

Las fuentes del Derecho administrativo

SUMARIO: 1. ¿ES POSIBLE UN SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO? 2. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO. 3. EL ORDENAMIENTO DE LAS FUENTES DEL DERECHO. 4. LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL. 5. LA NORMATIVA PRIMARIA. 6. LA DENOMINADA NORMATIVA «SECUNDARIA». 7. LA NORMATIVA CONSUETUDINARIA. 8. LA NORMATIVA COMUNITARIA. 9. CONCLUSIONES.

1. ¿ES POSIBLE UN SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO?

La característica principal de las fuentes del Derecho en las sociedades contemporáneas no es tanto la obvia complejidad de su contenido normativo (verificación necesaria de un orden social por definición «complejo»), cuanto la tendencia a la ausencia de sistema en el propio régimen jurídico de las *metanormas* (normas sobre la producción normativa).

Es una constatación común, por lo demás apoyada y convalidada por la experiencia italiana, la extrema dificultad de construir un aceptable sistema de las fuentes del Derecho, al punto que algunos han dudado de su posibilidad misma y ha inducido a

Traducción: Tomás CANO CAMPOS.

conclusiones radicalmente escépticas acerca de la utilidad, teórica y práctica, de los intentos de racionalización de la materia.

En una perspectiva análoga se mueve, por otra parte, quien propone que la disciplina completa del tema sea entregada a fuentes de rango constitucional para conferir un mínimo de certeza y estabilidad al sistema, expuesto de otro modo a modificaciones tan frecuentes como incontrollables. Ésta, como cualquier otra propuesta de dotar de rigidez al régimen de la producción normativa, podría parecer una solución impracticable, cuando no contraproducente, ya que la flexibilidad y la adaptabilidad inmediata pueden ser consideradas igualmente exigencias primarias —y por tanto cualidades, no defectos— del sistema normativo.

Quien escribe opina, no obstante, que la construcción de un sistema coherente de fuentes del Derecho es una exigencia que puede conjugarse perfectamente con la pronta adecuación del *corpus* normativo a un orden social que evoluciona rápidamente, y que un régimen de la producción normativa adecuado a la complejidad social contemporánea debe confiar necesariamente la modificación de la normativa vigente, en los distintos sectores, a fórmulas con una rigidez diversa y gradual. Y precisamente por esto, la disciplina del fenómeno normativo en sí mismo es deseable que estuviera ausente de un exceso de fluidez, so pena de comprometer la exigencia fundamental que su ordenación en sistema pretende garantizar, que es, esencialmente, en su núcleo íntimo y final, la certeza del Derecho. En esta perspectiva, la traslación de las *metanormas* a un circuito de toma de decisiones menos rápido y más estable de la legislación ordinaria no parece fuera de lugar, del mismo modo que no parece reconducible a una instancia meramente teórica la individualización y ordenación sistemática de las fuentes del Derecho.

Para que ello pueda hacerse de forma completa, por otra parte, parecen necesarias algunas condiciones mínimas: que se trate de un «sistema» y no de una mera pluralidad desarticulada de varios actos-fuente, entre los que por tanto debe ser individualizado un criterio ordenador, aunque complejo; que el sistema así delineado tenga efectividad y no sea continuamente desmentido o puesto en discusión; que se prevean instrumentos eficaces de garantía del sistema, que lo protejan de las eventuales violaciones.

Que todas estas condiciones subsistan en el ordenamiento italiano de las fuentes del Derecho es, como se verá, muy dudoso, aunque sea con diferencias relevantes entre los distintos sectores normativos.

2. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

La configuración incierta de una sistemática de las fuentes del Derecho concierne ya a la individualización positiva de los actos que las componen. Se trata, como bien se comprende, de un problema reconducible a cuestiones basilares de la doctrina política e iuspublicística, y en particular a la relativa a la definición de los rasgos característicos de la función normativa, por tanto a los fundamentos mismos de la teoría de las funciones del Estado.

Prescindiendo de estos importantísimos aspectos doctrinales (que ni siquiera pueden ser apuntados en esta sede), el problema presenta seguidamente relevantes aspectos de carácter práctico: los actos que constituyen fuente del Derecho, en efecto, no pueden ser ignorados por los jueces (en virtud del principio *iura novit curia*), de modo que no ha de probarse en juicio su existencia (mientras que deben ser probados por las partes los que no son actos normativos); las normas derivadas de los actos-fuente se presumen conocidas por los ciudadanos, que no pueden alegar su ignorancia para eximirse de su cumplimiento; la sentencia dictada en violación de lo dispuesto en actos-fuente sólo puede ser por ello impugnada en casación (mientras que no puede ser impugnada, al menos directamente, la sentencia que se aparte de las disposiciones derivadas de un acto no normativo); a los actos normativos se les aplica un particular régimen interpretativo que exalta su significado objetivo, antes que indagar la voluntad subyacente de su autor.

La individualización de los actos-fuente tiene, por consiguiente, una importancia que trasciende los problemas de orden sistemático, y constituye en todo caso una cuestión relevante para los operadores jurídicos.

Durante mucho tiempo, en Italia, como en otros lugares, dicha cuestión ha sido afrontada exaltando los caracteres materiales de la función normativa, ejemplificada por aquella que representa la *summa*, esto es, de la función propiamente legislativa. Abstracción y generalidad del mandato se han erigido en los indicadores fundamentales del fenómeno normativo. Sin embargo, en Italia, como en otros países, dicha construcción, nunca del todo abandonada, ha ido perdiendo importancia poco a poco en favor de una concepción formal de los actos normativos que se ha afirmado ya en sus principales modalidades (ley constitucional y ley ordinaria), mientras que todavía lo intenta, sostenida por las recientes reformas, en el ámbito de la normativa denominada

secundaria (de este aspecto se hablará en su momento). En virtud de la concepción formal, por tanto, los actos normativos son concretados en razón del sujeto que los emana y del procedimiento de elaboración a que se someten.

Un cierto relieve, incluso práctico, presenta todavía el criterio mixto, o la denominada teoría formal-sustancial, según la cual la pertenencia de determinado acto a esta o aquella función del Estado se determina por ambos aspectos, de modo que, por ejemplo, los reglamentos gubernativos son actos legislativos en sentido material (y, por tanto, se someten al régimen propio de los actos normativos), pero administrativos por la forma (y como tales impugnables ante el juez administrativo). La ambivalencia y el eclecticismo de los criterios de individualización de los actos-fuente representan por sí —es incluso superfluo destacarlo— un síntoma evidente de la incertidumbre en que se halla el sistema, incertidumbre en correspondencia directa con sus propios componentes.

3. EL ORDENAMIENTO DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Igual de incierto, cuando no más, es el criterio en que se inspira la ordenación en sistema de las fuentes del Derecho.

Según la sistematización tradicional, consagrada positivamente en las disposiciones preliminares del Código civil de 1942 (denominadas «Preleyes»), las fuentes del Derecho se ordenan esencialmente sobre la base del criterio jerárquico, en virtud del cual una norma dictada por una fuente de grado superior no puede ser privada de su eficacia por una norma sucesiva emanada de una fuente de grado inferior, sino sólo por normas sucesivas dictadas por fuentes equi o supraordenadas.

La norma emanada por una fuente de grado inferior, que contradiga las normas derivadas de una fuente de grado superior es, pues, una norma inválida. Muy discutido resulta, por lo demás, el tipo de invalidez en que dicha norma incurre: parece tratarse, en general, de anulabilidad, pero no deben ser excluidas hipótesis de verdadera y propia nulidad-inexistencia; el problema, en cualquier caso, es siempre la ola más alta de las tempestades del formalismo jurídico (basta pensar en la importancia que la teoría de la *Rechtskreft* tiene en la teoría gradualista) y no puede ser apuntado, ni siquiera sumariamente, en esta sede.

Al lado del criterio jerárquico, existe también un criterio de ordenación basado en la competencia especializada de algunas

fuentes, a las que el ordenamiento reserva algunas materias o partes de las mismas. En dicho ámbito, las fuentes mismas son sustraídas del régimen de la jerarquía, y operan con total autonomía respecto de las fuentes de grado normalmente superior (el caso más notable y generalmente reconocido es el de los reglamentos parlamentarios y las leyes regionales, mientras que resulta más dudosa la vigencia de una reserva de reglamento en materia de organización administrativa). Según una opinión autorizada, pero escasamente compartida, el de la competencia sería más bien el único criterio verdadero de ordenación de las fuentes del Derecho. Dicha tesis es generalmente refutada, pero no puede negarse que el proceso de descomposición y multiplicación de las fuentes del Derecho encuentre su punto de máxima emersión precisamente en la individualización de cada vez más ámbitos de competencia normativa especializada.

En nuestra exposición, en cualquier caso, nos atendremos al criterio tradicional, tratando, pues, de las diferentes fuentes en función de su respectiva colocación en la escala jerárquica según el artículo 1 de las «Preleyes»: hablaremos, por tanto, de la normativa primaria, de la secundaria y de la consuetudinaria. Irá precedida la exposición de las fuentes de nivel constitucional (no incluidas en el Código civil de 1942 porque en dicha época regía una Constitución flexible), mientras que se tratará aparte de la que representa, en el plano del sistema de las fuentes del Derecho administrativo italiano, la mayor novedad de estos últimos años: la normativa comunitaria.

4. LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Desde su unificación, Italia ha tenido dos Constituciones formales (y al menos cuatro materiales, dejando de lado los más recientes y todavía inciertos sucesos de la denominada «segunda República»: la primera Constitución liberal, de tipo dualista, que repartía el poder entre la Corona y el Parlamento; la segunda Constitución liberal, de tipo monista, que concentraba el poder esencialmente en el órgano parlamentario; la Constitución fascista y la republicana). La primera es el denominado Estatuto Albertino, otorgado (*ottriatò*) en 1848 por el entonces Rey de Cerdeña, Carlos Alberto, a sus súbditos sardos, y extendido más tarde, junto con las instituciones de los Saboya, al Reino de Italia (los reyes de la Casa de Saboya, a pesar de convertirse en soberanos italianos, conservaron la numeración progresiva de la dinastía). Se trataba de una Constitución flexible, es decir, modificable con

ley ordinaria, lo que ha permitido su supervivencia formal durante todo un siglo, a pesar de las relevantes mutaciones de la constitución material del país.

La opción de los constituyentes republicanos se inclinó, en cambio, por una Constitución rígida, sobre el modelo de la de Weimar: una Carta cuyos preceptos son intangibles para el legislador, y cuya modificación es permitida únicamente a través de un procedimiento particular, regulado por la propia Constitución en el artículo 138. Dicho procedimiento debe ser utilizado no sólo para la modificación y abrogación de las normas constitucionales existentes, sino también para la introducción de normas constitucionales nuevas.

Dicho procedimiento es, hasta cierto punto, análogo al de la elaboración de las leyes ordinarias (que será descrito en su momento). Se diferencia, no obstante, porque a una primera deliberación de las dos Cámaras le sigue después una segunda, en la que cada una de las Cámaras debe aprobar nuevamente el mismo texto en un intervalo de tiempo no inferior a los tres meses, esta vez por mayoría absoluta de sus miembros.

Si en la segunda votación se alcanza una mayoría de dos tercios de los miembros de cada Cámara, la ley constitucional se considera definitivamente aprobada y, tras la promulgación por el Jefe del Estado, es publicada en la *Gazzetta Ufficiale* entrando en vigor.

Si, por el contrario, dicha mayoría no es alcanzada, la ley es publicada, sin promulgación, en la *Gazzetta Ufficiale*, pero únicamente al objeto de que transcurra el plazo de tres meses durante el que quinientos mil electores, cinco Parlamentos regionales o un quinto de los miembros de una Cámara pueden pedir que la modificación constitucional aprobada por el Parlamento sea sometida a referéndum popular. Si dicho plazo transcurre infructuosamente, la ley constitucional pasa a ser promulgada por el Presidente.

Si el referéndum es propuesto, la ley constitucional se entenderá aprobada si en la consulta popular participan la mitad más uno de los electores y a su favor se expresan la mayoría absoluta de los votos válidos.

Se trata de un mecanismo del cual desde numerosos sectores, sobre todo recientemente, se critica su excesiva complejidad, que hace muy gravosa cualquier modificación constitucional, que necesita, en sustancia, un amplio consenso parlamentario y que tiende, por tanto, a favorecer alianzas que trascienden con mucho la mayoría ordinaria del Gobierno, *ergo*: compromisos con la oposición. Aun coincidiendo con quienes sostienen la excesiva

garantía de un procedimiento que a veces puede revelarse paralizante (tanto más en un contexto en el que la atenuación de las contraposiciones ideológicas ha llevado, en gran parte, al desuso de instrumentos concebidos en su día precisamente para impedir que decisiones irreparables fueran tomadas en breve tiempo por débiles mayorías parlamentarias), es opinión de quien escribe que en modo alguno resulta inoportuno subrayar la distinción entre función de gobierno y función de revisión constitucional y que sobre tal punto poco puede imputarse al constituyente de 1948.

Además de un procedimiento rígido, la revisión constitucional encuentra también límites de contenido, pues no todas las normas constitucionales son susceptibles de modificación. No lo es, por disposición expresa de la propia Carta (art. 139), la forma republicana del Estado, pero se considera sobre todo que tampoco lo son los principios inspiradores de la Constitución, ya sobre el plano de los derechos del ciudadano, ya sobre el del ordenamiento de la República, cuyo cambio supondría el abandono de la Carta de 1948. Similares cuestiones, hasta ahora únicamente teóricas, comienzan a despertar la atención de los estudiosos y de la opinión pública, porque algunos diseños de reforma «federalista» parecen implicar la negación de la misma unidad nacional y parecen, en consecuencia, difícilmente actuables por la vía de la «revisión constitucional», representando más bien su eventual realización el ejercicio de un verdadero y propio poder constituyente.

Como garantía de la rigidez constitucional ha sido instituida, también en este caso sobre el modelo de Weimar, la Corte Constitucional, cuya función fundamental es comprobar la conformidad a la Constitución de los actos normativos primarios, declarándolos nulos con efectos retroactivos en caso de inconstitucionalidad.

La importancia adquirida por la Corte en la vida institucional italiana es enorme, resultando un indicio significativo el nacimiento y fortuna de la «Justicia constitucional» como disciplina autónoma de estudio, por lo demás de enorme trascendencia en el tema de la reconstrucción sistemática de las fuentes del Derecho (baste apuntar el dato de que entre las características de la normativa primaria aparece hoy el denominado valor de ley, esto es, la sumisión de la misma al juicio de la Corte). Sobre el tema, sin embargo, no vamos a detenernos. Aquí bastará con referir que la función de garantía de la Corte respecto de la primacía normativa de la Constitución es, en general, de notable eficiencia y que, prescindiendo de un cierto *self-restraint* que a veces aparece en la jurisprudencia constitucional, sobre la afir-

mación de algunos valores de la Constitución (por destacar un ejemplo particularmente relevante en esta sede, piénsese en el principio de *buon andamento* de la Administración), el único aspecto de inadecuación del sistema está representado por la imperfecta extensión objetiva del control, que no recae sobre todos los actos que materialmente producen normas primarias, algunos de los cuales, más bien, escapan totalmente al control de legitimidad constitucional (nos referimos a los reglamentos parlamentarios, que la Corte siempre ha rechazado enjuiciar y que contienen algunas normas sobre el procedimiento legislativo en claro contraste con los preceptos constitucionales), mientras que otros son controlados por jueces no especializados (como se verá más adelante al hablar de los reglamentos gubernativos).

Pocos problemas ha originado, por el contrario, en concreto, el principal mecanismo de instauración del juicio de constitucionalidad, basado en atribuir al juez, ordinario o administrativo, que debe aplicar en el curso de su actividad la norma contestada, un control preventivo sobre el fundamento del planteamiento de la correspondiente cuestión. Los temores de quienes consideraban que ello suponía dejar como árbitro del control de constitucionalidad a una magistratura en gran parte de formación cultural preconstitucional (por tanto, particularmente poco sensible a los valores democráticos de la Carta), aunque no del todo infundados, se han revelado excesivos, y hoy parecen totalmente superados por el cambio generacional de los jueces y por la inexistencia, en el seno de la magistratura, de posiciones ideológicas generalmente compartidas que puedan obstaculizar la interposición delante de la Corte de cualquier cuestión de legitimidad constitucional.

5. LA NORMATIVA PRIMARIA

En el sistema de las fuentes derivado de la Constitución republicana, la normativa primaria (o «legislativa» *tout court*) se caracteriza por la atribución de la fuerza y del valor de ley: la primera es la capacidad de las normas así dictadas para innovar el cuerpo normativo vigente y resistir a la derogación por parte de normas derivadas de fuentes no equiordenadas; la segunda es la sumisión al juicio de la Corte Constitucional.

El proceso de fragmentación y especialización de las fuentes del Derecho, al que sumariamente hemos aludido más arriba, encuentra su manifestación más evidente en el caso de la normativa primaria y, señaladamente, en el acto que la representa

por antonomasia: la ley. Y no ya en el sentido de que la normativa primaria sea la que presenta con mayor claridad tales caracteres, que ciertamente aparecen más claramente marcados en el ámbito de la denominada normativa secundaria, sino porque, al contrario que esta última, la totalidad de la normativa primaria, ha estado reducida, por muchísimo tiempo, prácticamente a una única especie: la ley de emanación parlamentaria, máxima expresión del poder normativo, única manifestación de la potestad justamente «legislativa».

Que hoy posea, por el contrario, una fisonomía variada, y que la fuerza de ley se conecte igualmente a una pluralidad de actos normativos estructural y formalmente heterogéneos, constituye, por consiguiente, una circunstancia del máximo significado para valorar la intensidad de las tensiones de desintegración que padece la producción normativa contemporánea.

Un examen sumario de las principales formas asumidas hoy por los actos de la normativa primaria muestra los siguientes tipos (y otros menores, como por ejemplo los bandos militares, de los que no nos ocupamos): ley estatal, ley regional, decreto legislativo, decreto ley, referéndum abrogativo. De todos ellos trazaremos aquí un sucinto perfil.

1. Ley estatal: es la ley *sans phrase*, aquella que por mucho tiempo ha representado la única *species* del *genus*. Se trata de la ley de emanación parlamentaria, adoptada siguiendo el denominado procedimiento legislativo.

Este último es regulado por la propia Constitución y por los reglamentos parlamentarios, y consta de cuatro fases: iniciativa, elaboración, deliberación y control. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, a cada miembro de la Cámara, a los Parlamentos regionales, a cincuenta mil electores, al Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo (CNEL). El proyecto de ley es examinado por cada una de las Cámaras (Cámara de los Diputados y Senado de la República), según varios subprocedimientos (en particular, se prevé normalmente el examen preventivo por parte de una o más Comisiones parlamentarias, al que sigue la discusión y votación en el pleno, aunque la fase de aprobación puede desarrollarse en el seno de la Comisión parlamentaria competente). La ley se considera perfecta cuando el mismo texto es aprobado, de forma separada, por las dos Cámaras.

El texto así aprobado es enviado al Jefe del Estado, que ejerce un control (promulgación) sobre su conformidad a la Constitución y sobre su oportunidad. El Presidente de la República puede,

pues, enviar la ley a las Cámaras, pero si éstas la ratifican, debe promulgarla.

La ley, una vez promulgada, se publica, y entra normalmente en vigor a los quince días de su publicación.

La ley estatal presenta algunas variantes, formales unas materiales otras. Las más importantes, entre las primeras, son aquellas que se refieren al procedimiento de elaboración dentro de cada Cámara, procedimiento que —como se ha apuntado— varía notablemente según el papel asignado a las Comisiones parlamentarias. Estas últimas, en vía ordinaria, deberían limitarse a incluir enmiendas, dejando al Pleno la aprobación del texto de la ley, pero a menudo las propias Comisiones sustituyen al Pleno y aprueban también la ley. Este tipo de procedimiento (denominado descentralizado) no siempre se admite, ya que en algunas materias importantes debe seguirse el procedimiento ordinario (denominado reserva de ley asamblearia).

No todas las leyes de emanación parlamentaria tienen pues la misma competencia, ya que existen materias reservadas a la aprobación del Pleno. Tienen, sin embargo, la misma fuerza, en el sentido de que la eventual violación de las normas constitucionales que estipulan la reserva de ley de asamblea determina la simple invalidez, *sub specie* de ilegitimidad constitucional, de la ley así emanada, la cual, no obstante, hasta que no sea declarada inconstitucional por la Corte, tiene valor normativo (se destaca aquí, de forma muy simplificada y con la intención de ofrecer una exposición sumaria, la versión tradicional del fenómeno, sin entrar en la compleja y discutida cuestión concerniente a la anulabilidad o bien la nulidad-inexistencia de la ley inconstitucional, objeto siempre de vivos debates entre los constitucionalistas y los cultivadores de la teoría general del Derecho).

Diversa y más intensa sería la fuerza, según una controvertida opinión, de algunas leyes parlamentarias, las cuales, por razón esencialmente de la materia en ellas tratada, presentarían la aptitud de crear vínculos al propio legislador, que no podría apartarse de lo establecido en ellas; se trataría, en sustancia, de leyes superprimarias, «interpuestas» por consiguiente entre la Constitución y la legislación ordinaria. Tales habrían sido, en primer lugar, las leyes de planificación adoptadas en los años sesenta; y tales se pretende que sean hoy una nutrida serie de leyes de indudable relevancia constitucional, como la Ley núm. 400/1988, que se presumen vinculan al legislador, o a no derogar sus disposiciones o, cuanto menos, a no reformarlas, salvo que sean sustituidas por una disciplina diversa de carácter igualmente general.

Cualquiera que sea el fundamento jurídico de tal construcción, es preciso señalar que el mismo encuentra poco reflejo en una práctica con una orientación bien diversa, como expondremos mejor cuando nos ocupemos de la reciente reforma del sector de la normación secundaria.

2. Ley regional: si a pesar de todo, la ley estatal presenta características bastante homogéneas en conjunto, el panorama de la ley regional revela diferencias más marcadas entre los diversos actos de que se compone.

La causa principal de esta diversidad reside en la propia existencia de dos tipos de Regiones: las de estatuto ordinario y las de estatuto especial (Sicilia, Cerdeña, Valle de Aosta, Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia), cada una de estas cinco, por otra parte, se rigen a su vez por una disciplina específica, a menudo en referencia precisamente a la potestad legislativa reconocida a cada una de ellas singularmente.

En líneas generales, y sin tener en cuenta las diferencias entre las mismas autonomías especiales, la potestad legislativa atribuida a las Regiones, considerada en relación con la legislación estatal, se suele dividir en las tres siguientes modalidades: potestad legislativa exclusiva, concurrente y de integración-ejecución (*integrativa-attuativa*). La primera consiste en la potestad, reconocida a las Regiones con estatuto especial por el propio estatuto, de regular determinadas materias en términos del todo diversos a la legislación estatal, siempre que dicha regulación no sea contraria a los principios generales del ordenamiento; se trata de una verdadera y propia potestad normativa primaria, equiparable casi en todo a la legislación del Estado.

Le segunda es típica de las Regiones con estatuto ordinario (pero siempre, sobre la base de las respectivas normas estatutarias y especiales), e impone a las leyes regionales el respeto a los principios fundamentales dictados por la legislación estatal en las materias que regula.

La tercera, propia de los dos tipos de Regiones, constituye una suerte de potestad legislativa delegada por el Estado, que, fuera de las materias atribuidas a las Regiones en régimen de exclusividad o concurrencia, puede dejar a la legislación regional la regulación de aspectos secundarios de la disciplina establecida por la ley estatal.

En la práctica, sin embargo, se ha asistido a una progresiva asimilación de los tres tipos de potestad legislativa regional, a menudo reducidos al último y menos importante de ellos. Ello ha acontecido, ya a través de la unificación sustancial de los límites que afectan a la potestad legislativa exclusiva y a la

concurrente (no es infrecuente que una ley estatal califique sus propias disposiciones al tiempo como principios fundamentales, vinculando por tanto al legislador regional concurrente, y como principios generales del ordenamiento, límite de la potestad legislativa exclusiva), ya, sobre todo, a través de una interpretación muy amplia del límite de los «principios fundamentales», que la Corte ha reconocido que existe cuando el Estado invoca la existencia de un interés «nacional» que impone la uniformidad de la disciplina. El respeto de las atribuciones legislativas de las Regiones queda pues confiado, en sustancia, al *self-restraint* del legislador estatal.

El procedimiento legislativo regional ordinario (el de las Regiones con estatuto especial se desarrolla según las normas particulares previstas en los mismos) tiene la fase de aprobación concentrada en el Parlamento regional. A la aprobación sigue un incisivo control estatal, tanto de legitimidad constitucional como de conformidad al interés de la Nación, por parte del Gobierno, por medio de un órgano instituido en cada Región (el Comisario de Gobierno). Dicho control, en un primer momento, puede conducir al envío de la ley regional a su Parlamento, al objeto de que sea modificada en el sentido indicado por el Comisario (o bien sea retirada). Si el Parlamento regional no se adecua a las observaciones indicadas, el Gobierno puede impugnar la ley regional ante la Corte Constitucional, si la considera contraria a la Constitución, o bien pedir que sobre ella se pronuncien las Cámaras, si entiende que afecta al interés nacional o al de otras Regiones.

Es importante precisar que la pendencia de la fase de control, incluido el juicio de constitucionalidad o la deliberación del Parlamento, impide la entrada en vigor de la ley regional, es decir, determina, de hecho, mecanismos preventivos de concertación con el Gobierno acerca del contenido de la ley emanada, para asegurar de este modo un resultado positivo en el control y evitar el reenvío gubernativo.

3. Legislación delegada: prevista en el artículo 76 de la Constitución, consiente al Gobierno la emanación de actos con fuerza de ley previa delegación de las Cámaras (que pueden concederla únicamente con ley de Pleno).

La ley de delegación debe contener límites precisos, temporales y materiales, y sobre todo debe indicar al Gobierno los principios y los criterios directivos a los que debe adecuarse el ejercicio de la delegación, para evitar que ésta, como sucedía a menudo en la fase prerrepública, se transforme en una suerte de mandato en blanco.

La práctica, después consagrada en la Ley núm. 400/1988, había introducido, a este mismo fin, una suerte de control de las asambleas parlamentarias sobre el ejercicio de la potestad legislativa delegada por parte del Gobierno, control efectuado a través del informe, obligatorio y no vinculante, de las comisiones parlamentarias competentes sobre la conformidad a la delegación del proyecto de decreto legislativo, antes de su aprobación por parte del Consejo de Ministros.

La importancia de esta fuente para el Derecho administrativo, como para todo el ordenamiento jurídico en general, es enorme: a ella se recurre indefectiblemente para efectuar operaciones de codificación, es decir, para recoger y ordenar todas las normas legales vigentes en una determinada materia. Todos los códigos, al igual que los denominados «textos únicos», no son otra cosa, desde el punto de vista formal del acto-fuente del que derivan, que decretos legislativos.

Dado que una de las mayores exigencias advertidas hoy en Italia en el campo administrativo es la reducción y simplificación normativa, la importancia concreta de la legislación delegada estatal parece destinada a crecer, cuanto menos en el ámbito de las materias administrativas de competencia estatal (análoga exigencia presenta el ámbito regional, pero es difícil prever si, en la reforma del ordenamiento regional que se anuncia como próxima, dicha exigencia desembocará en la atribución de alguna forma de delegación legislativa al gobierno regional).

El recurso a la delegación legislativa para fines de reforma administrativa es tan habitual y su difusión tan amplia que, recientemente, ha registrado incluso un uso carente de todo prejuicio: la Ley núm. 537/1993, por ejemplo, ha atribuido al Gobierno el poder de autodelegarse, con decreto a su vez delegado, amplias potestades reglamentarias en la materia. Ello ha suscitado fuertes perplejidades, sobre todo en el plano de la relación ley-reglamento, más que en el plano de las relaciones ley de delegación y decreto legislativo, y por tanto se hará referencia a ello en su momento; aquí únicamente se trae a colación al objeto de demostrar la tendencia a utilizar la legislación delegada como fuente, directa o indirecta, de normas de reordenación de la Administración.

4. La legislación de urgencia: prevista en el artículo 77 de la Constitución como instrumento absolutamente excepcional, y del que sólo puede hacerse uso en los casos de extrema urgencia de intervención legislativa, su papel es muy otro, ya que se ha convertido en una fuente ordinaria a todos los efectos e incluso en la predilecta del Gobierno.

Este último, a través del mecanismo del decreto-ley (como se suele denominar al acto del Gobierno por el que ejerce el poder de la legislación de urgencia) logra condicionar los trabajos parlamentarios, ya que la Constitución obliga al Parlamento a tomar inmediatamente en consideración el decreto y a reunirse a tal fin en el plazo de cinco días incluso cuando las Cámaras estén disueltas. La función concreta de la legislación de urgencia ha terminado así por convertirse en la propia de un acto de iniciativa legislativa acelerada.

En tiempos no muy remotos, el «abuso del decreto-ley» ha sido estigmatizado vigorosamente. La necesidad de una rápida conversión del decreto en ley por parte de las Cámaras, so pena de la decadencia de sus efectos desde su emanación, ha ofrecido un amplio espacio a la adopción de técnicas obstruccionistas por parte de las minorías parlamentarias, lo que después ha contribuido a desarrollar institutos con finalidades opuestas (por ejemplo, la cuestión de confianza por parte del Gobierno, no prevista en la Constitución e instrumental a la clausura de la discusión, pero no seguida después, en caso de voto negativo de las Cámaras al decreto, de la dimisión del Gobierno), por lo que puede decirse que gran parte del Derecho parlamentario italiano ha tenido su origen en la conversión de los decretos-leyes.

Hoy, el fenómeno del obstruccionismo en relación con los decretos-leyes es mucho menos frecuente e importante, aunque sólo sea por el simple hecho de que el decreto no convertido es propuesto de nuevo por el Gobierno tantas veces como sea necesario para su final conversión por parte de las Cámaras.

Pero las peculiaridades de la legislación de urgencia, y sobre todo de la sucesiva fase de conversión, son, en verdad, demasiadas para que incluso sean tan sólo apuntadas; baste con referir que ya se ha consolidado definitivamente en nuestro ordenamiento un fenómeno de rápida incorporación en el cuerpo de la normativa primaria de actos con fuerza de ley de exclusiva emanación gubernativa, cuya verificación parlamentaria, si es que incluso no puede afirmarse que se ha convertido en una simple formalidad, tiene como mucho una función correctiva y difícilmente de eliminación o supresión. Lo que termina por atribuir al Gobierno un papel de notable relevancia en el ámbito de la misma producción normativa primaria, no reconducible a la ley de emanación parlamentaria que ha constituido por mucho tiempo la única *species* y el modelo principal.

5. Referéndum abrogativo: es quizás el más interesante, ciertamente el más contradictorio y controvertido de todos los actos de la normativa primaria.

En virtud del artículo 75 de la Constitución, las normas aprobadas por ley ordinaria (o por actos equiparables formalmente a ella) pueden ser sometidos al examen del cuerpo electoral a iniciativa de quinientos mil electores o bien de cinco Parlamentos regionales. No pueden ser sometidas a referéndum las leyes de presupuestos, tributarias, penales, de ratificación de los tratados internacionales, de amnistía e indulto y las de revisión constitucional. La solicitud de referéndum, una vez que se haya verificado su regularidad formal por parte de un órgano instituido al efecto en la Corte de Casación, es sometida al examen de admisibilidad de la Corte constitucional, la cual, además de comprobar el respeto a los límites materiales impuestos por la Constitución, controla la formulación de la cuestión sometida a referéndum (*quesito referendario*) que debe ser clara y puntual. Superado dicho examen, a menudo no meramente formal, la cuestión formulada es sometida a la votación de los electores, siempre que las Cámaras no modifiquen en el intervalo de tiempo las disposiciones objeto de consulta. La consulta es válida si en ella participan la mitad más uno de los electores y su resultado es abrogatorio si la mayoría de los votantes se expresa en tal sentido.

Concebido por los constituyentes como un acto de mera legislación negativa, al punto de estar sometido, como los demás actos con fuerza de ley, al control (aunque preventivo) de la Corte constitucional, el instituto tiende, de un lado, a expandir su capacidad de expresión de la «voluntad popular», por tanto, su fuerza de dirección (*indirizzo*), de valor paraconstituyente, frente a los órganos institucionales (baste pensar en lo que ha representado el referéndum de junio de 1993 en la afirmación del principio mayoritario y en la caída de la denominada Primera República), por otro lado y en sentido contrario, parece perder sus connotaciones propias de instrumento de las grandes opciones de fondo, para asumir el mismo carácter de contingencia banal y de escaso espesor de la microlegislación ordinaria (baste pensar en la celebración simultánea de numerosas consultas, dedicada cada una a diversas cuestiones).

No nos ofrece ninguna duda que las virtualidades del instituto sean más despreciadas que exaltadas por estas últimas prácticas, no tanto por el escaso peso específico de las diversas cuestiones sometidas a referéndum, cuanto por el hecho mismo de que las mismas se hallan sometido a consulta de forma simultánea, lo que priva obviamente a cada cuestión formulada, por la importancia del momento mismo, del debido relieve e impide al voto popular adquirir una valencia semiótica mayor de la simple *voluntas* abrogativa de la disposición objeto de consulta.

6. LA DENOMINADA NORMATIVA «SECUNDARIA»

Bajo esta denominación se incluyen una serie algo heterogénea de actos-fuente, cuya característica común en el fondo reside únicamente en no derivar de un legislador, sino, de diversos modos, de la Administración. Se podría hablar, por ello, de «normativa administrativa», pero, en tal caso, se deberían incluir también dos fuentes de indudable valor primario, cuales son el decreto-ley y el decreto legislativo (así acontecía corrientemente en el período estatutario, en el que a menudo se interrogaba acerca de la naturaleza, legislativa o administrativa, del decreto-ley y del decreto legislativo, y sobre su impugnabilidad, en cuanto actos administrativos, ante el juez administrativo; pero hoy, que el valor de ley tiende a constituir un elemento de individualización de las fuentes primarias, no se podría considerar de forma conjunta con el resto de la normativa de origen administrativo).

Prescindiendo del problema de su distinción con los actos normativos primarios (que, bien o mal, se resuelve con el régimen de la calificación rigurosamente formal de estos últimos), los actos de la normativa secundaria presentan una relevante cuestión, teórica y práctica, referente a su diferenciación de los actos administrativos, y en particular respecto de los de carácter general.

La tendencia dominante, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es acudir a un criterio de tipo material: serán actos normativos, así, los que, además del carácter de la generalidad, poseen el de la abstracción, y responden en consecuencia a los requisitos tradicionales considerados propios de la norma jurídica. El legislador de los años ochenta, por el contrario, parece haber tomado la vía de la distinción sobre una base formal, y más bien directamente nominalista: el «reglamento» —como se verá, el acto secundario por excelencia— sería, en efecto, esencialmente el acto que contiene tal norma y que viene recogido en un repertorio (*raccolta*) creado al efecto. Como se verá, el éxito de dicho empeño, como en general de todo el esfuerzo de racionalización de esta compleja materia intentado al final del último decenio, parece más que dudoso.

Los actos de la normativa secundaria, al contrario que los propios de la normativa primaria que se refieren, al menos idealmente, al modelo único de la ley, pertenecen a categorías muy diversas, entre las cuales se suelen distinguir dos de especial relieve: reglamentos y estatutos; cada una de estas generalísimas figuras se presenta después ampliamente subdividida, en general en función de la autoridad de la que procede cada acto.

Por consiguiente, comenzaremos por los primeros para referirnos después a los segundos, tratando conjuntamente, sin embargo, los estatutos y los reglamentos de los Entes locales, que representan un fenómeno normativo esencialmente unitario.

1. *Estatutos.* La denominación «estatuto» alude, tanto en la tradición cuanto en el uso lingüístico actual del ordenamiento italiano, a fuentes cuya colocación en la escala jerárquica es muy variada, pero de contenido homogéneo.

El estatuto, en efecto, constituye de forma invariable el acto normativo fundamental de una institución, el que designa su organización e indica sus fines principales. Considerada luego la extrema variedad de formas que una institución puede asumir, en el plano del ordenamiento general los estatutos presentan una diversa colocación: «Estatuto» se denominaba la primera Constitución formal de Italia, y todavía los estatutos regionales especiales son aprobados con ley constitucional; los estatutos de las otras Regiones son aprobados, sin embargo, con ley ordinaria; los estatutos de los Entes públicos a veces son aprobados con ley ordinaria, y otras por el propio Ente; incluso las asociaciones privadas tienen como fundamento propio un estatuto, obviamente aprobado sobre una base contractual.

Existe, pues, un estrecho vínculo entre la normativa estatutaria y el fenómeno ordinamental, en el sentido de que allí donde existe la primera se verifica el segundo (no se da, sin embargo, la inversa, porque existen Estados y hay ordenamientos particulares carentes, al menos formalmente, de estatuto).

Los estatutos pertenecientes a la normativa de nivel secundario son normalmente los de los Entes públicos diversos del Estado y de las Regiones (así como los de las dos provincias autónomas de Trento y de Bolzano, cuyo estatuto también es norma constitucional).

Dada la amplia atipicidad que caracteriza a las personas jurídicas públicas, entre las que no rige el principio de igualdad propio de la disciplina de las personas de Derecho privado, se comprende la existencia de una notable variedad de estatutos y cómo es difícil elaborar sobre ellos un discurso unitario. Entre ellos se suele establecer una *summa divisio* en razón de la pertenencia de la potestad estatutaria al mismo ente público o bien a otro distinto (normalmente, aquel por decisión del cual el ente mismo ha nacido y del cual depende): se distingue por eso entre estatutos «autónomos» y estatutos «heterónomos», y se suele reconocer, en el primer caso, una autonomía más intensa del Ente (tal aserto, por lo general válido, no es del todo exacto, ya

que, por ejemplo, las regiones con autonomía especial se rigen por estatutos heterónomos, en cuanto que aprobados por ley constitucional, y sin embargo gozan de mayores potestades que las regiones ordinarias; otro discurso es, obviamente, el del espesor real de ese mayor grado de autonomía).

El debate sobre los estatutos de los Entes públicos, sobre el que no se ha profundizado minuciosamente por la propia naturaleza elusiva del fenómeno, reacio a clasificaciones sistemáticas, se ha reabierto recientemente con ocasión del reconocimiento de potestad y autonomía estatutaria a los Entes locales (Municipios y Provincias), efectuado por la Ley núm. 142/1990. Tales Entes públicos, sin duda mucho más importantes que cualesquiera otros no estatales (así ocurre al menos con los Municipios), no poseían, a pesar de ello (*recte*: precisamente por eso, pues a través de ellos se desarrollaba y se desarrolla gran parte de la acción administrativa) autonomía estatutaria y estaban sujetos a un régimen jurídico unitario cualesquiera que fuesen sus dimensiones y sus características geográficas y demográficas. Con la Ley de reforma de 1990 les ha sido conferida autonomía estatutaria, si bien en unos términos considerados todavía muy restrictivos por parte de la doctrina mayoritaria (la ley, en efecto, impone todavía el número, la clase y la competencia de los órganos superiores). El fenómeno estatutario ha asumido así grandes dimensiones por la cantidad y amplitud de sus problemas, y dista aún de haber concluido, porque a una primera y forzosamente precipitada fase de formación (que según la ley habría de concluir dentro del año siguiente a su aprobación) ha de seguir necesariamente otra de profunda revisión, para adecuarse a la reforma de 1993 sobre la elección directa del jefe de la Administración municipal (el Alcalde).

Desde el punto de vista de la teoría de las fuentes, el estatuto municipal (y provincial) plantea esencialmente un problema de colocación en el sistema, por un lado respecto de la ley, y de otro con relación al resto de la normativa local de carácter reglamentario. Bajo el primer aspecto, cabe preguntarse si, en el ámbito de la autonomía a él reconocida, no tiene el mismo nivel que la normativa primaria, respecto de la cual, por consiguiente, se encontraría en una relación de competencia exclusiva, más que de jerarquía. La práctica no ha confirmado dicha tesis: el control de legitimidad de los estatutos locales se ha ejercido, en efecto, como si estuvieran totalmente subordinados a la ley y obligados a observar plenamente los preceptos de ley sobre cualquier materia. También ha sido poco favorable al estatuto, aunque por razones distintas, su relación con los reglamentos locales, respecto

de los cuales la supremacía del estatuto está expresamente prevista en la ley: la exigencia que se viene afirmando es la de no vincular excesivamente la acción administrativa local, de la cual los reglamentos son el eje, a cartas estatutarias apresuradas y a veces, cuanto menos, poco meditadas, evitando imponer en cualquier caso modificaciones estatutarias largas y onerosas. Se tiende, por tanto, a exaltar los espacios de autonomía de la normativa reglamentaria, reconociéndole ámbitos específicos y reservados, en los cuales no existiría subordinación alguna al estatuto. Dado que, por otra parte, la fase de la nueva regulación local apenas se ha iniciado, es difícil afirmar si dicha tendencia tendrá éxito. La potestad reglamentaria constituía, en efecto, la forma tradicional de la autonomía normativa de los Entes locales, y su ejercicio había dado vida a un *corpus* normativo muy amplio, cuya reformulación y adecuación al nuevo orden del gobierno local, como también a la disciplina estatutaria, es una tarea ciertamente larga y nada fácil.

2. *Reglamentos.* Constituye, sin duda, la *species* más importante de la normativa secundaria, la que tiende a identificarse con el *genus*, tanto que, al igual que este último, presenta el mismo fraccionamiento y variedad. No han faltado, a decir verdad, intentos de tratamiento unitario del «reglamento» como categoría de teoría general, pero hasta ahora no han tenido un éxito persuasivo: en el ordenamiento italiano, el nombre de reglamento se atribuye, en efecto, a actos normativos muy diversos entre sí, no sólo bajo el aspecto formal, sino también en lo relativo a su fuerza y a su colocación en la escala jerárquica. Existen, por lo demás, reglamentos de nivel para- (sino plenamente) constitucional, como los reglamentos parlamentarios, y reglamentos de tipo primario, además de los secundarios y terciarios que constituyen la mayor parte. Trataremos, por consiguiente, tan sólo de estos últimos, cuya distinción de base se apoya en los aspectos subjetivos del acto: se distinguen, así, reglamentos gubernativos; reglamentos ministeriales; reglamentos regionales; reglamentos de los entes públicos (entre los cuales se encuentran, obviamente, los de los entes locales, a los cuales hemos aludido más arriba).

2.A) Reglamentos gubernativos. Son los reglamentos emanados por el Jefe del Estado previa deliberación del Consejo de Ministros, adoptada previo informe no vinculante del Consejo de Estado y con el visto bueno del Tribunal de Cuentas. Es el tipo de reglamento más discutido e importante, sobre todo en su relación con la ley. Es observación común, en efecto, que la relación entre ley y reglamento se modela sobre la que media entre el Parlamento y el Gobierno. Y es observación igualmente

difundida que, en los ordenamientos actuales, la regulación de las relaciones entre los ciudadanos no puede ser confiada totalmente a la ley, a la cual se debería reservar la tarea de disciplinar en vía directa y exclusiva sólo cuestiones de gran importancia e interés general, desarrollando en lo demás una función de dirección con respecto a una amplia y penetrante disciplina gubernativa. Es de lamentar, en tal sentido, lo lacónica que sobre este punto se muestra la Constitución italiana, la cual no sólo no reserva al reglamento importantes espacios normativos (como acaece, por ejemplo, en Francia), sino que parece ignorar totalmente los reglamentos gubernativos, apenas mencionados, *per incidens* y ni siquiera con toda seguridad, en el artículo 87.

Omitiendo la larga y compleja experiencia prerrepública, que está en la base de la actual problemática de los reglamentos, baste con referir aquí que la cuestión de fondo dejada abierta por el constituyente de 1948 es la de la vigencia y alcance, respecto de los reglamentos gubernativos, del principio de legalidad, es decir, si y cuánto deben sujetarse a la ley; de este problema fundamental derivan luego una serie de cuestiones acerca del régimen y la admisibilidad misma de los reglamentos gubernativos, problemas que sólo han recibido una respuesta (si adecuada o no, se verá seguidamente) con la Ley núm. 400/1988. Esta última enumera o disciplina seis tipos de reglamentos: cuatro individualizados por su relación con la ley, uno definido *ratione materiae* (los reglamentos de organización), uno, ya abrogado, de tipo especial (los reglamentos que recogen los acuerdos sindicales en materia de empleo público). Los cuatro primeros, intuitivamente los más importantes desde la perspectiva de la solución al problema de fondo, son: los reglamentos ejecutivos; los de desarrollo y actuación de la ley (*integrativi-attuativi*); los denominados de autorización o de deslegalización y los «independientes».

Los reglamentos ejecutivos (entiéndase: «de la ley») no generan problemas especiales: son, en efecto, los que se limitan a establecer una disciplina de detalle en ejecución de los preceptos legales.

Los reglamentos del segundo tipo se mueven también en el ámbito de actuación de la ley, y representan únicamente una amplificación, cuantitativa no cualitativa, de los poderes normativos secundarios generalmente reconocidos al Ejecutivo con la finalidad de concretar la disciplina legislativa.

Los reglamentos de autorización están destinados a disciplinar un fenómeno ya conocido en la práctica: el de la denominada «deslegalización», es decir, la atribución de una determinada materia, por parte de la ley, a la fuente reglamentaria; dicho

fenómeno, que se producía de forma espontánea y sin las adecuadas garantías, debe desarrollarse según prescribe la Ley de 1988 mediante una ley expresa, que debe indicar las líneas de fondo a las que debe atenerse el Gobierno, de forma similar a como ocurre con los decretos legislativos.

Muchas discusiones han generado, por el contrario, los denominados reglamentos «independientes», con los cuales el Gobierno puede regular por vez primera, y sustancialmente como las normas primarias en cuanto que no sometidos a preceptos legales, materias no reguladas por el legislador y no reservadas a la ley. Se trata, por otra parte, de una novedad sustancial respecto de la normativa y la práctica anterior, que no consentían al Gobierno intervenciones de este tipo.

El intento de legitimar, con carácter general, una potestad reglamentaria del Gobierno más amplia es perseguido, en fin, a través de la previsión expresa de los reglamentos de organización, materia tradicionalmente reservada al Ejecutivo, pero sometida por la Constitución italiana a una reserva, si bien relativa, de ley. La idea inspiradora de dicha previsión parece haber sido la de confirmar la tesis según la cual la materia estaría reservada por la Constitución, en parte a la ley, en lo referente a los principios generales, y, en lo demás, en todo lo relativo a la normativa de detalle, a la fuente reglamentaria. La pretensión, sin embargo, no parece haberse alcanzado; así como, en general, el esfuerzo de racionalización de la Ley de 1988 es considerado, al menos en parte, fallido.

Si lo que se pretendía era únicamente la legitimación de la práctica y la ampliación de la potestad reglamentaria del Gobierno, el resultado puede considerarse alcanzado; si la finalidad era también la más ambiciosa de establecer un modelo para el ejercicio futuro de dicha potestad, ha fracasado, porque la proliferación de nuevas formas reglamentarias, tanto desde el punto de vista procedimental como sustancial, no se ha detenido lo más mínimo.

El hecho es que, como se ha observado, el verdadero destinatario de las normas sobre las formas y sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno no es tanto este último, cuanto el propio Parlamento, continuamente dispuesto a transferir a la sede gubernativa (es decir, a un circuito de toma de decisiones dominado por la mayoría parlamentaria) cuestiones que sería incómodo afrontar en sede legislativa. La creación de nuevas formas de reglamentos o la utilización sin prejuicios del procedimiento previsto en la Ley núm. 400/1988 (piénsese en el mecanismo de delegación en cadena introducido por la Ley

núm. 537/1993, en el que se autoriza al Gobierno, con ley, a autodelegarse, con decreto legislativo, importantes potestades reglamentarias en materia de reforma de la Administración Pública) no derivan tanto de la *prava voluntas* del Ejecutivo, sino de las propias Cámaras (*recte*: de la mayoría allí constituida), y parece claro que poco éxito puede tener cualquier esfuerzo autolimitativo efectuado con ley ordinaria, siendo necesario, a tal fin, disponer en la materia con normas no disponibles inmediatamente por la mayoría parlamentaria, *ergo*: con normas de nivel constitucional (algo similar ha acontecido en el fondo con la reserva de ley, del todo aleatoria cuando se encontraba en las Constituciones flexibles, y convertida en límite efectivo a la normativa secundaria sólo con el advenimiento de las constituciones rígidas).

2.B) Reglamentos ministeriales. Son los reglamentos aprobados por los Ministros, en virtud de una norma legal expresa que autoriza a ello y según un procedimiento regulado en la propia Ley núm. 400/1988.

También esta forma de potestad normativa, aunque muy practicada, carecía de una disciplina general con anterioridad a la Ley de 1988, que ha intentado reconducirla a norma, especialmente bajo el aspecto formal-procedimental. Sin embargo, también aquí (y quizás sobre todo) dicho intento ha resultado inútil, por la continua creación de nuevos actos normativos ministeriales al margen del esquema general. Se trata, por otra parte, de una zona limítrofe, no siempre trazada claramente, con la pura actividad administrativa, a la que los titulares ministeriales se ven irresistiblemente tentados a recurrir, en vez de acudir al reglamento, cada vez que es posible, para evitar los controles de tipo político que este último comporta (el reglamento ministerial debe ser, en efecto, trasladado con carácter preventivo al Presidente del Consejo de Ministros), pero también, y sobre todo, por las razones que serán expuestas seguidamente (sub 2E), al tratar de las formas atípicas de la normativa secundaria. La «huida» de la Ley 400/1988, constatada a los pocos años de su aprobación, se ha verificado sobre todo en esta dirección.

2.C) Reglamentos regionales. A diferencia de los gubernativos, y no obstante su menor importancia, los reglamentos regionales están previstos expresamente en la Constitución, que atribuye su aprobación al Parlamento regional, esto es, al órgano que posee, en la Región, el poder legislativo (lo cual resulta extraño si se tiene en cuenta que los actos normativos secundarios normalmente son de competencia del Ejecutivo).

La singular disciplina constitucional de dichos reglamentos ha determinado, por otra parte, el surgimiento de numerosas cues-

tiones acerca de los criterios de determinación de los actos normativos y su distinción de los actos administrativos, problema de indudable relevancia al objeto de valorar la legitimidad de los actos aparentemente normativos de los gobiernos regionales, que resultarían inválidos si efectivamente se considerasen normativos, mientras que no lo serían si tuvieran naturaleza administrativa.

2.D) Reglamentos de los Entes públicos. Cada persona jurídica pública posee, en cierta medida, potestad reglamentaria, en general circunscrita a los aspectos organizativos internos, pero a veces también con relevancia externa. Tales actos, de nivel por lo general subsecundario, poseen marcados caracteres de atipicidad, propios por lo demás de toda la disciplina de los Entes públicos instrumentales.

2.E) Formas reglamentarias atípicas. Se ha aludido al hecho de que el modelo delineado por la Ley núm. 400/1988 no ha conseguido imponerse totalmente ni al legislador ni a la Administración, y que la práctica ha inventado nuevas formas de normativa secundaria. Algunas de ellas han adquirido cierta tipicidad, y se presentan en consecuencia como componentes relativamente estables del régimen de las fuentes secundarias: se trata de los decretos del Presidente del Consejo de Ministros, de las directivas interorgánicas y de las circulares normativas.

A ellas se alude aquí únicamente para subrayar cómo el criterio formal de individualización de las fuentes del Derecho, ya dominante en el campo de la normativa constitucional y primaria, está todavía lejos de su afirmación en el sector de la normativa secundaria, en la cual el criterio material conserva su vitalidad permanente. Ello se debe a varios factores, entre los que tienen una particular importancia: la ausencia casi total de una disciplina constitucional de la materia; el carácter multipolar y polimorfo de la Administración Pública no favorece las identificaciones basadas sobre elementos subjetivos; en fin, pero ciertamente el primero por su relevancia práctica, el carácter imperativo de los actos administrativos, destinados a imponerse incluso a despecho de su eventual ilegitimidad, que estimula el recurso a fórmulas más ágiles que la codificación de los actos de la normativa secundaria, dado que, aunque se adopte en violación del respectivo régimen formal, el mandato así expresado resultará en cualquier caso eficaz, y que, más bien, será mucho más fácil de modificar en el futuro, mientras que la adopción inicial del más riguroso régimen formal dispuesto por la ley obligaría después a recurrir continuamente al mismo cada vez que se entienda proveer de nuevo.

A todos estos factores de incertidumbre e inestabilidad, el actual régimen de la normativa secundaria ha visto sumarse recientemente uno nuevo: hasta hace algunos años, en efecto, los actos normativos secundarios contrarios a las fuentes superiores estaban sujetos exclusivamente a la anulación por parte del juez administrativo, del mismo modo que cualquier otro acto administrativo, categoría a la cual todos ellos, *quoad formam*, pertenecen. Existía, en teoría, la posibilidad de su no aplicación por parte del juez ordinario, pero tal eventualidad, fruto del respeto del legislador de 1865 por el principio de separación de poderes, no tenía relevancia práctica alguna, dada la casi sustracción al juez ordinario de toda controversia en la que estuviera en juego la legitimidad de un acto imperativo (*autoritario*) de la Administración Pública.

Desde hace algunos años, por el contrario, el Consejo de Estado, órgano supremo de la magistratura administrativa italiana, parece entender que puede no aplicar, en vez de anular, los reglamentos. Se trata de una dirección que retoma afirmaciones precedentes, aunque remotas, del mismo juez administrativo, y que ha encontrado el apoyo de la doctrina (preocupada, sobre todo, por evitar las numerosas y rápidas preclusiones conexas al régimen impugnatorio del que procede la anulación), pero que, entre tantos aspectos positivos, tiene al menos uno negativo: si, en efecto, la anulación, que priva de eficacia jurídica al acto normativo frente a todos los ciudadanos, es una medida rígida y a menudo excesiva frente a las exigencias del caso concreto (respecto del cual puede resultar, por tanto, más adecuada la simple no aplicación, que permite al juez no privar al acto de su eficacia normativa general, sino limitarse a no tenerlo en cuenta en la decisión de la controversia de que entiende), algún valor al menos tiene, cual es el de resolver, de una vez por todas y en general, la cuestión del valor preceptivo del acto que afecta al caso concreto, *ergo*: de su pertenencia o no al ordenamiento normativo.

La no aplicación, por el contrario, deja abierto dicho problema, que sólo lo resuelve definitivamente para el caso concreto, ya que el ordenamiento italiano no reconoce valor vinculante al precedente judicial: el hecho de que un juez haya afirmado, en un caso determinado, la ilegitimidad de un acto normativo secundario, no precluye pues, ni al mismo juez ni a otro distinto, un pronunciamiento en otro sentido en un caso posterior tal vez idéntico. Al menos desde el punto de vista de la certeza y estabilidad del sistema normativo, la anulación parece pues preferible a la no aplicación, que constituye, por el contrario, una

medida más acorde con los actos (*provvedimenti*) de carácter singular, para los que únicamente la ineficacia circunscrita subjetivamente en que se traduce resulta tal vez una solución más adecuada en conjunto y sistemáticamente.

7. LA NORMATIVA CONSUECUDINARIA

Admitida generalmente en las relaciones privadas, la costumbre no constituye, sin embargo, una fuente del Derecho administrativo. No faltan, a decir verdad, opiniones doctrinales tendentes a configurar como hecho consuetudinario el criterio constante seguido en el tiempo, en una cuestión determinada, por los órganos administrativos; pero este fenómeno parece más bien encuadrable como simple «práctica administrativa», por sí misma carente de fuerza normativa, y vinculante únicamente en lo referente a la carga que tiene la Administración de apartarse de ella de forma motivada, en virtud del principio general de coherencia que la propia Administración debe seguir en su actuación.

8. LA NORMATIVA COMUNITARIA

Totalmente olvidada hasta hace pocos años, la normativa comunitaria constituye hoy una fuente de importancia creciente, tanto que prácticamente no existe Manual de Derecho Administrativo de reciente edición que no aluda ampliamente a ella.

Durante un tiempo considerada solamente aplicable tras su inclusión en una disposición interna, la normativa comunitaria se considera hoy directamente aplicable en el ordenamiento italiano, y los operadores jurídicos nacionales no aplican, cada vez con mayor frecuencia, las normas italianas contrarias a ella.

A la evolución del Derecho nacional relativo a las formas y modalidades de aplicación de la normativa de la Unión Europea, se ha unido después la extensión de esta última a sectores más variados, de los tradicionales, de las relaciones entre los operadores económicos, lo que ha hecho que la normativa comunitaria afecte a una vasta gama de relaciones entre los ciudadanos y la Administración Pública, es decir, a las propias del Derecho administrativo. Ello ha conducido a la superación de una concepción muy difundida que veía en el Derecho administrativo un fenómeno típicamente nacional, impermeable a estímulos externos: no sólo, en efecto, se habla cada vez con mayor convicción

de «Derecho administrativo europeo», sino que no existe sector del Derecho administrativo italiano que no se vea afectado por las innovaciones del Derecho comunitario; ni siquiera el campo tradicional más cerrado y peculiar, aquel en el que especialmente los factores históricos internos juegan un papel de gran importancia (la justicia y el proceso administrativo), puede considerarse inmune.

El recurso a la normativa comunitaria y la extensión de sus principios incluso a ámbitos no regulados directamente por ella en virtud del principio de igualdad sancionado en el artículo 3 de la Constitución italiana, que no admite tratamientos diferenciados de sujetos en una posición de identidad sustancial, parecen representar, en perspectiva, el factor más eficaz de reforma y modernización de la administración nacional, que el legislador italiano no alcanza a llevar a término.

La aplicación del Derecho comunitario en el ordenamiento italiano tiene lugar de dos formas: con un sistema descentralizado, basado en la técnica de la primacía, en los casos singulares y ante operadores singulares, de las normas comunitarias sobre las nacionales, y según un modelo concentrado, que atribuye a una fuente especial legislativa y reglamentaria (la denominada «ley comunitaria» y el correspondiente reglamento gubernativo) la adecuación de la normativa interna al Derecho de la Unión.

Este segundo sistema, introducido por la Ley núm. 86/1989, prevé que, anualmente, el Parlamento apruebe una ley especial destinada a derogar explícitamente las normas nacionales contrarias al Derecho comunitario y a introducir en el ordenamiento italiano las normas necesarias para adecuarlo al de la Unión. El instrumento, aun con algunos retrasos y omisiones, parece haber funcionado de forma aceptable, pero no representa la vía principal de penetración del Derecho comunitario (o, quizás mejor, de los principios que del mismo cabe deducir) al interior del ordenamiento nacional.

Esta última está constituida, por el contrario, por el sistema descentralizado, que se funda, esencialmente, en los siguientes principios: el principio de primacía, dirigido a evitar contradicciones entre la normativa italiana y la comunitaria, y el principio de eficacia directa de esta última, que tiende a garantizar la inmediata adecuación del ordenamiento nacional al europeo.

Las normas nacionales, en virtud del primer principio, son interpretadas de conformidad a los principios comunitarios y, cuando ello no sea posible, no deben ser aplicadas por el operador jurídico italiano (juez o administración); en caso de duda sobre la interpretación de la normativa comunitaria, es posible

dirigirse al Tribunal de Justicia de la Comunidad, al que compete garantizar la uniformidad en la interpretación de la disciplina de la Unión (cuestión prejudicial).

En virtud del segundo principio, las normas comunitarias deben ser aplicadas directamente por los operadores jurídicos nacionales, sean o no objeto de recepción formal por parte de una disposición italiana («ley comunitaria» u otra). El Derecho comunitario, de este modo, se convierte *tout court* en Derecho interno del Estado italiano. La eficacia directa no atañe, salvo en casos particulares, a las directivas, dirigidas a los Estados miembros y no a los particulares, pero esta limitación, ya en parte desaparecida por la identificación de directivas denominadas *self-executing*, está siendo contestada cada vez con más fuerza por los propios operadores jurídicos italianos.

El caso del Derecho comunitario, en suma, parece reproducir ejemplarmente la situación actual del sistema de las fuentes normativas en el ordenamiento italiano: existen instrumentos de ordenación fiables desde la perspectiva de la certeza y la estabilidad, pero frente a ellos son preferidos en la práctica modelos más ágiles e inmediatamente eficaces, aunque de una aplicación más incierta y aleatoria. Se podría pensar que esto, en el fondo, no constituye más que un enésimo episodio de la eterna lucha entre el legislador y el juez por el predominio en la construcción del ordenamiento, pero parece más probable que, al menos en el caso del Derecho comunitario, el fenómeno apuntado tenga (aunque no propiamente) implicaciones diversas y más profundas, fácilmente reseñables en la exigencia indeclinable de superar rápidamente las numerosas rémoras que se interponen en la construcción de una Administración pública eficiente y al servicio de los ciudadanos.

9. CONCLUSIONES

El régimen de las fuentes del Derecho administrativo italiano revela, pues, una tendencia a la asistematicidad y una incertidumbre crónica, a las que las reformas recientes sólo en parte han puesto remedio.

Tales caracteres son evidentes sobre todo en la normativa secundaria, que es precisamente la destinada a asumir la mayor importancia, al menos cuantitativa, en la disciplina de las relaciones de Derecho administrativo.

Pero también la normativa primaria presenta signos crecientes de asistematicidad, aunque permanece, en su conjunto, como un

sector ordenado de forma bastante rigurosa y coherente. El principal factor de crisis, bajo este aspecto, lo constituye precisamente la introducción incontrolada de la normativa comunitaria, fenómeno, por otra parte, considerablemente positivo.

En cuanto a la normativa constitucional, que es la de una consistencia mayor y más segura, en su conjunto se ocupa poco de la administración, y su incidencia directa sobre los institutos de Derecho administrativo es, por tanto, reducida.

El escaso peso de la disciplina constitucional y la gran incertidumbre de la normativa reglamentaria, han favorecido así (junto a factores generales de «administrativización» de la ley) la concentración de la disciplina del Derecho administrativo en la normativa primaria, la única que presenta de forma conjunta coherencia sistemática y relativas posibilidades de modificación. Pero se trata de un resultado bajo muchos aspectos infeliz, porque la ley —se ha experimentado ya profusamente— no posee ni la estabilidad intrínseca necesaria para expresar de forma permanente principios constitucionales, ni la elasticidad indispensable para garantizar una pronta adecuación del cuerpo normativo a la rápida evolución de la sociedad.

Las principales perspectivas (y necesidades) de evolución del sistema son por tanto dos, una ya presente desde hace tiempo, pero que no se ha realizado plenamente, y la otra todavía por construir.

La primera es la de una masiva deslegalización de la disciplina administrativa, sobre todo, pero no únicamente, en materia de organización, acompañada, si es necesario, de la previsión constitucional de una reserva al Ejecutivo análoga a la ya adoptada en Francia. El proceso de deslegalización debería haberse incrementado con la reforma de 1988, pero no parece que se hayan alcanzado, sino recientísimamente, resultados apreciables bajo este aspecto, ni por lo demás es previsible que ello tenga lugar hasta que el sector de la normativa secundaria no adquiera suficiente coherencia y sistematicidad (lo que, como se ha dicho, sólo parece posible confiriendo la disciplina a las normas constitucionales).

La segunda es la de la inserción en un texto constitucional de los principios de la nueva relación entre el ciudadano y la Administración que ahora se filtran, más o menos misteriosamente, a través de la aplicación directa por parte de los operadores jurídicos del Derecho comunitario (y que en parte han encontrado expresión legislativa en la Ley núm. 241/1990). Omitiendo otras argumentaciones más relevantes a favor de dicha solución, y limitándonos a lo que es objeto directo de este

estudio, parece que puede afirmarse que esto limitaría el efecto desarticulador que tiene, sobre el sistema italiano de Derecho administrativo (y no sólo sobre el régimen de las fuentes), la aplicación directa del Derecho comunitario por parte de los jueces, sin duda bien intencionada pero inadecuada para dirigir de forma coherente e idónea, y por tanto para dar vida, a un sistema estable de Derecho administrativo.

Entre los numerosos aspectos de la reforma constitucional desde hace tiempo anunciada y —se espera— finalmente en gestación, es pues importante que éstos (régimen de las fuentes secundaria y principios de relación entre Administración y ciudadano) no escapen a la atención de los próximos reformadores.

