operado una diferencia de este tipo en el caso de los decretos normativos del Jefe del Estado (art. 3 del DPR de 28 de diciembre de 1985, núm. 1092); la prescripción de la denominación de reglamento va indudablemente en la misma dirección. Queda,

⁶¹ Cfr. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., p. 311.

⁶² Sobre la función de este instituto, cfr. Corte cost. 14 de julio de 1986, núm. 406, en *Gazzetta ufficiale*, de 26 de julio de 1989, núm. 30, p. 40.

empero, abierto el problema de extender estas reglas a otros tipos de reglamentos que no son ni presidenciales ni ministeriales.

Los reglamentos del Gobierno asumen, pues, la forma de decretos normativos del Presidente de la República y se deliberan en el Consejo de Ministros (apartado 1.º). Los reglamentos ministeriales o interministeriales se aprueban con decreto ministerial o interministerial y han de ser comunicados al Presidente del Consejo de Ministros antes de su promulgación (apartado 3.º).

La fijación de un plazo de noventa días para que el Consejo de Estado emita su preceptivo informe es un instrumento útil para acelerar el procedimiento (aunque el término acordado parezca breve). Puede deducirse del apartado 1.º en cuestión que, si el Consejo no informa en el plazo previsto, el Gobierno puede comenzar a deliberar sin esperarlo⁶³. No se repite la misma regla con relación a los reglamentos delegados, pero parece tratarse de un simple olvido y, por tanto, habría de considerarse aplicable en virtud de un obvio razonamiento analógico.

En todo lo no previsto siguen siendo de aplicación, como es natural, los principios generales del procedimiento administrativo.

Queda, del mismo modo, configurada la naturaleza permanente del poder reglamentario. De ella deriva (con la excepción lógica de los casos en que el ejercicio de dicho poder se someta a condiciones particulares) tanto la posibilidad de modificar reglamentos anteriores, en cualquier momento y sin necesidad de autorización, como la posibilidad de ejercer ese poder mediante actos distintos, adoptados en momentos distintos. Se mantiene, por su parte, el principio de irretroactividad de los reglamentos (art. 11 de las disposiciones preliminares del Código Civil). También se mantiene la posibilidad de aprobar ordenanzas administrativas en casos de vigencia o necesidad, dotadas de eficacia (eventualmente también normativa) meramente provisional. Resulta claro, a la postre, que el sistema de fuentes a nivel secundario no es un sistema cerrado como lo es, por el contrario, a nivel de las fuentes primarias⁶⁴.

Tampoco hay cambios en el régimen de control al que los reglamentos deben someterse y que está previsto en el artículo 5 del anexo E (junto al control preventivo del Tribunal de Cuentas). Este régimen ha funcionado con frecuencia de manera inadecuada, a causa de la timidez de los jueces ordinarios a la hora de dejar sin aplicación los reglamentos ilegítimos, o a causa de los obstáculos procedimentales que, a menudo, se interponen en el ejercicio de control de los jueces administrativos⁶⁵. Mientras que, por su parte, el control del Tribunal de Cuentas en no pocas ocasiones se ha inspirado en criterios burocráticos y ha provocado una lentitud injustificada.

⁶³ En este sentido, LABRIOLA, *ob. cit.*, p. 192. En sentido contrario, el término sería vinculante: PALEOLOGO, *ob. cit.*, col. 354, nota 30.

⁶⁴ V. CRISAFULLI, «Fonti del diritto», en *Enc. del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 940; ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, pp. 5 y ss.; L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1989, p. 226.

⁶⁵ Cfr. C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 117 a 121; G. MARCHIANO, *La funzioni regolamentare*, Padova, Cedam, 1988, pp. 168 y ss.

Alessandro Pizzorusso

Por último, es oportuno considerar la regla de la publicación de los reglamentos en el Boletín Oficial, que se combina con la regla de la *vocatio* (art. 7 DPR de 29 de diciembre de 1985, núm. 1092). Debe extenderse a todos los actos normativos secundarios, según la orientación establecida, pero no completamente realizada, por la Ley de 11 de diciembre de 1984, número 839.

(Traducción: Raúl CANOSA USERA.)