

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ITALIANO*

Alessandro Pizzorusso

Profesor ordinario de Derecho Constitucional Comparado
de la Universidad de Florencia

SUMARIO: I. NOCIONES GENERALES.—A. *La noción de fuente del derecho.*—1. Fuentes del derecho y normas sobre la producción jurídica.—B. *La clasificación de las fuentes.*—2. Los diversos factores de legitimación de la producción normativa.—3. Fuentes legales y fuentes «extra ordinem».—4. Fuentes-hecho y fuentes-acto.—5. Fuentes políticas y fuentes culturales.—6. Los diversos grados de la eficacia normativa.—C. *Disposición y norma.*—7. Distinción de las dos nociones.—8. La producción de las disposiciones: a) la determinación de los sujetos competentes.—9. Continuación: b) las derogaciones a los criterios de la distribución de la competencia.—10. Continuación: c) la determinación de los procedimientos.—11. La elaboración de las normas: a) la búsqueda de los materiales normativos.—12. Continuación: b) la selección de los materiales normativos.—13. Continuación: c) la interpretación en sentido estricto.—D. *Sistema de fuentes y forma de estado y de gobierno.*—14. Convergencias y divergencias.—II. LAS FUENTES DEL DERECHO ITALIANO VIGENTE.—A. *Evolución del sistema de fuentes vigente en Italia.*—15. La evolución del sistema de fuentes en la época contemporánea.—16. El sistema de fuentes vigente en Italia durante el régimen anterior a la Constitución.—17. Las innovaciones introducidas por la Constitución de 1947.—B. *Aplicaciones del principio de jerarquía de las fuentes.*—18. Fuentes primarias y fuentes secundarias.—19. Ley y Constitución.—20. Fuentes supremas.—21. Fuentes atípicas.—22. Fuentes subprimarias.—23. Fuentes terciarias.—24. Subsistemas.—25. Fuentes de eficacia variable.—C. *Aplicaciones del principio de competencia.*—26. Supuestos de distribución horizontal de la función normativa.—D. *Fuentes provisionales.*—27. Decretos leyes y ordenanzas administrativas de urgencia.—E. *Relaciones entre ordenamientos.*—28. La pluralidad de los ordenamientos jurídicos.—29. Relaciones entre el ordenamiento interno y el ordenamiento de la Comunidad internacional.—30. Relaciones entre el ordenamiento italiano y los ordenamientos de otros estados.—31. Relaciones entre el ordenamiento italiano y el ordenamiento de la Comunidad Económica Europea.—32. Relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos de los entes, comunidades o asociaciones que actúan en su interior.—F. *A modo de resumen.*—33. El sistema de las fuentes del derecho italiano vigente.

* El presente trabajo es la traducción de la voz *Fonti del Diritto*, destinada a la 4.ª edición del *Digesto*, que publica la *Unione Tipografico Editrice Torinese*, con cuya autorización expresa se inserta en esta Revista.

I. NOCIONES GENERALES

A) *La noción de fuente del derecho*

1. *Fuentes del derecho y normas sobre la producción jurídica*

Con la expresión «fuentes del derecho» se indican aquellos hechos o actos jurídicos los cuales, en virtud de las «normas sobre la producción jurídica» vigentes en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de disposiciones o normas integradoras de aquel ordenamiento. En otras acepciones se habla en ocasiones de fuentes para indicar el conjunto de las disposiciones y normas que constituyen un determinado ordenamiento o bien para señalar los instrumentos que permiten conocer tales disposiciones y normas.

En su acepción más propia, el término fuentes del derecho tiene, pues, el mismo significado que el término «hecho (o acto) normativo», y para determinar su alcance es necesario por ello identificar el criterio de distinción de los hechos y actos normativos frente a los hechos y actos no normativos, además de precisar qué cosa se entiende por normas sobre la producción jurídica.

El criterio diferencial de los hechos y actos normativos se ha buscado durante mucho tiempo por la doctrina en el carácter general y abstracto de las reglas por ellos producidas, contraponiéndose tal carácter a aquel particular y concreto de las reglas que generalmente derivan de las sentencias, de los actos administrativos y de los contratos¹. Diversas experiencias realizadas en estos últimos decenios han puesto de manifiesto, sin embargo, cómo ese criterio sufre un número tal de excepciones que resulta en la práctica poco útil: bastará con recordar los convenios colectivos cuya eficacia tiende a extenderse más allá de la esfera de sus contratantes, las sentencias de anulación de los actos normativos que normalmente asumen un ámbito objetivo de eficacia igual a aquel de los actos anulados y, sobre todo, las leyes-medida que, por el contrario, producen efectos carentes de aquellos caracteres de abstracción y generalidad que son normalmente propios de la ley. Frente a esta difusión de casos de disociación entre la forma y el contenido del acto (que ya había dado lugar a la distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material en relación con los actos normativos del ejecutivo), el recurso a un criterio fundado sobre la abstracción y sobre la generalidad parece cada vez menos útil y se impone, por el contrario, como predominante el recurso al criterio fundado sobre la eficacia *erga omnes* o bien *inter partes* de los diferentes tipos de hechos o actos. Este criterio está esta-

¹ Cfr. A. M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, en *NN.D.I.*, VII, Utet, 1961, p. 525; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 5.ª ed., Padua, 1984, pp. 19 y ss.; en cambio, en sentido crítico, G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Turín, 1984, pp. 11-12.

blecido con mucha claridad, respecto a la sentencia, por el artículo 2909 del Código Civil, el cual establece, como es sabido, que la declaración contenida en una sentencia que ha adquirido la fuerza de cosa juzgada causa estado a todos los efectos entre las partes y sus herederos o causahabientes y, respecto del contrato, por el artículo 1372 del Código Civil, para el cual «el contrato tiene fuerza de ley entre las partes» y «no produce efectos respecto a terceros más que en los casos previstos por la ley». Partiendo de esta determinación de los efectos de los actos seguramente reconducibles al más amplio género de los actos no normativos es posible identificar, *a contrario*, la eficacia de los actos (y hechos) normativos en aquello que no se limita a las «partes», sino que se extiende a los «terceros», o sea, en la eficacia *erga omnes*². Además, es posible deducir importantes síntomas reveladores del carácter normativo de un acto o un hecho a partir de la aptitud que las disposiciones o normas por él producidas tienen para ser utilizadas por el juez en virtud del canon *iura novit curia*³ o para ser utilizadas como parámetro al objeto de la interposición del recurso de casación, etc.⁴.

Correlativa a la determinación de los hechos o actos normativos es la identificación de las normas sobre la producción jurídica, es decir, de las normas que disciplinan aquel particular tipo de efecto jurídico que consiste en la producción de disposiciones o normas⁵ y que, en consecuencia, se refleja indirectamente sobre todas las situaciones jurídicas subjetivas que son creadas, modificadas o extinguidas por las normas creadas, modificadas o derogadas en aplicación de ellas. Las normas sobre la producción jurídica, por tanto, están ligadas a todas las demás disposiciones o normas por un vínculo de instrumentalidad que comporta su preeminencia sobre ellas, si bien este tipo de preeminencia tiene un carácter exclusivamente funcional y es, por ello, totalmente independiente de la preeminencia inherente a la posición ocupada en la jerarquía de las normas que deriva de la construcción gradual del ordenamiento jurídico⁶.

² Cfr. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, en *Commentario Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1977, pp. 15 y ss.

³ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sulla distinzione fra accertamento dei fatti ed applicazione delle norme giuridiche*, en *St. Carnacini*, Milán, 1984, II, 1, pp. 625 y ss.

⁴ Cfr. V. CRISAFULLI, *Fonti del Diritto (dir. cost.)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Milán, 1968, pp. 935-936; PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., pp. 227-228.

⁵ Sobre la distinción entre disposición y norma, cfr. *infra*, n. 7.

⁶ Cfr. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., pp. 7 y ss. Véase al respecto, recientemente, A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, en *Politica del Diritto*, 1987, pp. 175 y ss.

B) *La clasificación de las fuentes*

2. *Los diversos factores de legitimación de la producción normativa*

Si analizamos los sistemas de las fuentes que han sido adoptados en las diversas épocas y en las diversas áreas de la tierra, constataremos que consideran actos o hechos normativos a comportamientos dotados de una estructura bastante diversa desde el punto de vista técnico, al tiempo que la autoridad que les consiente producir normas jurídicas está fundada sobre la base de valoraciones en modo alguno uniformes.

En las sociedades primitivas, por ejemplo, las formas de producción normativa preferentemente empleadas son la costumbre, que se funda en la repetición, en ciertas condiciones, de una conducta conforme al modelo resultante de comportamientos tenidos en el pasado en circunstancias análogas, o bien la voluntad divina, deducida de las revelaciones de los profetas (los cuales hablan o escriben inspirados directamente por el más allá), o de textos sagrados e interpretada por sacerdotes específicamente habilitados para ello (en ocasiones con el sello de la infalibilidad).

Por el contrario, en las sociedades democráticas se tiende a atribuir la función normativa a los mismos componentes de cada sociedad estatal bien mediante convenciones estipuladas entre ellos (de acuerdo con la idea del «contrato social»), lo que en la actualidad solamente ocurre en circunstancias relativamente excepcionales, o bien mediante la atribución del poder normativo a órganos representativos de la comunidad (de acuerdo con la doctrina de la «representación política»), que es lo que sucede regularmente.

En otros casos, en fin, el poder de dictar normas se reconoce a sujetos que ejercen funciones soberanas en virtud de tradiciones dinásticas (más o menos espontáneamente o más o menos forzosamente aceptadas por los miembros de la comunidad) o bien a sujetos dotados de una autoridad de tipo carismático o bien a tiranos, los cuales imponen su voluntad gracias a la fuerza militar o policíaca de la que disponen.

A la actividad normativa que deriva del ejercicio de poderes considerados como políticos se ha contrapuesto, a menudo, la que procede del trabajo realizado por los juristas, ya sean jueces, abogados o simples estudiosos, la cual suele comportar una cierta reelaboración y sistematización de las disposiciones y de las normas que proceden de las otras fuentes del derecho. A este tipo de producción normativa se le ha reconocido en ocasiones una precisa colocación en el sistema de fuentes adoptado oficialmente, como actualmente sucede sobre todo en los ordenamientos de los países anglosajones. Pero incluso en los casos en los que no ha obtenido un reconocimiento

semejante, ejerce en la práctica, al menos, una importante función interpretativa y de sistematización de las disposiciones y de las normas producidas por las fuentes oficiales⁷.

Si tratamos de clasificar los tipos de producción normativa de los que la historia del derecho y el derecho comparado nos ofrecen aplicaciones en virtud de los factores de legitimación que constituyen su justificación política, podemos identificar al menos cinco factores que se pueden distinguir con suficiente precisión. Hay que advertir, sin embargo, que las fuentes que se reconducen a estos diversos grupos no aparecen todas dotadas de igual importancia en la práctica, ya que algunas de ellas son de frecuente o frecuentísima aplicación, mientras que otras se utilizan más raramente o en circunstancias tales que su influencia práctica es muy limitada. Considerados en conjunto, sin embargo, estos cinco grupos de fuentes están en condiciones de abarcar todas aquellas que se han experimentado en la época moderna o que lo fueron en el pasado y ofrecen, en consecuencia, un panorama suficientemente completo también a los efectos del encuadramiento teórico del fenómeno de la producción normativa.

Los criterios de legitimación de la potestad normativa tomados en consideración al objeto de esta clasificación son: el principio según el cual es preciso ajustarse a la conducta precedentemente observada, el principio según el cual es preciso atenerse a la solución anteriormente considerada como la más racional (*stare decisis*), el principio según el cual se deben respetar los acuerdos estipulados (*pacta sunt servanda*), el principio según el cual se debe prestar obediencia a la autoridad divina y el principio según el cual se debe observar cuanto ha sido dispuesto por la autoridad política.

El principio según el cual es preciso ajustarse a la conducta observada precedentemente —en presencia, obviamente, de una identidad de situaciones de hecho— está en la base del valor normativo que se reconoce a menudo a la costumbre. Precisamente se suele decir que nos encontramos frente a una norma jurídica de este tipo, vinculante para la generalidad de los consociados (o bien para aquellos que viven en una cierta área o pertenecen a una cierta categoría de personas), cuando ésta ha sido aplicada de modo uniforme, general y constante, con la conciencia de obedecer a un precepto jurídico y por un cierto período de tiempo (determinado en unos casos mediante una precisa indicación de límites, mientras que en otros se deja a la valoración del intérprete)⁸.

El principio según el cual las normas jurídicas deben asumir un carácter eminentemente racional está en la base de la idea del «derecho natural» y más específicamente del «derecho jurisprudencial»⁹.

⁷ Cfr. *infra*, n. 5.

⁸ Cfr. al respecto, recientemente, A. PIZZORUSSO, (*Consuetudine*), en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, en curso de publicación.

⁹ Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1967.

Este puede diferenciarse en tres subespecies, que comprenden, respectivamente, el derecho de origen doctrinal, el derecho de origen judicial y el «derecho trasnacional»¹⁰. El primero se funda, además de sobre la fuerza de convicción que es propia de la razón (en la que se inspira la obra de los estudiosos del derecho), sobre la autoridad que pueden asumir por la función que han desarrollado en precedentes ocasiones o por la posición asumida por los juristas que lo expresan en el foro, en la universidad o, más en general, en el ámbito de la cultura nacional e internacional¹¹. El segundo se funda, en cambio, además de sobre la fuerza de convicción de los razonamientos desarrollados en las motivaciones de las resoluciones de la autoridad judicial (que es tendencialmente análoga a la de las opiniones doctrinales), en el valor de «precedente» que pueden asumir las decisiones judiciales (y en este último aspecto el criterio en examen se aproxima a aquél que está en la base de la costumbre aun sin confundirse con él)¹². El tercero se funda, por el contrario, en una fuente de autoridad que deriva del hecho que la utilización en otros países de una determinada regla, en situaciones más o menos semejantes, puede consentir su consideración como una forma de «derecho común» susceptible de aplicación general, incluso fuera de los límites territoriales del ordenamiento o de los ordenamientos en el ámbito de los cuales se adoptó por primera vez o bien ha sido recibida explícitamente¹³.

El principio en virtud del cual cada uno ha de respetar las obligaciones convencionalmente asumidas constituye un principio de alcance generalísimo que tiene una enorme importancia en el estudio del derecho y resulta aplicable a diversos niveles. Y si bien las aplicaciones que recibe con respecto a los actos normativos considerados en sentido estricto son relativamente infrecuentes, debe ser tenido presente sobre todo para proveer un cuadro completo de las distintas hipótesis¹⁴.

¹⁰ Cfr., recientemente, S. FERRERI, *Le fonti normative di produzione non nazionale*, Turín, 1984, pp. 85 y ss.

¹¹ Cfr. P. G. MONATERI, «Legal doctrine» as a Source of Law. A Transnational Factor and a Historical Paradox, en *Italian National Reports to the XIIth International Congress of Comparative Law* (Sydney, 1986), Milán, 1986, pp. 19 y ss.

¹² Cfr., especialmente, C. K. ALLEN, *Law in the Making* (1927), 7.^a ed., Londres, 1964, pp. 161 y ss.; R. CROSS, *Precedent in English Law*, Oxford, 1961; G. GORLA, *Giurisprudenza*, en *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milán, 1970, pp. 489 y ss.; G. TREVES (ed.), *La dottrina del precedente e la giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turín, 1971.

¹³ Cfr. M. CAPPELLETTI (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Florencia, 1978; G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milán, 1981, pp. 543 y ss.

¹⁴ Cfr. T. DAINITH, *Regulation by Contract: The New Prerogative*, en *Current Legal Problems*, XXXII, 1979, pp. 41 y ss.; E. DE MARCO, *La «negoziación legislativa»*, Padua, 1984; A. PIZZORUSSO, *Gli accordi fra i diversi livelli di governo; rapporti fra fonti normative e modelli convenzionali*, en *Problemi di amministrazione pubblica. Commenti della rivista*, N. 2; *L'accordo nella cooperazione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Nápoles, 1986, pp. 17 y ss.; N. LIPARI, *La formazione negocia-*

Ciertamente, el principio según el cual se debe prestar obediencia a la autoridad divina ha perdido gran parte de la relevancia que tuvo en el pasado desde un punto de vista jurídico, sobre todo desde que se ha venido afirmando, especialmente en las áreas de mayor civilización, la tendencia a cualificar los hechos religiosos como puramente internos a la conciencia individual. Lo recordamos aquí más que nada por el propósito de ser completos, ya que son relativamente raras las circunstancias en las cuales es tomado en consideración concretamente¹⁵.

El principio de acuerdo con el cual se debe prestar obediencia a la autoridad política tiene, en cambio, en la actualidad un carácter claramente predominante: a él es preciso referirse para explicar el fundamento de la mayor parte de las fuentes del derecho empleadas en los ordenamientos estatales contemporáneos¹⁶.

Los casos reconducibles a este último grupo se distinguen ulteriormente según el específico tipo de legitimación que justifica el poder de la autoridad política que ejercita las diversas funciones normativas y, entre estos tipos de legitimación, la época contemporánea ha visto la progresiva afirmación del correspondiente al grado de investidura democrática del que la autoridad en cuestión es titular¹⁷.

3. Fuentes legales y fuentes «extra ordinem»

Una segunda clasificación se funda sobre la circunstancia de que no siempre las fuentes del derecho están reguladas por un conjunto preestablecido de normas sobre la producción jurídica. En efecto, no es extraño que formas de producción normativa funcionen independientemente de una precisa previsión y resulten igualmente operativas que aquellas oficialmente previstas o incluso sustituyan a éstas.

El caso extremo se da cuando un ordenamiento es destruido, por ejemplo, a causa de una revolución de tal modo que un nuevo sistema de fuentes sustituye a aquel anteriormente vigente sin respetar las previsiones eventualmente establecidas para su revisión. Pero también se pueden encontrar casos de modificaciones parciales del siste-

le del diritto, en *Studi in onore di M. S. Giannini*, I, Milán, 1988, p. 395; W. WEDDERBURN y S. SCIARRA, *Collective Bargaining as Agreement and as Law: Neo-Contractualist and Neo-Corporative Tendencies of our Age*, en A. PIZZORUSSO (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Heidelberg, 1988, pp. 186 y ss.

¹⁵ R. DAVID, *Sources of Law*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, II, 3, 1984, pp. 14 y ss.

¹⁶ La preeminencia de las fuentes de origen político, que es propia de la época contemporánea, al menos en las áreas más desarrolladas desde el punto de vista económico y cultural, puede justificar la calificación de las fuentes del derecho como «expresión de los procesos de unificación política en la esfera del ordenamiento jurídico» (ZAGREBELSKY, *Sistema*, cit., pp. 13 y ss.); desde una perspectiva general, sin embargo, tal definición no parece comprender todas las fuentes de las que la historia del derecho y el derecho contemporáneo nos ofrecen ejemplos.

¹⁷ Cfr. *infra*, n. 14.

ma de fuentes que encuentran su fundamento en el principio de efectividad¹⁸ y no en las previsiones del sistema oficialmente vigente, como ocurre cuando un cierto tipo de hechos o actos sea considerado en la práctica como una fuente a pesar de que no esté contemplado en el correspondiente catálogo. Con respecto a este tipo de situaciones se habla de fuentes *extra ordinem* en contraposición a las fuentes «legales»¹⁹.

A diferencia de la precedente, esta clasificación no sirve para contraponer unos tipos de fuentes a otros, puesto que cada tipo de fuente es abstractamente capaz de asumir la función de fuente legal o de fuente *extra ordinem*. En la práctica, sin embargo, es más probable que el papel de las fuentes legales sea asumido por fuentes técnicamente más elaboradas y el de las fuentes *extra ordinem* por fuentes más simples, pero esto no se desprende de argumentos de orden racional, sino de las circunstancias en las que se producen los específicos acontecimientos históricos.

4. Fuentes-hecho y fuentes-acto

Una ulterior distinción, a la cual ha habido ocasión de hacer referencia, es aquella entre fuentes-hecho y fuentes-acto: la primera hipótesis se da cuando la producción normativa tiene lugar mediante la elaboración de normas conforme a modelos de comportamiento derivados de actividades producidas con anterioridad y no necesariamente orientadas a este efecto, mientras que la segunda se da cuando la producción normativa consiste en la redacción de disposiciones específicamente destinadas a ser observadas como normas jurídicas por sus destinatarios.

Es decir, en la primera hipótesis la producción de las normas representa la consecuencia de la verificación de un mero hecho jurídico (como la repetición de la conducta constitutiva de la costumbre) o de un acto jurídico que, sin embargo, en cuanto tal, está dotado de efectos diversos a aquellos inherentes a la producción normativa (como es el caso de las sentencias de las que deriva un precedente, cuyos efectos de cosa juzgada nada tienen que ver con su eventual eficacia de «precedente»).

En este sentido, fuentes-hecho son la costumbre (que deriva de una serie de comportamientos observados por personas indeterminadas para hacer frente a problemas prácticos a los que se refieren las normas concretas y no ciertamente —al menos por lo general— para

¹⁸ Sobre el principio de efectividad, cfr. T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche* (1922), Padua, 1967, pp. 40 y 41; C. MORTATI, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, 1958, pp. 78 y ss.

¹⁹ Cfr. SANDULLI, *Fonti del diritto*, cit., p. 525; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., pp. 1 y 2, 165 y ss.; PIZZORUSSO, *Fonti...*, cit., pp. 19 y ss., 540 y ss.; ZAGREBELSKY, *Sistema*, cit., p. 259.

crear las normas mismas) o bien el precedente judicial (que deriva de una o más decisiones mediante las cuales han sido resueltas controversias concretas). Fuentes-acto son, en cambio, la Constitución, la ley, el reglamento y otros similares que emanan de los órganos constitucionales competentes precisamente para crear o modificar el derecho vigente y para obtener las correspondientes modificaciones en los comportamientos de los destinatarios de las disposiciones en ellas contenidas. También, los actos normativos que determinan la aplicación de normativas ya existentes, pero que no son operativas en el ordenamiento de referencia, mediante una disposición de «reenvío». Las fuentes-acto constituyen en general el objeto de especiales medidas que tienden a asegurar la cognoscibilidad de las disposiciones por ellas creadas²⁰, mientras que el empleo de las fuentes-hecho requiere una tarea de comprobación del modelo de comportamiento por ellas prescrito o sugerido que puede resultar en ocasiones bastante complejo, como en el caso de la verificación de la existencia de la costumbre o en el de la búsqueda de los precedentes.

Hay que observar que la distinción en examen no corresponde necesariamente a la de fuentes «orales» y fuentes «escritas»²¹, puesto que nada impide que existan actos normativos emanados oralmente (como, por ejemplo, una orden emanada de un órgano monocrático) —aun cuando esto pueda parecer improbable en nuestros días—, mientras que es obvio que pueden encontrarse fuentes-hecho que derivan de comportamientos consistentes en la redacción de actos escritos no calificables como actos normativos (contratos, sentencias, etc.).

Una subdistinción de las fuentes-acto es aquella que permite contraponer las fuentes productoras de disposiciones completas (o tendencialmente tales) a aquellas de las que pueden derivar solamente «fragmentos de disposiciones». Este caso se verifica, por ejemplo, cuando se establece que una fuente pueda establecer los principios generales de la disciplina de una determinada materia y otra deba dar actuación a los principios así fijados (como sucede, como veremos más adelante, en la relación entre la ley de delegación y los decretos legislativos delegados, entre leyes marco y leyes regionales, entre directivas comunitarias y leyes estatales que las actúan, entre ley y reglamento de ejecución, etc.).

²⁰ Sobre las actividades publicitarias empleadas para favorecer el conocimiento de las fuentes del derecho, cfr. G. ZANOBINI, *La pubblicazione delle leggi nel diritto italiano*, Turín, 1917; J. B. HERZOG y G. VLA-CHOS (eds.), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, París, 1961; A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione degli atti normativi*, Milán, 1963; A. D'ATENA, *La pubblicazione delle fonti normative*, Padua, I, 1974; M. AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi d'una garanzia costituzionale: la «vacatio legis»*, Padua, 1986; E. LUPO, *La nuova disciplina della pubblicazione degli atti normativi statali*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, I, p. 1186; R. GUASTINI, *In tema di «conoscenza del diritto»*, en *Foro Italiano*, 1987, V, p. 373.

²¹ Como fue inexplicablemente sostenido por SANDULLI, *Fonti del diritto*, cit., p. 526.

5. Fuentes políticas y fuentes culturales

Otra distinción de cierta importancia es la que tiende a poner de manifiesto la diferencia que existe entre las fuentes mediante las cuales es posible introducir en el ordenamiento jurídico preceptos correspondientes al programa del que es portador un movimiento político o un grupo social, que de ese modo tratan de imponer a la entera colectividad nacional sus propias opiniones y sus propios proyectos, y las fuentes mediante las cuales se asegura, en cambio, la observancia de reglas deducidas de la experiencia del pasado o del análisis teórico de los fenómenos sociales.

Las primeras, susceptibles de ser consideradas desde este punto de vista como «fuentes políticas», representan el resultado final de un debate en el curso del cual las fuerzas contrapuestas se han enfrentado con el objeto de influir sobre esta manifestación de voluntad, dictando su contenido; las segundas, tipificables como «fuentes culturales», se realizan cuando las normas jurídicas son deducidas de la experiencia del pasado (costumbre, precedente) o bien del análisis racional de los fenómenos jurídicos (doctrina, jurisprudencia) o de la experiencia de otros países (derecho trasnacional) bajo el presupuesto de que el derecho no constituye solamente la actuación de la voluntad del soberano —sea éste el pueblo, una asamblea o un tirano—, sino que responde también a una necesidad de justicia racionalmente determinada²².

A pesar de que las fuentes-acto se prestan mejor para ser utilizadas como fuentes políticas, nada excluye que tal función pueda ser asumida también por las fuentes-hecho, comenzando, por ejemplo, por una eventual revolución que lleve a subvertir (de forma violenta o no) un ordenamiento jurídico estatal preexistente²³; por el contrario, si es verdad que las fuentes-hecho se adaptan mejor a la función de fuentes culturales (las cuales consienten una penetración gradual en el campo del derecho de las influencias procedentes del campo de la moral, de la cultura, de la ciencia y del arte), no se ha de excluir, sin embargo, que tal cometido pueda ser ejecutado también por fuentes-acto como, por ejemplo, las sentencias constitucionales²⁴.

²² Cfr. A. PIZZORUSSO, *Fonti «politiche» e fonti «culturali» del diritto*, en *Studi in onore di E. T. Liebman*, Milán, 1979, I, pp. 327 y ss.

²³ Cfr. F. PIERANDREI, *La rivoluzione e il diritto* (1952), en *Scritti di diritto costituzionale*, Turín, 1965, I, pp. 209 y ss.

²⁴ Sobre la posibilidad de que las sentencias estimatorias de los tribunales constitucionales relativas a disposiciones o normas vigentes asuman la función de fuente, cfr. A. PIZZORUSSO, *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, en *Politica del diritto*, 1987, pp. 139 y ss.

6. *Los diversos grados de la eficacia normativa*

Una ulterior distinción muy importante es aquella que permite distinguir las fuentes en función del grado de eficacia normativa que corresponde a los materiales que ellas producen. Esta distinción está relacionada con la concepción del ordenamiento jurídico como algo compuesto por normas distribuidas entre una serie de «grados», de manera que las colocadas en un cierto grado operen frente a las del grado inferior como factores de justificación de su vigor normativo y al mismo tiempo como límite de su posible contenido prescriptivo y, frente a las de grado superior, como un instrumento de actuación y de especificación²⁵. De este modo, las normas constitucionales son desarrolladas por las normas legislativas (además de representar un límite para su posible contenido prescriptivo) y lo mismo sucede en las relaciones entre las normas legislativas y los reglamentos de ejecución, y así sucesivamente. La determinación del número de grados y su denominación puede variar de un ordenamiento a otro, pero generalmente presentan características bastante constantes al menos en aquellos que tienen un cierto grado de complejidad; en general, a cada fuente se le atribuye la capacidad de producir materiales normativos a los que se les asigna la eficacia correspondiente a un determinado grado de la jerarquía, pero nada excluye que existan varias fuentes correspondientes a un mismo grado o bien que existan fuentes dotadas de eficacia variable.

Sobre la base de lo que sucede generalmente en relación con los ordenamientos estatales, puede decirse que la jerarquía de las fuentes se articula normalmente al menos en tres grados que corresponden al de las «fuentes constitucionales», al de las leyes ordinarias —o sea, a las «fuentes primarias»— y al de los reglamentos —o sea, a las «fuentes secundarias».

La distinción entre el grado de las normas constitucionales y el de las normas legislativas ordinarias está excluida en los ordenamientos con constitución «flexible», como todavía es, por ejemplo, el ordenamiento británico. Por el contrario, la «rigidez» de la Constitución comporta que ésta solamente pueda ser modificada mediante un procedimiento diferente del previsto para la aprobación de las leyes ordinarias (y, en consecuencia, mediante una fuente diferente), que, en ocasiones, además de implicar una relativa inmodificabilidad de las normas constitucionales, puede también dar lugar a grados intermedios entre aquel que es propio de las leyes ordinarias y el de las leyes constitucionales.

Otra consecuencia de la articulación en grados del ordenamiento jurídico consiste en la posibilidad de «reservar» a una cierta fuente la regulación de una determinada materia, excluyendo así que pueda

²⁵ Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (edición de 1960), Turín, 1966, pp. 217 y ss.

ser regulada por fuentes subordinadas. La reserva de ley, de ley constitucional, etc., es «absoluta» cuando la exclusión de la fuente inferior sea total, mientras que es «relativa» cuando la fuente inferior puede intervenir en la materia a condición de que mediante la fuente superior se establezcan los principios generales a los que aquélla debe ajustarse²⁶. La funcionalidad práctica de las cláusulas que introducen reservas de este tipo se ve frecuentemente atenuada, sin embargo, por la posibilidad, que está siempre en manos de la autoridad titular de la potestad normativa subordinada, de dictar reglas interpretativas de aquellas que derivan de la fuente de grado superior o bien de elaborar preventivamente criterios mediante los cuales se autolimita en el ejercicio de los poderes no normativos de los que dispone.

En algunos países se considera que es posible identificar también las «fuentes supremas»²⁷ que no se pueden modificar ni siquiera mediante un procedimiento de revisión de la Constitución y que, por eso, están colocadas en un grado superior al de las fuentes constitucionales, en ocasiones en virtud de declaraciones explícitas contenidas en las constituciones, en otros casos en la medida en que su modificación comportaría una alteración de la «constitución material» vigente en el país de tal calibre que supondría una revolución, aunque fuese incruenta²⁸. Además, es evidente que bajo las fuentes reglamentarias o secundarias pueden encontrarse fuentes terciarias²⁹, etc. También es posible que dentro de un mismo grado actúen varias fuentes, a su vez, diferenciadas en base a una relación de jerarquía subordinada a aquella general y en este caso se puede hablar de un «subsistema» de fuentes que constituye una particular forma de articulación del sistema correspondiente a la jerarquía principal³⁰.

Cuando, en cambio, varias fuentes operan sobre el mismo grado pueden producirse dos situaciones diferentes según aquéllas actúen indistintamente o bien les correspondan a cada una diferentes competencias normativas.

En el primer caso, las relaciones entre los actos o hechos normativos derivados de las diversas fuentes se sitúan sobre un plano de plena paridad y están reguladas por el criterio temporal o, si fuese preciso, por el criterio de especialidad³¹. En el segundo caso, en cambio, opera el «principio de competencia» en virtud del cual la materia disponible resulta distribuida entre las dos fuentes y prevalece la fuente «competente» en relación con la materia en que está comprendido el presupuesto de hecho que es tomado en consideración³². Es más, puede decirse que jerarquía y competencia se combinan entre sí en el

²⁶ Sobre la reserva de ley, cfr., recientemente, F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, Génova, 1980.

²⁷ Cfr. *infra*, n. 20.

²⁸ Cfr. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., pp. 395 y ss.

²⁹ Cfr. *infra*, n. 23.

³⁰ Cfr. *infra*, n. 24.

³¹ Sobre los criterios de resolución de las antinomias, cfr. *infra*, n. 12.

³² Cfr. *infra*, n. 26.

sentido que, dentro de una determinada materia, el acto o hecho normativo previsto por una fuente de grado superior es competente con preferencia al previsto por una fuente de grado inferior y que, al contrario, entre los actos y hechos normativos pertenecientes a fuentes dotadas de competencia diversa, el competente prevalece sobre el que no lo es como si fuera jerárquicamente superior a éste.

C) *Disposición y norma*

7. *Distinción de las dos nociones*

Para comprender el funcionamiento de la actividad de producción y aplicación del derecho es fundamental remontarse a la distinción entre las nociones de «disposición normativa» (o «enunciado», constitucional, legislativo, reglamentario, etc.) y de «norma»³³. Esta distinción tiene su origen en el hecho de que entre el momento de la elaboración de las reglas destinadas a disciplinar los presupuestos de hechos abstractos sobre los cuales el legislador³⁴ pretende ejercer su influencia y el momento de la aplicación de las reglas mismas a los presupuestos de hecho concretos que se presentan en la práctica por parte del juez o de cualquier otro operador del derecho, existe normalmente un distanciamiento temporal y lógico más o menos grande, en el curso del cual todo un complejo de factores (que en un modo u otro influyen sobre la actividad de «interpretación» de las disposiciones y que no son necesariamente reconducibles a la noción de fuente *extra ordinem* antes ilustrada) pueden determinar una diferenciación más o menos acentuada entre la regla abstractamente prevista en el acto normativo y aquella concretamente aplicada. La actividad de interpretación de las disposiciones comporta, en efecto, al menos una serie de opciones entre los diversos significados que es posible atribuir al conjunto de palabras que constituye la disposición, así como una serie de conexiones del alcance normativo de varias disposiciones en virtud de las cuales pueden construirse preceptos nuevos a partir del «dispositivo combinado» de aquéllas. Tales operaciones interpretativas llegan así a determinar la formación de un «derecho vivo», en continua transformación, que se diferencia siempre, más o menos profundamente, del «derecho teórico» que resulta de las leyes escritas³⁵.

³³ SANDULLI, *Fonti del diritto*, cit., p. 526; V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milán, 1964, pp. 195 y ss.; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bolonia, 1974, pp. 135 y ss.

³⁴ ... y correlativamente cualquier otro titular de una función normativa, cualquiera que sea su grado o sus demás características.

³⁵ PIZZORUSSO, *Fonti*, cit., pp. 19 y ss.; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, I, pp. 1148 y ss.

Sobre la base de estas observaciones entendemos por «disposiciones» las proposiciones normativas contenidas en los textos que resultan de una fuente-acto, y entendemos por «normas» (en un significado más restringido del que se emplea comúnmente) las reglas elaboradas por los jueces o por otros operadores del derecho para su aplicación a un presupuesto de hecho concreto a través de la interpretación de las disposiciones contenidas en los actos normativos o bien de la comprobación de los hechos normativos correspondientes a una de las fuentes-hecho.

A esta reconstrucción esquemática ha de añadirse que también las normas elaboradas en ocasiones precedentes han de asimilarse a las disposiciones cuando aquéllas son tomadas en consideración con el propósito de su aplicación a nuevos presupuestos de hecho concretos, como sucede, por ejemplo, cuando los precedentes judiciales son utilizados como fuentes.

Se desprende de lo anterior que, mientras la obra del legislador —y, más concretamente, de cualquier titular de funciones normativas relativas a una fuente-acto— consiste exclusivamente en la producción de disposiciones (salvo en el momento en el que éste aplica las reglas que regulan el proceso legislativo), la obra del juez y de los otros sujetos que interpretan el derecho con el objeto de su aplicación a los presupuestos de hecho particulares se resuelve en la elaboración de normas, las cuales se concretan exclusivamente en el ámbito del acto de aplicación de las mismas (al cual llegan a ser, por decirlo así, incorporadas), pero que pueden, sin embargo, asumir también el cometido propio de las disposiciones. Esto sucederá cuando se trate de ulteriores aplicaciones futuras de las mismas con ocasión de las cuales no se mire más a la disposición originaria (o al hecho correspondiente a la previsión de una fuente-hecho), sino a la norma que ya encontró aplicación, considerada en su aspecto de «precedente». En esta hipótesis es naturalmente obvio que entre el momento de la elaboración de la norma (por ejemplo, bajo la forma de *ratio decidendi* de una sentencia) y el de su utilización como disposición podrá desarrollarse ulteriormente la normal actividad de comprobación de los hechos normativos, de interpretación de los textos, etcétera.

Hay que observar también que un fenómeno semejante puede verificarse con referencia a una actividad de elaboración de normas que no esté necesariamente encaminada a su aplicación a los supuestos de hecho concretos, como sucede en el caso de la interpretación doctrinal. En efecto, también en esta hipótesis las normas elaboradas sobre la base de la interpretación de las disposiciones pueden funcionar como disposiciones eventualmente utilizables para la elaboración de las normas a aplicar a los supuestos de hecho concretos.

Partiendo de esta fundamental distinción, el análisis de las normas sobre la producción jurídica debe articularse en dos partes claramente diferenciadas, la primera de las cuales debe dedicarse a la

actividad de producción de las disposiciones (derivadas de fuentes-acto) y la segunda a la actividad de elaboración de las normas (correspondiente tanto a la interpretación de las disposiciones derivadas de las fuentes-acto cuanto a la actividad de comprobación de las fuentes-hecho).

8. *La producción de las disposiciones:*

A) *La determinación de los sujetos competentes*

Para analizar las reglas que disciplinan la producción de las disposiciones normativas es preciso partir de la constatación de que lo que atribuye a los diversos textos la capacidad de ejercer su eficacia normativa es el hecho de ser producidos por determinados sujetos y en virtud de determinados procedimientos. Esta constatación se expresa generalmente con la afirmación según la cual la identificación de las fuentes debe producirse mediante el criterio «formal»³⁶, que una antigua doctrina contraponía el criterio «material», inherente al hecho de disciplinar determinados objetos o bien al tipo de disciplina adoptado³⁷.

Por lo que se refiere al primer aspecto del criterio formal, es decir, la determinación del sujeto competente para producir un cierto tipo de actos normativos, vienen a nuestra consideración una serie de reglas que reparten entre una pluralidad de sujetos (es decir, entre el Estado y otros entes, y en un segundo lugar entre los diversos órganos del Estado o del ente de que se trate) la potestad normativa considerada en su conjunto en virtud de criterios de «competencia» análogos a aquellos empleados para distribuir las potestades administrativas, jurisdiccionales, etc. Los principales de estos criterios son el territorial, el personal, el del grado, el material y el del tipo de disciplina.

El criterio territorial actúa, en combinación con otros, respecto de todas las fuentes que emanan de entes autónomos o de autoridades locales del Estado, cuyos poderes tengan precisamente dimensiones territorialmente limitadas. Además de como criterio de delimitación de competencia del sujeto que dicta las disposiciones normativas,

³⁶ V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., pp. 942 y ss.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milán, 1967, p. 348; C. MORTATI, *Contenuto e forma della qualificazione e nel trattamento degli atti normativi (a proposito dei regolamenti «liberi» posteriori e anteriori alla costituzione)*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1970, pp. 3 y ss.; A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica amministrazione*, Nápoles, 1970, pp. 89 y ss.; PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., pp. 54-56.

³⁷ Cfr. la crítica de la distinción en C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padua, 1934, pp. 131 y ss. y 117 y ss., y, más recientemente, G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 11.ª ed., Milán, 1976, pp. 243-245; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9.ª ed., I. Padua, 1975, pp. 337, 339 y ss.

este criterio opera también como elemento de delimitación de la eficacia de aquellas que, por lo general, tienen solamente vigor dentro del ámbito territorial correspondiente a la competencia del ente u órgano del que han emanado. Naturalmente es posible encontrar también actos dotados de eficacia territorialmente más limitada que aquella que habrían sido capaces de asumir cuando así se haya dispuesto por una específica cláusula contenida en ellos.

Cuando una misma materia esté regulada por fuentes diferentes en distintas partes del territorio del Estado pueden surgir problemas de aplicabilidad de una u otra con características semejantes a los que, en las relaciones entre los estados, son resueltos mediante las normas de derecho internacional privado. En correspondencia puede configurarse un «derecho interregional o interlocal» dotado de una estructura análoga³⁸.

El criterio personal se utiliza raramente en los ordenamientos europeos tanto para determinar la competencia de los sujetos investidos de poderes normativos cuanto para determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones normativas en la medida en que se considera que contrasta con el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley. En cambio, es frecuente recurrir a él en los estados pluriconfesionales de Asia y de África en los que está vigente el sistema del «estatuto personal» en materia de derechos de la persona y de la familia. No hay que excluir, sin embargo, que pueda recurrirse a él también entre nosotros en casos relativamente excepcionales, como, por ejemplo, sucede respecto de algunos aspectos del régimen de relaciones entre los diversos grupos lingüísticos de la provincia de Bolzano.

También recibe limitadas aplicaciones como criterio de competencia aquél en virtud del cual pueden existir sujetos habilitados para producir disposiciones dotadas de una eficacia más intensa que otras. Cuando esa diferencia no deriva de los principios generales sobre la distribución de las funciones estatales (como en el caso de la relación entre la ley del Parlamento y los reglamentos del Ejecutivo)³⁹, está a menudo relacionada con diferencias de tipo procedimental (por ejemplo, en Italia y en otros lugares, entre la ley constitucional y la ley ordinaria), pero no hay que excluir que se produzcan también hipótesis en las cuales valga como criterio de reparto de las competencias entre sujetos diferentes (como ocurrió, por ejemplo, entre la Asamblea constituyente y el Gobierno durante la fase transitoria que precedió a la entrada en vigor de la Constitución republicana)⁴⁰.

³⁸ Cfr. E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, Turín, 1972, I, pp. 70 y ss., y, para un caso de muestra, Sentencia de la Corte de Casación de 7 de octubre de 1974, n. 2650, en *Foro Italiano*, 1975, I, p. 1148. Cfr., también, E. T. LIEBMAN, *Problemi fantagiudiziari delle leggi regionali*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1981, pp. 401 y ss.

³⁹ Cfr. *infra*, n. 14.

⁴⁰ Cfr. C. FIUMANÓ y R. ROMBOLI, *L'Assemblea costituente e l'attività di legislazione ordinaria*, en E. CHELI (ed.), *La fondazione della Repubblica*, Bolonia, 1979,

El criterio de las materias es el que recibe aplicaciones más frecuentes en los casos de distribución de las competencias normativas, desde aquél de la división de las competencias legislativas entre el Estado y las regiones (o entre el estado federal y los estados miembros) a aquél de la delegación legislativa del Parlamento al Gobierno o a muchos otros. Como elementos constantes de la aplicación de este criterio podemos señalar que en virtud de una enumeración de clases de presupuestos de hecho (que es lo que son precisamente las materias, cualquiera que sea la denominación que se les haya dado o las enunciaciones empleadas para su identificación), algunas de ellas son diferenciadas de las otras y asignadas a la competencia de un sujeto diferente de aquel que es competente para la materia residual. Esta técnica, denominada de la «enumeración» de las materias, consiente atribuir implícitamente al sujeto competente para regular las materias no enumeradas los casos no previstos o de cualquier forma dudosos (*implied powers*). Cuando, por el contrario, se produzca una doble enumeración de las respectivas competencias, hace falta una disposición explícita que establezca a quién corresponde regular los casos dudosos⁴¹. Es preciso observar que, a diferencia de los tres criterios previamente examinados, el de las materias se usa por lo general para la determinación de los poderes normativos del sujeto en cuestión, pero raramente funciona al mismo tiempo como criterio de delimitación del ámbito de aplicabilidad de las disposiciones (y en cualquier caso no es utilizado como criterio de delimitación del grado de su eficacia normativa).

En fin, el «tipo de disciplina» se presenta como un criterio en cierto sentido residual y se refiere a las hipótesis en las cuales, respecto de una misma materia, a un sujeto le corresponde establecer los principios generales y a otro las disposiciones que los desarrollan o bien otras análogas⁴². Este criterio también afecta únicamente a la delimitación de la competencia de los sujetos que ejercen poderes normativos destinados a integrarse y no al ámbito de aplicabilidad de las disposiciones emanadas en el ejercicio de aquéllos. Obviamente, por lo demás, las disposiciones de actuación no pueden entrar en contradicción con cuanto deriva de los principios a los que deben dar ejecución.

pp. 381 y ss.; R. ROMBOLI, *Introduzione*, en R. ROMBOLI y C. FIUMANÓ (eds.), *Il contributo della costituente alla legislazione ordinaria*, Bologna, 1980, pp. 11 y ss.

⁴¹ Cfr. L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padua, 1958, pp. 86 y ss.; R. TOSI, «*Principi fondamentali*» e *leggi statali nelle materie di competenza regionali*, Padua, 1987.

⁴² Cfr., últimamente, A. ANZON, *Leggi-cornice, leggi di riforma, leggi di indirizzo e di coordinamento*, en *Politica del diritto*, 1987, pp. 161 y ss.

9. Continuación:

B) *Las derogaciones a los criterios de la distribución de la competencia*

Junto a los criterios generales de distribución de las competencias normativas se prevén a menudo diversas posibilidades de derogarlos. Ahora bien, ha de observarse ante todo, al respecto, que tales derogaciones solamente se podrán establecer válidamente mediante actos normativos que tengan un rango igual o superior al de la disposición que establece la competencia que se debería derogar⁴³. Por el contrario, con una disposición emanada en el ámbito de una determinada competencia normativa podrá atribuirse la competencia para regular una materia comprendida en tal ámbito mediante actos normativos de rango subordinado (siempre que la materia no constituya objeto de una reserva establecida por una disposición de rango superior), como sucede en el caso de los actos normativos del ejecutivo, que la doctrina italiana clasifica como «reglamentos delegados».

Diferente de las hipótesis de atribución de competencia (subordinada) son aquellas de «delegación» de competencia, las cuales no comportan la constitución en el destinatario de la delegación de un poder normativo del tipo de aquel que es propio del delegante, sino solamente la potestad de ejercer, en relación con un ámbito circunscrito y determinado, los poderes de este último. Aparte de esta diferencia, también la delegación comporta una transferencia de poderes normativos, aunque sea cuantitativamente más reducida y normalmente limitada en el tiempo y en el objeto, y, por lo tanto, solamente ha de considerarse consentida cuando esté prevista por una norma que tenga fuerza suficiente para derogar la regla general que determina cuál es el sujeto competente para ejercitar aquel poder normativo.

En la categoría de las disposiciones atributivas de competencia normativa entran también las que instituyen las «reservas» de las que ya se ha hablado⁴⁴. En efecto, tales normas, aun no comportando, como es obvio, la atribución de la competencia al sujeto que ya es titular de la misma, sirven para impedir que éste pueda despojarse de ella transfiriéndola a otros mediante actos normativos adoptados en el ejercicio de la competencia misma. Para ser plenamente eficaz, la reserva debe ser establecida por una fuente de rango superior al de la fuente reservada. No obstante, puede darse también una reserva establecida mediante una disposición de grado igual, pero en tal caso su

⁴³ Allá donde sólo una regla de rango superior puede generalmente instituir una fuente. Cfr. ZAGREBELSKY, *Sistema*, cit., pp. 5 y ss. Sobre el principio de tipicidad de las fuentes primarias establecido por la Constitución italiana, cfr. *infra*, n. 18.

⁴⁴ Cfr. *supra*, n. 6.

alcance no será el de impedir la transferencia de la competencia, sino solamente el de imponer una derogación expresa a tal disposición para el caso en el que se quiera realizar válidamente tal transferencia. En fin, es obvio que ningún valor puede tener una reserva establecida por una fuente de grado inferior al de la fuente que se quiere reservar.

Hay que observar, por último, que las reservas operan siempre respecto de fuentes que ocupan un nivel inferior en el ámbito de la jerarquía, mientras que asumirían un significado diferente las eventuales disposiciones que se «reservasen» una competencia normativa frente a una fuente de nivel semejante o superior (siempre que sean constitucionalmente admisibles).

10. *Continuación:*

C) *La elección de los procedimientos*

Puesto que es posible que se le atribuya a un mismo sujeto el poder de emanar actos dotados de diversa eficacia normativa, el criterio subjetivo puede ser insuficiente para la identificación de los diversos tipos de actos normativos que constituyen fuente del derecho y, por eso, es necesario tener en cuenta también las diferencias relacionadas con el hecho de que un cierto texto se presente como el acto final de un cierto tipo de procedimiento y no de otro.

A este respecto hay que observar que los tipos de procedimiento más frecuentemente empleados para la producción de los actos normativos de las clases más comunes (leyes constitucionales y ordinarias, reglamentos, etc.) son el parlamentario⁴⁵, del que se valen las asambleas electivas nacionales y locales, y el administrativo⁴⁶, del que se sirven normalmente los órganos del ejecutivo, tanto a nivel nacional cuanto a nivel local. Más raramente derivan los actos normativos de procedimientos de tipo jurisdiccional (como, por ejemplo, sucede en los casos en los que las decisiones de los jueces constitucionales o administrativos determinen directamente una modificación normativa), de tipo convencional (como en los casos de convenios colectivos de trabajo directamente operativos como actos normativos) o de tipo electoral (como en los casos de referéndum directamente productivo de normas), pero no faltan casos de procedimientos complejos cuyas diversas fases pertenecen a especies diversas. Más aún, estas combinaciones de procedimientos distintos son a menudo las que determinan la diferenciación de las competencias normativas atribuidas a un mismo sujeto (como ocurre en los supuestos en los que el Parlamento puede adoptar tanto leyes ordinarias cuanto leyes constitucionales).

⁴⁵ S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milán, 1957.

⁴⁶ A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* (1940), Milán, 1959.

11. *La elaboración de las normas:*

A) *La búsqueda de los materiales normativos*

La actividad de elaboración de las normas deducibles mediante la interpretación de las disposiciones debidamente aprobadas y publicadas o bien mediante la comprobación de los hechos asumidos como modelos de comportamiento no está reservada, como regla, a sujetos determinados. Por el contrario, es realizada por todos aquellos que, consciente o inconscientemente, aplican las mismas normas en las diversas circunstancias de hecho en las que resultan aplicables. Si, por tanto, todos aquellos que son sujetos de derecho⁴⁷ concurren a la elaboración de las normas, no hay duda de que reviste particular importancia, desde este punto de vista, la aplicación que del derecho hacen los titulares de los poderes públicos y, sobre todo, los jueces, a cuya actividad es connatural la función de la interpretación jurídica.

La interpretación de los materiales normativos utilizables para la elaboración de la norma a aplicar a un caso consiste, en primer lugar, en la búsqueda y en la selección de los materiales mismos y, en segundo lugar, en la atribución a ellos, singularmente o en combinación entre sí, del significado más apropiado (actividad de interpretación en sentido estricto)⁴⁸. Ahora bien, hay que advertir que estas dos fases son consecutivas sólo desde el punto de vista lógico, puesto que nada impide que las actividades de interpretación en sentido estricto tengan como consecuencia la necesidad de efectuar ulteriores operaciones de búsqueda o de selección de materiales.

La búsqueda de los materiales implica el empleo de los instrumentos mediante los cuales los actos normativos han sido objeto de publicación o bien de ulteriores instrumentos de uso más cómodo (incluyendo entre ellos las obras de la doctrina). Esta tarea presenta en ocasiones particulares dificultades, como cuando es preciso reconstruir reglas directamente deducidas de modelos de comportamiento o bien cuando hay que hacerse con materiales normativos producidos en ordenamientos extranjeros o que no están ya en vigor desde hace mucho tiempo, a los que las normas vigentes hacen renvío.

⁴⁷ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Persone fisiche*, en *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bolonia-Roma, 1988, pp. 4 y ss.

⁴⁸ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milán, 1949; G. TARELLO, *La interpretazione della legge*, Milán, 1980.

12. *Continuación:*

B) *La selección de los materiales normativos*

La selección de los materiales se lleva a cabo a través de un complejo de reglas que permiten resolver las antinomias que eventualmente existen entre las disposiciones halladas como consecuencia de la búsqueda (siempre que esas antinomias no puedan ser evitadas mediante la actividad de interpretación en sentido estricto) y que consisten en el recurso a tres criterios: el criterio jerárquico, el criterio temporal y el criterio de especialidad⁴⁹.

El criterio jerárquico es el que se funda en la diferente eficacia que corresponde a los materiales normativos por el hecho de ser producidos por fuentes a las que el ordenamiento asigna una diversa capacidad de incidir sobre el mismo y que, consiguientemente, están subdivididas en diferentes niveles, como ya se ha visto anteriormente. Este criterio puede ser utilizado en abstracto de dos modos distintos, según que se recurra a él para prescribir la no aplicación de la disposición de grado inferior que contradice a la de grado superior o bien en sede de control de la validez de la primera.

En el derecho italiano la primera solución encuentra aplicación en los casos de control de la legalidad de los reglamentos por parte de los jueces ordinarios, de acuerdo con el artículo 5 de la ley de 20 de marzo de 1865, número 2248, anexo E. En cambio, la segunda encuentra aplicación en los casos de control de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Constitucional y en aquellos de control de legalidad de los reglamentos por parte de los jueces administrativos.

El criterio temporal comporta la derogación de las disposiciones menos recientes por las emanadas posteriormente. La derogación puede ser constatada por cualquiera que deba aplicar la ley y su comprobación no comporta nunca procedimientos particulares⁵⁰.

Por fin, el criterio de especialidad⁵¹ supone que entre dos disposiciones reguladoras de la misma materia, la disposición especial derogue a la disposición general a no ser que se haya establecido otra cosa. Tampoco se han previsto para la aplicación del principio de especialidad reglas particulares y, en consecuencia, puede proceder a ella cualquiera que deba aplicar la ley.

Surgen problemas particulares en los casos de las denominadas antinomias de segundo grado. Es decir, cuando la aplicación de un

⁴⁹ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960, pp. 82 y ss. y 103 y ss.; G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Turín, 1959.

⁵⁰ Cfr., últimamente, R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, en C. LUZZATI (ed.), *In tema di abrogazione*, Milán, 1987.

⁵¹ Artículo 15 del Código Penal; artículo 9 de la Ley de 24 de noviembre de 1981, n. 689. Véase, al respecto, G. DE FRANCESCO, *Specialità (principio di)*, en *NN.D.I.*, apéndice, VII, Turín, 1987, pp. 487 y ss.

criterio llevaría a un resultado diferente del que se obtendría aplicando otro, razón por la cual es preciso establecer cuál de los dos debe prevalecer. Ante todo hay que partir, al respecto, de la preferencia del criterio jerárquico sobre los otros dos, preferencia que resulta del hecho de que la rigidez de la Constitución ha sido establecida precisamente para evitar que leyes posteriores o particulares consientan la derogación de ciertos principios a los que se quería dotar de una tutela más intensa. En el caso de conflicto entre el criterio temporal y el criterio de especialidad es, en cambio, este último el que debe prevalecer en virtud de la presunción según la cual la ley general sucesiva no pretende modificar la ley especial aunque sea anterior. Naturalmente, sin embargo, el empleo de todas estas reglas depende en gran medida del significado que se quiera atribuir a las concretas disposiciones que son objeto de consideración.

13. *Continuación:*

C) *La interpretación en sentido estricto*

Por lo que se refiere a la interpretación en sentido estricto hay que señalar en primer lugar que debe realizarse mediante las reglas que desde un punto de vista general son propias de la lógica y a las que las específicas normas sobre la interpretación (de las cuales el principal ejemplo es el artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código Civil) explícita o implícitamente reenvían. Hay que distinguir entre las normas sobre la interpretación y las normas de interpretación, que son aquellas que pretenden atribuir un determinado significado a una determinada disposición, como es el caso de las llamadas leyes de «interpretación auténtica».

El artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código Civil enuncia cuatro diferentes instrumentos aplicables para la elaboración de las normas deducibles de las disposiciones legislativas. Los dos primeros de ellos, es decir, el «significado propio de las palabras según la conexión de ellas» y la «intención del legislador», aparecen en la disposición en examen como medios a emplear combinados el uno con el otro; los otros, es decir el recurso «a las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas» y el recurso a los «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado», se proponen, en cambio, como medios subsidiarios para utilizarlos cuando «una controversia no pueda ser decidida por medio de una precisa disposición», o bien «si el caso permanece todavía dudoso» a pesar del recurso a la analogía.

Las previsiones del artículo 12 no tienen en cuenta, sin embargo, la posibilidad de proceder a la interpretación sistemática en vez de a la interpretación analítica o junto a ella. Es decir, de buscar en los materiales normativos, principios o directivas utilizables para cons-

truir un sistema de reglas en el que encuadrar aquélla que es tomada en consideración, incluso para llevar a cabo una eventual «interpretación adecuada» de la misma⁵². Hay que observar en particular que en virtud del nuevo orden que el sistema de las fuentes ha asumido, especialmente a partir de la introducción del principio de rigidez de la Constitución y de la potenciación de las autonomías, la hipótesis en la que un presupuesto de hecho esté regulado por una «precisa disposición», en vez de por una cascada de preceptos cada vez más precisos a medida que se pasa desde una regla-principio comprensiva de las directrices fundamentales a las normas de detalle, es cada vez más rara, mientras que la opuesta es cada vez más frecuente. Por esta razón, el ámbito de operatividad práctica de la parte explícita de la disciplina de la interpretación contenida en el artículo 12 se va reduciendo cada vez más.

Esto no quita, sin embargo, que los instrumentos indicados en el artículo 12 se puedan utilizar también para la interpretación sistemática. Entre ellos, previa a cualquier otra es, sin duda alguna, la actividad de determinación del significado propio de las palabras según la conexión de las mismas. Esta primera forma de interpretación, denominada lexical, gramatical o textual, está enteramente regulada por las normas propias de las ciencias lingüísticas que el derecho presupone.

Un segundo instrumento utilizable para la interpretación de los textos normativos conjuntamente con el primero viene dado por el recurso a la intención del legislador, lo que comporta el empleo de documentos que no forman parte del texto legislativo pero que atestiguan las vicisitudes de su procedimiento de formación. Son éstos los «trabajos preparatorios» del acto normativo, entre los cuales se comprenden las actas de los debates que han precedido a su aprobación, los informes que acompañaron al respectivo proyecto; los dictámenes que se han recogido en el curso del procedimiento, las motivaciones cuando existan, etc.⁵³.

El recurso a la analogía presupone que se pueda dar por descontado que la solución escogida con respecto a una determinada situación de hecho se habría adoptado también para otra hipótesis semejante a la primera, si el legislador la hubiese previsto explícitamente

⁵² Este término se utiliza en la práctica sobre todo respecto de los casos de adaptación a los principios constitucionales de las disposiciones contenidas en las leyes ordinarias a través de la interpretación.

⁵³ Sin embargo, hay que observar que la parte del artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código Civil que prevé la posibilidad de tener en cuenta la «intención del legislador», se sitúa en clara antítesis con la regla del *common law* inglés en virtud de la cual está prohibido al juez utilizar los trabajos preparatorios a la hora de la interpretación de los *estatutes*. Como es sabido, el intento de Lord Denning de modificar esta situación en *Davis v. Johnson* (1979) A.C. 254 (*Court of Appeal*) fue unánimemente rechazado en *House of Lords* (1979) A.C. 317. Cfr. al respecto, también, el *Renton Report*, Cmnd. 6053, Londres, 1975, pp. 57 y ss. y 141, y M. ZANDER, *The Law-Making Process*, Londres, 1980, pp. 74 y ss.

(*argumentum a similibus*). Este criterio es a menudo contradicho mediante la consideración según la cual si el legislador hubiese querido extender la disciplina adoptada a otro caso lo habría dicho expresamente (*argumentum a contrariis*). Cuando la elección entre los dos argumentos se presente difícil, la única vía para resolver el problema consiste en el recurso a la interpretación sistemática, o sea, al paso de la *analogia legis* a la *analogia iuris* (como sugiere el propio artículo 12 en su última parte), es decir, en el recurso a los principios generales, entre los que deben incluirse ahora también y sobre todo los principios constitucionales. Y en un régimen de constitución rígida el alcance interpretativo de éstos se manifiesta indudablemente incluso fuera de las hipótesis en las que exista una «laguna» en el sentido indicado por el artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código Civil⁵⁴.

D) *Sistema de las fuentes y forma de estado y de gobierno*

14. *Converencias y diverencias*

Ya anteriormente⁵⁵ se ha hecho alusión a la relación que existe entre la eficacia normativa asignada a las diferentes fuentes y los factores de legitimación del poder ejercido por medio de ellas por las distintas autoridades a las que las correspondientes funciones son atribuidas. Conviene preguntarse ahora en qué medida se establece consecuentemente una relación entre el sistema de las fuentes adoptado en el ámbito de un determinado ordenamiento jurídico y la forma de estado y de gobierno en él empleada⁵⁶.

Que una relación semejante subsista parece indiscutible: baste con pensar en el nexo existente entre la forma de estado federal (o regional) y la distribución de la función legislativa entre la federación y los estados miembros (o bien entre el estado y las regiones), o al que se ha ido estableciendo en el curso de la historia de los últimos dos siglos entre forma de gobierno parlamentaria y distribución de las funciones normativas entre el legislativo y el ejecutivo. Más problemática es, sin embargo, la identificación de la función que los diversos factores característicos de la forma de estado y de la forma de gobierno ejercen en los casos concretos.

⁵⁴ Es preciso no olvidar que el artículo mencionado en el texto fue aprobado en una época en que el ordenamiento italiano se regía por una Constitución flexible, por lo que los principios generales a los que se refiere no podían tener el mismo alcance que los principios constitucionales que actualmente orientan toda la actividad normativa.

⁵⁵ *Supra*, n. 2.

⁵⁶ A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, en *Quaderni Costituzionali*, 1986, pp. 217 y ss.; F. DELPERÉE, *Constitutional Systems and Sources of Law*, en PIZZORUSSO (ed.), *Law in the Making*, cit., pp. 88 y ss.

Si se admite que en los estados modernos el factor fundamental para medir el poder normativo es el grado de representatividad de los diferentes sujetos entre los cuales está distribuido (como debería ocurrir en virtud de la observancia del principio democrático), habría que atribuir el máximo de autoridad a los actos normativos procedentes del cuerpo electoral (en los casos de referéndum) y un grado proporcionalmente menor a los actos de las asambleas electivas, a los de los ejecutivos elegidos o que cuenten con la confianza de aquéllas, y así sucesivamente, mientras que se debería negar tendencialmente todo poder normativo a los sujetos carentes de carácter representativo, como, por ejemplo, los jueces no electivos.

Los sistemas de fuentes que encontramos funcionando en los diferentes países no se ajustan enteramente a esta orientación: en efecto, existen ordenamientos (cuya fundamental inspiración en el principio democrático no es en ningún caso discutible) en los que se atribuye oficialmente valor de fuente del derecho al precedente judicial o en los que las decisiones judiciales pueden determinar al menos la pérdida de eficacia de leyes consideradas inconstitucionales; por lo demás, incluso en los ordenamientos más rigurosamente fieles al principio democrático, raramente se utiliza el referéndum como forma de ejercicio de la función normativa e incluso en los supuestos (relativamente excepcionales) en los que se usa, no siempre asume eficacia normativa superior a la de la ley del Parlamento o de otras fuentes. Asimismo, habría que valorar en qué medida es compatible con el principio democrático el reconocimiento de autonomías normativas a entes o a otros sujetos colectivos que actúan en un ámbito limitado bajo el perfil territorial o personal, los cuales vienen, de este modo, a ejercer los poderes que les han sido asignados incluso frente a terceros extraños al grupo que constituye su sustrato.

La deducción que debe extraerse de estas observaciones (cuyo adecuado desarrollo requeriría un estudio más detenido) pone de manifiesto que el principio democrático no constituye el único criterio determinante a la hora de distribuir la función normativa entre diversos sujetos, del mismo modo que los caracteres que permiten calificar como democrático a un estado no son los únicos que han de ser tenidos en cuenta para determinar la forma de estado y de gobierno en él empleada.

Las hipótesis de falta de correspondencia entre los caracteres que los sistemas de las fuentes presentan y los inherentes a la forma de estado democrático se explican, sin embargo, si se hace alusión a otras cualificaciones de la forma de estado o de la forma de gobierno. Así, por ejemplo, el carácter pluralista que un estado pueda eventualmente asumir explica el reconocimiento de las autonomías normativas de sujetos extraños a la organización estatal, mientras que la observancia del principio del «estado de derecho» justifica la atribución a los órganos judiciales de poderes cuyo ejercicio puede, en

ocasiones, traducirse también en efectos normativos, y así sucesivamente.

Lo que importa señalar aquí sobre todo es, por tanto, la existencia de una relación necesaria entre el sistema de fuentes empleado en un determinado país y la forma de estado y de gobierno que en él ha sido adoptada. Por lo demás, si es verdad que las diferencias existentes entre las formas de estado y de gobierno pueden determinar obviamente variedades correlativas en los sistemas de fuentes, esta conclusión consiente, no obstante, encontrar en la diversidad de las experiencias verificadas en las diversas partes del mundo importantes correspondencias.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO ITALIANO VIGENTE

A) *La evolución del sistema de fuentes vigente en Italia*

15. *La evolución del sistema de fuentes en la época contemporánea*

El sistema de fuentes del derecho actualmente vigente en Italia encuentra su origen en una serie de reglas que fueron establecidas en el ámbito de aquel conjunto de transformaciones político-institucionales que se produjeron desde el siglo XVIII en Inglaterra y que en la Europa continental se afirmaron a partir de la Revolución Francesa.

Principio cardinal de este sistema fue la asignación al Parlamento de la función legislativa, de acuerdo con la opción por un sistema de democracia representativa que excluía toda forma de democracia directa y por una forma de gobierno parlamentaria, inicialmente configurada como dualista (desde que pareció necesario llegar a compromisos con las posiciones «legitimistas»), pero que progresivamente evolucionó a formas de monismo (a medida que las monarquías fueron desapareciendo o, en todo caso, perdieron poder político).

En virtud de tal orientación, la ley asume una función central en el sistema de fuentes, no sólo porque su fuerza normativa es superior a la de las demás, sino también porque las demás fuentes únicamente pueden subsistir en la medida en que estén previstas y reguladas por la ley³⁷. En efecto, constituye un elemento esencial de esta concepción, la idea iuspositivista que niega autoridad de fuente a todo hecho o acto jurídico que no se resuelva en una manifestación de voluntad del Estado, con la consiguiente eliminación del catálogo de fuentes de la costumbre, de la doctrina, de la jurisprudencia, etc., y que, por el contrario, afirma al máximo posible el valor de la técnica de la codificación.

³⁷ Cfr., sobre todo, el lúcido análisis de R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, París, 1931.

En el curso del siglo XX, sin embargo, esta orientación ha experimentado importantes modificaciones derivadas, sobre todo, del creciente relieve asumido por las relaciones internacionales y transnacionales, por la asunción, en muchos países, del principio de rigidez de la Constitución, con la consiguiente introducción del control judicial de constitucionalidad de las leyes, y por el creciente cometido asumido por el pluralismo territorial e institucional. Como consecuencia de estas y otras causas, los sistemas de fuentes que encontramos en la actualidad funcionando en la mayor parte de los países europeos son mucho más complicados que los que operaban en los comienzos de este siglo y, en particular, el número de fuentes incluidas en ellos ha ido aumentando constantemente.

16. *El sistema de fuentes vigente en Italia durante el régimen anterior a la Constitución*

En Italia, el sistema de fuentes vigente en el momento de la unificación nacional era el que estaba anteriormente en vigor en Piamonte, fundado sobre una constitución flexible (el «estatuto albertino» con las «modificaciones tácticas» que se le añadieron, preferentemente a través de convenciones) y caracterizado por un intenso reajuste de todas las fuentes diferentes de la ley⁵⁸.

Este sistema tenía como perno central la idea de supremacía de la ley del Parlamento sobre cualquier otro acto o hecho normativo, si bien no podía impedir que, de hecho o de derecho, la actividad normativa del ejecutivo asumiese una importante función. En cualquier caso, en el ámbito de aquel sistema la ley no encontraba límites materiales, a causa del carácter flexible de la Constitución, ni límites formales, a causa de la imposibilidad de controlar los *interna corporis*⁵⁹, entonces aceptada de manera casi unánime.

La orientación iuspositivista de la doctrina, en aquel tiempo dominante, inducía, por lo demás, a privilegiar rigurosamente las fuentes escritas, excluyendo cualquier forma de producción judicial del derecho y reduciendo el ámbito de utilización de las costumbres a los casos de remisión a las mismas por parte de las fuentes escritas (es decir, solamente a la *consuetudo secundum legem*).

Las innovaciones introducidas por la ley de 31 de enero de 1926, número 100, en realidad no hicieron mucho más que traducir en disposiciones escritas lo que se venía haciendo desde tiempo antes, aunque de una manera considerada ilegítima por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Con aquéllas entraron oficialmente a formar parte del sistema de fuentes los decretos-leyes, los decretos legis-

⁵⁸ PIZZORUSSO, *Fonti*, cit., pp. 131 y ss.

⁵⁹ Sobre la noción de *interna corporis*, cfr., últimamente, G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milán, 1986, pp. 121 y ss., 207 y ss., 466 y ss.

lativos delegados y los reglamentos independientes (frente al artículo 6 del Estatuto Albertino, que sólo hablaba explícitamente de reglamentos de ejecución, los cuales constituían el segundo nivel de la jerarquía de las fuentes), mientras que la praxis añadió también los reglamentos delegados, mediante los que podían regularse materias ya disciplinadas por la ley, a partir de una habilitación legislativa⁶⁰. Con la ley de 3 de abril de 1926, número 563, se atribuyó además eficacia *erga omnes* a los convenios colectivos de trabajo y por medio de las posteriores leyes sobre el ordenamiento corporativo dicha eficacia se extendió asimismo a los otros tipos de «normas corporativas», que se situaron en la jerarquía de las fuentes en un nivel inferior al de los reglamentos.

En fin, con las disposiciones preliminares al Código Civil de 1942, se llevó a cabo el único esfuerzo hasta entonces intentado de dar una regulación sistemática a la materia de las fuentes⁶¹. El artículo 8 de este texto produjo, entre otras cosas, una vasta reflexión sobre el tema de la costumbre como consecuencia de la cual prevalece hoy la tesis que considera admisibles no sólo las costumbres *secundum legem*, sino también las costumbres *praeter legem*.

La caída del fascismo llevó únicamente (además de a la parálisis temporal de algunas fuentes derivada de la ausencia del Parlamento) a la eliminación —sin efecto retroactivo— de las normas corporativas⁶², mientras que las innovaciones más relevantes fueron producidas por la Constitución de 1947.

17. *Las innovaciones introducidas por la Constitución de 1947*

La principal de ellas es la rigidez de la propia Constitución, con la consiguiente creación de un nuevo nivel de la jerarquía, superior al de la ley y comprensivo también de las leyes constitucionales y de revisión (art. 138), así como de algunas fuentes o leyes a las que se hacía remisión. Hay que señalar, además, la nueva y rigurosa disciplina adoptada para los decretos legislativos delegados y para los decretos-leyes (arts. 76 y 77), a los que se añadían los decretos legislativos que contenían normas de actuación de los estatutos regionales espe-

⁶⁰ Hay que señalar la diferencia existente entre la hipótesis de delegación de funciones legislativas al ejecutivo, en virtud de la cual éste puede ejercer los poderes del Parlamento, sustituyéndolo dentro de los límites de la delegación, y la hipótesis de habilitación para regular una cierta materia por medio del reglamento, la cual implica solamente la eliminación de los obstáculos que impedirían el ejercicio de una potestad propia del ejecutivo, la cual de por sí no encuentra límites análogos a los propios de la delegación.

⁶¹ Cfr. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit.; A. GIULIANI, *La applicazione della legge*, Rimini, 1983; N. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle «preleggi»*, Turín, 1987.

⁶² En virtud del Decreto-ley del lugarteniente de 23 de noviembre de 1944, n. 369.

ciales previstos por éstos en derogación a la Constitución y el silencio, prácticamente total, observado en materia de potestad reglamentaria del ejecutivo (a la que se refieren únicamente el artículo 87, párrafo 5.º, y, con referencia a las regiones, los artículos 121 y 123).

También se previó un nuevo sistema para conferir eficacia *erga omnes* a los convenios colectivos de trabajo (art. 39, párrafo 4.º), aunque ha permanecido totalmente inactuado de tal modo que, según la opinión predominante, aquéllos encuentran actualmente su fundamento en el artículo 1322, párrafo 2.º, del Código Civil y, por tanto, carecen de eficacia general, aunque no falten defensores de la tesis según la cual los convenios colectivos habrían asumido, de un modo u otro, el rango de fuentes legales.

Además, se estableció que mediante el referéndum se pudieran derogar las leyes vigentes o partes de ellas (art. 75) y que las leyes o partes de ellas pudieran perder eficacia como efecto directo de eventuales decisiones de nulidad de la Corte Constitucional (art. 136).

En el período sucesivo estas innovaciones fueron objeto de interpretación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia (si bien en muchos puntos no se alcanzaron resultados unívocos) y la elaboración resultante condujo, entre otros aspectos, a identificar la categoría de las «fuentes supremas», constituidas por los principios constitucionales que se estiman no susceptibles de revisión y, por tanto, se sitúan en un ulterior nivel, superior al de las fuentes constitucionales⁶³, y a delinear las relaciones entre las fuentes internas y las fuentes comunitarias sobre la base del artículo 11 de la Constitución, atribuyendo a éstas un valor superior al de las fuentes internas excepto respecto de las fuentes supremas. Asimismo, se reguló por ley un procedimiento tendente a atribuir eficacia *erga omnes* a los convenios colectivos de trabajo en el sector del empleo público, encuadrándolos entre las fuentes secundarias⁶⁴.

Sólo en estos últimos tiempos el legislador ha vuelto a interesarse por la regulación de las fuentes y los primeros resultados de este renovado interés están constituidos por la ley de 23 de agosto de 1988, número 400, cuyos artículos 14 a 17 han reajustado la actividad normativa del ejecutivo según líneas sustancialmente conformes con las opiniones preferentemente asumidas por la doctrina y por la jurisprudencia formadas en el período precedente⁶⁵ y la ley de 11 de diciembre de 1984, número 834, seguida del texto único aprobado por decreto del Presidente de la República de 28 de marzo de 1986, número 217, que contiene la revisión de la disciplina relativa a la

⁶³ Cfr. *infra*, n. 20.

⁶⁴ Cfr. el artículo 24 de la Ley de 28 de octubre de 1970, n. 775, y otras disposiciones posteriores, entre las que sobre todo destaca la Ley de 29 de marzo de 1983, n. 93.

⁶⁵ Para un comentario al proyecto de ley, después transformado en la Ley n. 400 de 1988, cfr. A. PIZZORUSSO, *La disciplina dell'attività normativa del Governo*, en *Le Regioni*, 1987, pp. 330 y ss.

publicación de los actos normativos, dotada de un alcance tendencialmente general, referible al entero sistema de las fuentes⁶⁶.

A través de la ley número 400 de 1988, se han regulado de forma orgánica por primera vez los trabajos preparatorios de las iniciativas legislativas y de las actividades normativas del gobierno mediante la institución de la «oficina central para la coordinación de la iniciativa legislativa y de la actividad normativa del gobierno» (art. 23)⁶⁷ y mediante la previsión, entre las competencias específicas del presidente del Consejo, de la coordinación de la actividad normativa del Estado con la de la Comunidad Económica Europea y con la de las regiones (art. 5, párrafo 3.º), de la evaluación del estado del contencioso constitucional y de las iniciativas que se consideren oportunas respecto del mismo (art. 5, párrafo 1.º, letra f). Además figuran entre las competencias del secretario general de la Presidencia del Consejo de Ministros la de «cuidar del cumplimiento de los trámites y adoptar los actos necesarios para la formulación y la coordinación de las iniciativas legislativas, así como para la actuación de la política institucional del Gobierno» (art. 19, párrafo 1.º, letra c) y la de «proveer al reconocimiento periódico de las disposiciones legislativas y reglamentarias en vigor para la coordinación de las mismas» (ídem, letra d).

Puede considerarse innovadora esta disciplina sólo porque en el pasado esta función del Gobierno casi siempre permaneció en un estado puramente potencial, pero no porque el Gobierno no fuese ya competente para ejercerla. En efecto, si ni la oficina legislativa del Ministerio de Justicia (al que le habían sido conferidas funciones de este tipo por el Real Decreto de 8 de abril de 1940, número 830) ni las inadecuadas estructuras de la Presidencia del Consejo habían sido capaces de llevar a cabo de forma eficaz este tipo de tareas en ningún momento, nadie habría podido afirmar, sin embargo, que su ejercicio hubiese sido incompatible con la forma de gobierno instaurada en Italia por la Constitución de 1947.

⁶⁶ Cfr. LUPO, *La nuova disciplina della pubblicazione degli atti normativi statali*, cit.; R. GUASTINI y otros, *La riforma de la «Gazzetta Ufficiale»: problemi risolti e problemi aperti*, en *Foro Italiano*, 1987, V, p. 375; A. PIZZORUSSO, *Le vicende del testo unico delle leggi sulla pubblicazione degli atti normativi*, en *Costituzione e legislazione agraria* (actas del Congreso de Florencia: 14-15 de noviembre de 1986), Milán, 1988, pp. 71 y ss.

⁶⁷ Esta oficina, concebida probablemente a partir del modelo de la *Law Commission* inglesa, debería asegurar una mayor atención para los problemas de la técnica legislativa y poner en marcha la tarea de «deslegalización» auspiciada desde diversas posiciones. Sobre la técnica legislativa, cfr., últimamente, L. MADER, *La evaluation législative*, Lausana, 1985; A. VIANDIER, *Recherche de législative comparée*, Heidelberg, 1988. Sobre la deslegalización, véase también *infra*, n. 18.

B) *Aplicaciones del principio de jerarquía de las fuentes*

18. *Fuentes primarias y fuentes secundarias*

En el ámbito de esta evolución, el problema central para definir el sistema de fuentes vigente en Italia fue durante mucho tiempo —y probablemente lo es todavía ahora— el relativo a la relación entre las fuentes primarias y las fuentes secundarias, es decir, entre la ley y el reglamento del ejecutivo.

En el período de la monarquía liberal y durante el régimen fascista, este problema se resolvió generalmente en el sentido de que el Gobierno no podía ejercer poderes normativos si no era en virtud de una delegación o de una específica atribución de competencia reglamentaria conferida por ley del Parlamento. Los poderes normativos atribuidos en virtud de la delegación eran de la misma naturaleza que aquellos que habrían podido ser ejercidos por el titular de la potestad legislativa (tal como fue posteriormente especificado por el artículo 3, párrafo 1.º, de la ley número 100 de 1986), mientras que los conferidos mediante una atribución de competencia reglamentaria comportaban el ejercicio de una potestad normativa subordinada a la legislativa (de ahí la distinción entre las fuentes primarias, que comprendían la ley y las otras fuentes que le estaban equiparadas, y las fuentes secundarias, que comprendían el reglamento y las fuentes que le habían sido equiparadas)⁶⁸.

La única excepción verdadera a estos principios estaba constituida por los «reglamentos de prerrogativa», que eran un residuo del antiguo absolutismo monárquico a los que algunos quisieron asimilar los «reglamentos independientes» y los «reglamentos de organización», que fueron previstos por el artículo 1.º, párrafo, 1.º, números 2 y 3, de la ley número 100 de 1926, si bien su naturaleza fue ampliamente controvertida. Por el contrario, la atribución al Gobierno del poder de dictar reglamentos de ejecución, que ya estaba previsto por el artículo 6 del estatuto y fue confirmado por el artículo 1, párrafo 1.º, número 1, de la ley de 1926, aparecía justificada por el carácter no innovador sino únicamente interpretativo o integrador de las disposiciones que podían legítimamente contener; en cambio, los poderes normativos fundados en la necesidad (como los ejercidos mediante los decretos-leyes —regulados por el artículo 3, párrafo 1.º, número 2, de la ley número 110 de 1926—, mediante los bandos militares, las ordenanzas administrativas de diversa naturaleza, etc.) y, por consiguiente, susceptibles de dar lugar a normas esencialmente temporales y transitorias, no atentaban contra los principios, aunque en la práctica se ejercieran a menudo de manera tal que iban mucho más allá de cuanto la teoría les habría consentido.

Ciertamente, la diferencia entre una disciplina innovadora y una

⁶⁸ Cfr. G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milán, 1962.

disciplina interpretativa e integradora o, respectivamente, temporal y transitoria estaba bien lejos de ser clara, pero, en su conjunto, el sistema de fuentes se había asentado sobre estas bases y el carácter autoritario del régimen hacía que los problemas a que aquél daba lugar tuvieran escasas ocasiones de manifestarse excepto en el plano de la investigación doctrinal.

Este sistema ha encontrado confirmaciones y desmentidos en la Constitución republicana, la cual, como hemos visto, no dice casi nada sobre el poder reglamentario del ejecutivo. Hay que observar ante todo que la abolición de la monarquía arrastró consigo la desaparición de los reglamentos de prerrogativa, y el retorno a una forma de gobierno parlamentaria monista ha quitado fundamento a la disposición contenida en el artículo 1, párrafo 1.º, números 2 y 3, de la ley número 100 de 1926, mientras que la nueva disciplina de los decretos delegados y de los decretos-leyes contenida en los artículos 76 y 77 de la Constitución solamente ha modificado en parte la contenida en la ley mencionada. Por el contrario, con los estatutos regionales especiales (aprobados por ley constitucional) ha surgido una nueva excepción al principio de la supremacía de la ley del Parlamento sobre los actos normativos del ejecutivo. En efecto, aquéllos han previsto una potestad normativa primaria del ejecutivo en lo concerniente a las «normas de actuación» de los propios estatutos⁶⁹.

Pero, más allá de estas modificaciones relativas a fuentes particulares, también se han producido fuertes repercusiones de orden sistemático sobre la configuración de la relación que existe entre fuentes primarias y fuentes secundarias como consecuencia de la introducción del principio de rigidez de la Constitución. En efecto, según la orientación seguida por una parte de la doctrina, la transformación de un sistema de fuentes «radial», en cuyo centro se situaba la ley del Parlamento, de la que dependía la posibilidad de emplear cualquier otra, en un sistema «en cascada», en cuyo ámbito una pluralidad de fuentes situadas en niveles distintos proceden a especificar paso a paso los preceptos y los principios establecidos por las de grado más elevado según el modelo kelseniano, comportaría la asimilación de la relación entre fuentes primarias y fuentes secundarias a la que se ha

⁶⁹ Artículo 43 del Estatuto de Sicilia; artículo 56 del Estatuto de Cerdeña; artículos 107-110 del Estatuto del Trentino-Alto Adigio, aprobado por Decreto del Presidente de la República de 31 de agosto de 1972, n. 670 (y los artículos 93 y 95 del Estatuto originario); artículos 65-66 del Estatuto del Friuli-Venecia Julia. Cfr. al respecto, últimamente, U. ALLEGRETTI, *La Corte ribadisce l'estraneità del Parlamento all'attuazione degli Statuti speciali*, en *Le Regioni*, 1985, pp. 1310 y ss.; U. POTTSCHNIG, *Il processo di formazione della norma di attuazione alla luce dei principi costituzionali*, en *Atti del convegno giuridico su: l'uso della lingua nel processo come previsto dallo Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige. Problemi di attuazione* (Bolzano, Castel Mareccio, 22-23 de junio de 1985), Roma, sin fecha, pp. 43 y ss. Extrañamente, esta potestad normativa del ejecutivo ni siquiera ha sido mencionada por la Ley de 23 de agosto de 1988, n. 400.

instaurado más recientemente entre fuentes constitucionales y fuentes primarias⁷⁰.

Como consecuencia de lo anterior, al igual que la ley es siempre libre no sólo para actuar los principios constitucionales, sino también para dictar cualquier regulación independiente de ellos con la única condición de no violar las normas que de dichos principios derivan (incluidas las que se pueden deducir implícitamente de las denominadas normas programáticas), así el reglamento podría de modo análogo proveer a la adopción de cualquier regulación independiente respecto de los preceptos legislativos con los únicos límites que derivan de la obligación de respetar el principio de «preferencia» de la ley y las reservas de ley establecidas por las normas constitucionales⁷¹.

Esta orientación se ve confirmada, además, por la concepción del poder reglamentario como manifestación del poder discrecional de la Administración que había gozado de los favores de la doctrina (siguiendo la posición de Gneist) antes de la ley número 100 de 1926⁷². En virtud de esta tesis, si la Administración Pública dispone de un poder discrecional, también puede (y en ciertos casos incluso debe) autolimitarse estableciendo de antemano qué criterios observará en el ejercicio de sus poderes y de esta manera llega a condicionar a los particulares que están sometidos a dichos poderes, obligándoles —de hecho o de derecho— a ajustarse a las normas reglamentarias así establecidas.

Además, de esta manera desaparecería la distinción entre reglamentos independientes y reglamentos de ejecución, ya que los unos y los otros encontrarían fundamento en un idéntico poder normativo (subordinado al del Parlamento, pero independiente de una habilitación legislativa específica) y se diferenciarían solamente por la ocasional presencia (o ausencia) de una ley a interpretar, integrar o actuar.

Esta reconstrucción, por lo demás, es perfectamente compatible con el principio, exactamente formulado por una atenta doctrina⁷³, según el cual «el sistema de fuentes» a nivel constitucional y a nivel primario está rigurosamente cerrado, de manera que la ley ordinaria no podría válidamente instituir fuentes «concurrentes», es decir, dota-

⁷⁰ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 803-807.

⁷¹ A favor de la admisibilidad de los reglamentos independientes, cfr., últimamente, G. GROTANELLI DE SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Turín, 1988, pp. 81.

⁷² Cfr. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milán, 1985, pp. 384 y ss., en relación con la obra de Federico Cammeo (del cual véase al respecto, por ejemplo, el *Corso di diritto amministrativo*, 1911-14, Padua, 1960, pp. 100 y ss.).

⁷³ CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., p. 940; en términos más generales, ZAGREBELSKY, *Sistema*, cit., pp. 5 y ss.

das de la misma fuerza o bien en condiciones de excluir de ciertas materias la competencia de la ley. En efecto, los reglamentos aquí configurados son a todas luces fuentes secundarias.

Ahora bien, a este planteamiento se contraponen el seguido por otra parte de la doctrina según la cual la relación entre la ley y el reglamento no está regulada por los mismos principios que contemplan la relación entre la Constitución y la ley (cuyo entendimiento, por otra parte, tampoco es pacífico), por lo que debe entenderse que la relación ley-reglamento debe continuar inspirándose en el principio de legalidad entendido en su significado más estricto, de manera que el poder ejecutivo solamente puede emanar reglamentos (incluso de ejecución) en virtud de una específica habilitación legislativa⁷⁴.

La ley de 23 de agosto de 1988, número 400, parece orientada según el primer punto de vista desde el momento en que ha previsto, en su artículo 17, toda una serie de hipótesis de ejercicio de la potestad reglamentaria que van más allá de la simple ejecución de las leyes (a la que se refiere el párrafo 1.º, letra a)) La letra b) contempla los reglamentos para «la actuación y la integración de las leyes y de los decretos legislativos que contienen normas de principio, excluidos los relativos a materias reservadas a la competencia regional», dando vida a una distribución de competencia normativa por razón de la disciplina que se sitúa a mitad de camino entre la que se refiere al binomio ley de delegación-decreto delegado y la que se refiere a la hipótesis general del reglamento de ejecución de cualquier ley; la letra c) considera los reglamentos destinados a regular «las materias en las que falte la disciplina legal o de actos con fuerza de ley siempre que no se trate de materias en cualquier forma reservadas a la ley», los cuales claramente enlazan con la noción doctrinal y jurisprudencial de los reglamentos independientes; la letra d) recupera los reglamentos de organización que ya regulaba la ley número 100 de 1926 partiendo, evidentemente, del presupuesto —por lo demás correcto— del carácter relativo de la reserva a la que alude el artículo 97, párrafo 1.º, de la Constitución; la letra e) reconduce explícitamente al poder reglamentario los decretos presidenciales destinados a dar ejecución a los acuerdos sindicales para el empleo público, ya previstos por la ley de 29 de marzo de 1983, número 93; el párrafo 2.º prevé, además, otros reglamentos, reconducibles a la criticada noción teórica de los reglamentos delegados, por dictarse en materias no cubiertas por una reserva absoluta de ley, previa la deslegalización de aquéllas en virtud de una ley la cual autorice el ejercicio de la potestad reglamentaria del gobierno, fije las normas generales reguladoras de la materia y derogue las normas legislativas vigentes con efectos desde la fecha de entrada en vigor de las normas reglamentarias⁷⁵; en

⁷⁴ Cfr., sobre todo, ZAGREBELSKY, *Sistema*, cit., pp. 207 y ss.

⁷⁵ Sobre el tema de la deslegalización, cfr., últimamente, el volumen *Les dérèglementations. Etude comparative*, París, 1988, editado por el Institut Français de Sciences Administratives.

fin, el párrafo 3.º confiere por primera vez una base positiva a los reglamentos ministeriales, si bien limitando el recurso a ellos a los casos de explícita previsión legislativa.

19. *Ley y Constitución*

La diferenciación de las fuentes constitucionales de las fuentes primarias constituye una consecuencia de la previsión, por parte del artículo 138 de la Constitución, de un procedimiento particular para la aprobación de las «leyes constitucionales» y de las «leyes de revisión constitucional» (denominadas de manera distinta por la disposición citada, pero que no deben considerarse, sin embargo, como dos géneros realmente diferenciables). Además, está presupuesta por la previsión, contenida en el artículo 134, del control de constitucionalidad «de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones» por parte de la Corte Constitucional.

Durante el régimen anterior se había hablado a menudo de leyes constitucionales en un significado puramente material (por ejemplo, en los artículos 2 y 3, párrafo 2.º, de las disposiciones preliminares del Código Civil y también, por otra parte, en la misma disposición transitoria XVI de la Constitución) o bien para señalar la particular relevancia política de determinados actos normativos (como, por ejemplo, respecto de la «ley de garantías» de 13 de mayo de 1871, número 214)⁷⁶. En cambio, parte de la doctrina (pero no solamente ella) había intentado configurar la Constitución italiana como un ordenamiento rígido en virtud de la ley de 9 de diciembre de 1929, número 2693⁷⁷, y, en la segunda posguerra, en virtud del decreto-ley del lugarteniente de 16 de marzo de 1946, número 98, que atribuyó a la asamblea constituyente la tarea de regular la «materia constitucional» y algunas otras al tiempo que asignaba al Gobierno la función legislativa ordinaria⁷⁸.

La adopción del principio de rigidez de la Constitución y la introducción del control de constitucionalidad de las leyes han dado una nueva configuración al problema de las relaciones entre Constitución y ley que, en el régimen de constitución flexible, tenía una relevancia fundamentalmente política⁷⁹, permitiendo afrontar las cuestiones de

⁷⁶ Consejo de Estado, sesión general de 2 de marzo de 1878, en A. C. JEMOLO y A. BERTOLA, *Codice ecclesiastico*, Padua, 1937, p. 40.

⁷⁷ Cfr. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., pp. 155 y ss.

⁷⁸ Cfr. F. PIERANDREI, *Ancora sul conflitto fra il Governo-legislatore provvisorio e il potere giudiziario* (1947), en *Scritti di diritto costituzionale*, cit., III, pp. 49 y ss., especialmente 57 y ss.

⁷⁹ Sobre los estrechísimos límites dentro de los cuales podía vislumbrarse un control de constitucionalidad de las leyes en el período de la monarquía liberal, cfr. F. RACIOPPI, *Il sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi*, en *La legge*, 1905, pp. 705 y ss.

constitucionalidad de las leyes en términos de invalidez de las leyes inconstitucionales por motivos de forma o de contenido⁸⁰.

Entre los muchos problemas que de aquí derivan y que no pueden ser afrontados en este momento conviene señalar, al menos, la cuestión relativa a las consecuencias de los vicios de inconstitucionalidad de las leyes que algunos consideran que consisten en la mera anulabilidad de la ley⁸¹, mientras que otros lo reconducen, más bien, a una situación de nulidad⁸² y la cuestión relativa al cometido que la ley asume respecto de la Constitución, que, para algunos, se resuelve en su completa dedicación a la actuación de los principios constitucionales⁸³, mientras que la mayor parte de los estudiosos entiende que puede darse también una legislación *praeter constitutionem*.

Por lo que se refiere al primer punto, la solución se desprende de la forma en la que está regulado el control de constitucionalidad de las leyes ejercido con posterioridad a su entrada en vigor (siendo otra la función del control en los casos en los que tiene un carácter previo). Desde el momento en que el artículo 136 de la Constitución, tal como lo especifica el artículo 1 de la ley constitucional de 9 de febrero de 1948, número 1, comporta la inaplicabilidad de la ley declarada inconstitucional a todas las relaciones, incluso anteriores siempre que no estén «extinguidas», es decir, a todas las relaciones respecto de las cuales la cuestión de constitucionalidad de la ley o disposición de que se trate sea todavía «relevante» y, por consiguiente, planteable ante la Corte, hay que entender que los efectos de la inconstitucionalidad no pueden ser equiparados a los de una anulación *ex nunc*, aunque es indudablemente verdad que la producción de tal efecto está en todo caso subordinada a la verificación de la inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Por lo que se refiere al segundo problema, la solución más correcta parece ser aquella que lo enfoca de una manera análoga al de las relaciones entre la ley y el reglamento que hemos examinado en el párrafo precedente y que, por tanto, excluye el absoluto sometimiento de la ley a la actuación de la Constitución, consintiendo una actividad legislativa *praeter constitutionem* del mismo modo que puede darse una actividad reglamentaria *praeter legem*. Sin embargo, se admite pacíficamente que la función de parámetro de la constitucionalidad de las leyes puede ser asumida no solamente por las

⁸⁰ Cfr. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit.; Gaetano AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milán, 1951, pp. 186 y ss.

⁸¹ Cfr. A. M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1959, pp. 23 y ss., especialmente 41 y ss.; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, en *Enciclopedia del Diritto*, X, Milán, 1962, p. 971; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., II, pp. 1415-1418.

⁸² Cfr. V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milán, 1967, pp. 128 y ss.

⁸³ Cfr. F. MODUGNO, *Costituzione in generale*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, en curso de publicación.

normas constitucionales «preceptivas», sino también por aquellas otras que se pueden calificar como meramente «programáticas»⁸⁴.

Finalmente, hay que señalar que hay que considerar equiparadas a la ley constitucional las normas consuetudinarias que constituyen el derecho internacional general como consecuencia de la remisión que lleva a cabo el artículo 10, párrafo 1.º, de la Constitución. Como veremos más adelante⁸⁵, son parcialmente diferentes, en cambio, el caso de la remisión a los pactos lateranenses contenida en el artículo 7, párrafo 2.º, y la remisión al derecho comunitario que lleva a cabo el artículo 11 (en este último caso de forma totalmente implícita, pero ya admitida pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia).

20. *Fuentes supremas*

En un régimen de constitución rígida se replantea, respecto de las reglas constitucionales, el problema que, en un régimen de constitución flexible, se planteaba en relación con las leyes ordinarias. Es decir, el de establecer si existen preceptos que no pueden ser modificados ni siquiera a través de los procedimientos previstos para la revisión constitucional⁸⁶.

Por lo demás, es evidente que incluso las leyes constitucionales pueden ser inválidas por la inobservancia de las reglas relativas al procedimiento de su formación, siempre que se admita que tales inobservancias son denunciabiles y comprobables de alguna forma con efectos jurídicos análogos a los que derivan de la inconstitucionalidad de las leyes ordinarias o de la ilegalidad de los reglamentos.

El problema de los límites a la revisión constitucional se plantea en términos parcialmente diversos según se refiera a las disposiciones que explícitamente los establecen o a los principios que se entiende que presupone la «constitución material» vigente como límites implícitos. Respecto a los unos y a los otros ha de observarse preliminarmente, sin embargo, que ningún régimen constitucional puede ser considerado absolutamente inmodificable, puesto que es obvio que nadie puede detener el curso de la historia. Por tanto, cuando se habla de límites se alude en este caso a aquellas modificaciones que, si se llevaran a cabo (eventualmente incluso sin ruptura alguna de la legalidad), comportarían no ya una mera modificación del sistema constitucional, sino una alteración sustancial del mismo totalmente paragonable a la que podría derivar de una revolución.

Los límites explícitos a la revisión de la Constitución italiana están establecidos por los artículos 2, 132, párrafo 1.º, y 139 de la misma. El primero deriva de la proclamación de la «inviolabilidad» de los

⁸⁴ Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952.

⁸⁵ *Infra*, n. 21 y 31, respectivamente.

⁸⁶ ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., pp. 131 y ss.

derechos individuales y colectivos del hombre y se traduce, en la práctica, en una remisión a otras disposiciones de la Constitución que enuncian los derechos fundamentales y a los otros textos que contienen las declaraciones de derechos⁸⁷. El artículo 132, párrafo 1.º, prohíbe la creación de nuevas regiones con población inferior a un millón de habitantes⁸⁸. Finalmente, el artículo 139 prescribe que la forma republicana del Estado no puede ser objeto de revisión⁸⁹.

Obviamente, no es posible aportar una lista de los límites implícitos. Sin embargo, puede señalarse que muy probablemente podrán ser deducidos a partir de la sección preliminar del texto constitucional, dedicada, precisamente, a los «principios fundamentales», sin que, sin embargo, la colocación de una concreta disposición dentro o fuera de tal sección constituya una demostración insuperable de la presencia en la misma de tal carácter o de la ausencia del mismo.

21. Fuentes atípicas

Una posición particular, intermedia entre la que es propia de las fuentes constitucionales y la de las fuentes primarias, es la que ocupan las fuentes que la doctrina ha calificado como «atípicas» y que son aquellas cuya fuerza «activa» (en virtud de la cual pueden modificar el ordenamiento preexistente) difiere de su fuerza «pasiva» (en virtud de la cual son resistentes a las modificaciones o a la derogación).

Precisamente, la fuerza activa de las fuentes atípicas coincide con la que es propia de las fuentes primarias, mientras que su fuerza pasiva es prácticamente asimilable a la de las fuentes constitucionales, excepto en el caso en el que se hayan observado procedimientos particulares que permitan realizar la modificación o la derogación incluso mediante fuentes primarias.

El más famoso ejemplo de fuente atípica es el que ofrece el artículo 7, párrafo 2.º, de la Constitución, que atribuye eficacia legislativa ordinaria a las normas de los pactos lateranenses, pero no permite su revisión si no es por medio de un nuevo acuerdo con la Santa Sede⁹⁰ o bien a través de la revisión constitucional. Un mecanismo semejante se establece también en el artículo 8, párrafo 3.º, en virtud del cual las relaciones del Estado con las confesiones distintas de la católica «son reguladas por ley sobre la base de acuerdos con sus relativos

⁸⁷ PIZZORUSSO, *Personae fisiche*, cit., pp. 32 y ss.; F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1987*, en *Foro Italiano*, 1988, V, pp. 127-128.

⁸⁸ Sobre el alcance real de esta disposición, cfr. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., pp. 396-397.

⁸⁹ Cfr. G. VOLPE, *Garanzie costituzionali*, en *Commentario della Costituzione*, Bolonia-Roma, 1981, pp. 729 y ss.

⁹⁰ Como ha sucedido con el acuerdo de 18 de febrero de 1984, hecho ejecutivo a través de la Ley de 25 de marzo de 1985, n. 121.

representantes». En el artículo 10, párrafo 2.º, que exige regular la condición del extranjero de conformidad con lo establecido por las normas y por los tratados internacionales⁹¹, tenemos otro ejemplo.

En definitiva, en los casos de materias regulables mediante fuentes atípicas se produce una especie de «desconstitucionalización» de la materia misma que de alguna manera es regulada por fuentes constitucionales, pero puede ser objeto de regulación por fuentes primarias siempre que se den determinadas condiciones.

22. Fuentes subprimarias

Las fuentes «subprimarias»⁹² ocupan una posición intermedia entre las primarias y las secundarias. Tienen la característica de estar equiparadas en cuanto a su fuerza activa y pasiva a las fuentes primarias, puesto que pueden innovar cualquier disciplina legislativa ya regulada por fuentes de aquel grado y no pueden ser modificadas o derogadas por fuentes inferiores a aquéllas, si bien su validez está condicionada no sólo por el respeto de las fuentes de grado constitucional, sino también por algunos principios establecidos mediante actos normativos producidos por fuentes primarias, que asumen la función de las «normas interpuestas»⁹³.

Un ejemplo de esta naturaleza es el que ofrecen los decretos legislativos delegados, que, según el artículo 76 de la Constitución, deben respetar los «principios y criterios directivos» establecidos por las respectivas leyes de delegación a pesar de que éstas sean simples leyes ordinarias⁹⁴. Otro ejemplo muy conocido es el ofrecido por las leyes regionales relativas a materias comprendidas en la competencia legislativa concurrente, las cuales, según el artículo 117 de la Constitución y las correspondientes disposiciones de los estatutos regionales especiales, deben respetar los «principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado», es decir, por las «leyes-marco», cuando existan, y a falta de ellas, «tal como se deducen de las leyes vigentes»⁹⁵.

⁹¹ A. LA PÉRGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milán, 1961, pp. 321 y ss.

⁹² SANDULLI, *Fonti del diritto*, cit., p. 528.

⁹³ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milán, 1987, pp. 548 y ss.

⁹⁴ Sobre los decretos legislativos delegados, véase ahora el artículo 14 de la Ley de 23 de agosto de 1988, n. 400, que disciplina su procedimiento de formación. Debe señalarse también el artículo 15 de la misma Ley, que ha eliminado el registro de los mismos por parte de la Corte de cuentas.

⁹⁵ Artículo 9 de la Ley de 10 de febrero de 1953, n. 62, tal como fue modificado por el artículo 17, párrafo 3.º, de la Ley de 16 de mayo de 1970, n. 281.

23. Fuentes terciarias

Hemos observado anteriormente⁹⁶ que pueden existir fuentes terciarias situadas respecto de las fuentes secundarias en una relación semejante a la que éstas tienen con las fuentes primarias. En el ordenamiento anterior éste era el rango asignado a las «normas corporativas» previstas en el artículo 7 de las disposiciones preliminares del Código Civil, pero tal fuente ha desaparecido y no parece que aquellas que le han sustituido de un modo u otro hayan asumido el mismo nivel. En efecto, hay que excluir esa posibilidad respecto de los convenios colectivos para el empleo público, los cuales constituyen hoy la parte de la disciplina convencional de las relaciones de trabajo que está dotada de una colocación más precisa en el sistema de fuentes de acuerdo con lo dispuesto en la ley de 29 de marzo de 1983, número 93, y por el artículo 17, párrafo 1.º, letra e), de la ley de 23 de agosto de 1988, número 400.

El ejemplo más claro de fuente terciaria que opera en el derecho actualmente vigente está constituido, pues, por la costumbre *praeter legem*, cuya admisibilidad se deduce *a contrario* del artículo 8, párrafo 1.º, de las disposiciones preliminares del Código Civil, para el cual «en las materias reguladas por las leyes y por los reglamentos, los usos solamente tienen eficacia en la medida en que aquéllos se remiten a ellos». De esta fórmula se deduce, en efecto, que existen materias no reguladas en las que la costumbre puede actuar precisamente bajo la forma de costumbre *praeter legem*⁹⁷, y tal interpretación se ve apoyada por la praxis que nos muestra cómo la costumbre dispone de amplios espacios en los que puede encontrar aplicación fuera de las remisiones que hace a ella el legislador, como, por ejemplo, en materia mercantil. La subordinación de la fuente consuetudinaria no sólo a las fuentes primarias sino también a las secundarias se deduce, por lo demás, de la colocación de la misma en el catálogo contenido en el artículo 1 de las disposiciones preliminares del Código Civil.

24. Subsistemas

La hipótesis en la que varias fuentes situadas todas ellas en un mismo nivel de la jerarquía se organizan en un subsistema dentro del cual funciona una diferente jerarquía, sin que esto influya sobre las relaciones de las mismas con las fuentes externas al subsistema⁹⁸, se verifica, de manera particularmente clara, en el caso de los reglamentos estatales, respecto de los cuales está explícitamente previsto por el

⁹⁶ *Supra*, n. 6.

⁹⁷ En contra, G. ZAGREBELSKY, *Sistema delle fonti e strumenti di conoscenza del diritto italiano*, en *Enciclopedia Garzanti del Diritto e dell'Economia*, Milán, 1985, p. 1218.

⁹⁸ *Supra*, n. 6.

artículo 4, párrafo 2.º, de las disposiciones preliminares del Código Civil, que los dictados por autoridades diferentes del gobierno no puedan derogar a los reglamentos gubernativos. Se deduce de aquí la subordinación de los reglamentos ministeriales respecto de los reglamentos gubernativos a la que se añade la subordinación de los reglamentos dictados por autoridades administrativas subordinadas a los ministros respecto de los unos y de los otros, en aplicación del general principio jerárquico en el que se inspira la organización de la Administración Pública⁹⁹.

También podemos vislumbrar la existencia de un subsistema de esta naturaleza entre los reglamentos de las cámaras y los demás reglamentos parlamentarios por ellos previstos y destinados a disciplinar la actividad de articulación interna de las propias asambleas o actividades parlamentarias particulares¹⁰⁰.

Tales subsistemas podrían configurarse como ordenamientos «internos» en virtud de la aplicación de la teoría de los ordenamientos jurídicos que configuraba como tales la organización de la Administración Pública (y eventualmente la de otras ramas de la organización estatal independientes de aquélla).

Tal aplicación, utilizada en otro tiempo para, por ejemplo, justificar pretendidos derechos de «supremacía especial» de los poderes públicos, parece hoy en declive, resultando de dudosa compatibilidad con los principios constitucionales vigentes. Tampoco parece necesario aplicarla ahora para aclarar el problema de las relaciones entre las fuentes que examinamos, que se puede resolver sin dificultades con este tipo de articulación del sistema de las fuentes.

25. *Fuentes de eficacia variable*

Entre las fuentes de eficacia variable hay que incluir, en primer lugar, aquellas que traen su eficacia normativa de una remisión contenida en un acto normativo derivado de una fuente diferente, de manera que tal eficacia se identifica pura y simplemente con la de dicho acto normativo. Sin embargo, es preciso distinguir al respecto la hipótesis de remisión a fuentes que autónomamente consideradas tienen la condición de tales (por lo general en el ámbito de un ordenamiento distinto, estatal o no estatal) de aquella de la remisión a fuentes que pueden actuar solamente en virtud de la remisión de la que se trate. En efecto, mientras que en el primer caso la eficacia de la fuente en el ordenamiento remitente depende a menudo del hecho de que ésta esté dotada de eficacia en el ordenamiento de origen, en el segundo supuesto esta eficacia está disciplinada exclusivamente por las normas reguladoras de la fuente del acto que realiza la remisión.

⁹⁹ PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., p. 311.

¹⁰⁰ FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare*, cit., pp. 445 y ss.

Una hipótesis de esta segunda naturaleza la tenemos en el caso de la costumbre *secundum legem*, que no tiene otro alcance normativo que el que deriva de la disposición que remite a ella y que, por tanto, asume el rango correspondiente a la misma.

Pueden hacerse consideraciones análogas también con respecto a los actos de adaptación del derecho interno al derecho internacional particular, o sea a los tratados, mediante los que las disposiciones de éstos llegan a asumir en el ordenamiento interno el rango correspondiente a la fuerza normativa de la fuente de la que deriva el acto de adaptación.

En virtud de actos de remisión puramente internos como, por ejemplo, sucede en los casos de reenvío a los reglamentos urbanísticos municipales por parte de las normas del Código Civil, etc., nos encontramos, en cambio, con variaciones de la eficacia de hechos o actos normativos por sí mismos capaces de actuar como fuentes en el ámbito del ordenamiento de referencia.

Asimismo, podemos señalar como un caso de fuente de eficacia variable el de los «textos únicos» (cuando no hayan sido dictados sobre la base de una delegación, ya que, entonces, están sometidos desde todo punto de vista al régimen de los decretos legislativos delegados). En efecto, por medio de aquéllos se reúnen de forma sistemática las disposiciones reguladoras de una determinada materia sin que se produzca una innovación de su eficacia formal¹⁰¹, la cual sigue siendo la que deriva de la fuente por la que fueron originariamente producidas y, por tanto, puede consiguientemente diferenciarse unas disposiciones a otras¹⁰².

También es variable la eficacia del precedente dado que éste no expresa una fuerza normativa propia del acto del que se deduce, sino la de la fuente que ha sido interpretada a través de él. En los casos de

¹⁰¹ No puede, sin embargo, excluirse (al contrario, es normal) que las operaciones de orden racional que inducen a reordenar un conjunto de textos normativos sobre la base de interpretaciones sistemáticas, en ocasiones bastante complejas, terminen por modificar el derecho vivo ajustándolo a la forma en que lo han entendido los redactores del texto único (en tiempos a menudo bastante lejanos de aquellos en los que las disposiciones concretas fueron redactadas), cuando parezca que aquél no es conforme con las intenciones de los redactores originarios de las disposiciones en cuestión (salvando, sin embargo, siempre la crítica que los operadores pueden en cualquier modo ejercer en cualquier momento sobre la corrección de las operaciones interpretativas llevadas a cabo por los redactores del texto único).

¹⁰² Mientras, en general, los textos únicos comprenden disposiciones procedentes de fuentes primarias, existe al menos un ejemplo de texto único de leyes constitucionales (el decreto de la Presidencia de la República de 31 de agosto de 1972, n. 670, que contiene el nuevo Estatuto regional del Trentino-Alto Adigio) y se dan casos de textos únicos que comprenden disposiciones procedentes de actos normativos cuya naturaleza de fuentes primarias o secundarias es dudosa. Asimismo, es incierto en qué medida pueden contener también proposiciones correspondientes no ya a disposiciones, sino a normas deducidas de fuentes diferentes mediante la interpretación.

sentencia-fuente, sin embargo, es preciso distinguir la eficacia normativa que ejercen *ope judicati* de la que deriva eventualmente de su *ratio decidendi*¹⁰³.

C) *Aplicaciones del principio de competencia*

26. *Supuestos de distribución horizontal de la función normativa*

No todos los casos en los que se prevé que varias fuentes puedan operar con eficacia normativa de nivel semejante dan lugar a aplicaciones del «principio de competencia» más arriba mencionado¹⁰⁴: en efecto, tenemos numerosos casos en los que diferentes fuentes están habilitadas para regular indistintamente las mismas materias —o una generalidad de materias— con posibilidad de derogaciones y modificaciones recíprocas, tal como sucede en las relaciones entre las leyes del Parlamento, los decretos-leyes y los decretos legislativos delegados, entre las leyes y el referéndum abrogativo y, sustancialmente también, entre las leyes y las sentencias de la Corte Constitucional que declaren su inconstitucionalidad. Ahora bien, entre los casos en los que se produce una distribución de competencias, aquél en el que se utilizan los criterios más elaborados es el que resulta de la atribución a las regiones (y a las provincias de Bolzano y Trento) de la competencia para regular una serie de materias «enumeradas»¹⁰⁵.

Otros ejemplos de distribución de la competencia normativa primaria se pueden encontrar en la atribución al Gobierno de la competencia para dictar, por medio de sus propios decretos legislativos (no delegados), las normas de actuación de los estatutos regionales especiales¹⁰⁶, en el reconocimiento de la autonomía normativa de los órganos constitucionales por lo que respecta a su organización interna (dado que las normas que sean así creadas no pueden ser consideradas como normas exclusivamente internas)¹⁰⁷ y en la previsión de un sistema de fuentes parcialmente distinto del aplicable a la generalidad de las relaciones para cuanto concierne a la materia de

¹⁰³ Cfr. SANDULLI, *Fonti del diritto*, cit., p. 527; A. PIZZORUSSO, *Gli effetti delle decisioni della corte costituzionale nei giudizi ordinari*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1987, pp. 909 y ss.

¹⁰⁴ *Supra*, n. 6.

¹⁰⁵ *Supra*, n. 18.

¹⁰⁶ *Supra*, n. 19.

¹⁰⁷ Sobre los reglamentos parlamentarios, cfr., últimamente, FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare*, cit.; sobre los reglamentos de la Corte constitucional, cfr. S. PANUNZIO, jr., *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padua, 1970; sobre los reglamentos de la presidencia de la República, N. OCCHIOCUPO, *Il segretariato generale della presidenza della Repubblica*, Milán, 1973, pp. 176 y ss. Sobre los reglamentos del Gobierno, cfr., ahora, los artículos 4, párrafos 3.º y 4.º, y 7, párrafo 3.º, de la Ley de 23 de agosto de 1988, n. 400.

la navegación marítima, interna y aérea (art. 1 del Código de la Navegación).

En el nivel de las fuentes secundarias se pueden encontrar otros casos de aplicación del principio de competencia.

D) Fuentes provisionales

27. Decretos-leyes y ordenanzas administrativas de urgencia

El principal caso de fuente dotada de eficacia normativa puramente provisional es el constituido por el decreto-ley, actualmente regulado por el artículo 77 de la Constitución y por el artículo 15 de la ley de 23 de agosto de 1988, número 400. Tiene la característica de perder su eficacia *ex tunc* si el decreto, que es dictado por el Gobierno sobre el presupuesto de la existencia de una situación de necesidad y de urgencia, no es convertido en ley por el Parlamento dentro de los sesenta días posteriores a su publicación.

El amplio debate que se ha desarrollado en la doctrina sobre la naturaleza de esta fuente y sobre los numerosos problemas a los que ha dado lugar en la práctica ha permitido poner de manifiesto las particularidades que presenta, a causa del carácter provisional que asume la disciplina emanada a través de ella y, entre tales particularidades parece la principal la que resulta de la automática decadencia de los efectos normativos de aquellos decretos que no son convertidos (salvo, sin embargo, los que se hayan consolidado hasta ese momento, ya que también en este caso *factum infectum fieri nequit*) y la que, por el contrario, deriva de la confirmación de los efectos provisionales del decreto gracias a la fuerza normativa propia de la ley que lo convierte.

El artículo 15 de la ley número 400 de 1988 ha circunscrito el poder normativo de urgencia del ejecutivo excluyendo, de acuerdo con lo que se había afirmado por la doctrina¹⁰⁸, que pueda ser utilizado para: *a*) conferir delegaciones legislativas al Gobierno según el artículo 76 de la Constitución; *b*) intervenir en las materias indicadas en el artículo 72, párrafo 4.º, de la Constitución (que hace referencia a los proyectos de ley «en materia constitucional y electoral» y a «aquellos de delegación legislativa, de autorización para ratificar tratados internacionales, de aprobación de presupuestos y de las cuentas generales»); *c*) renovar las disposiciones de los decretos-leyes a los que se les haya negado la conversión en ley con el voto de una de las cámaras; *d*) regular las relaciones jurídicas surgidas a partir de los decretos no convertidos; *e*) recuperar la eficacia de disposiciones declaradas ilegítimas por la Corte Constitucional a causa de vicios

¹⁰⁸ Cfr., en particular, L. PALADIN, en *Commentario della Costituzione*, artículo 77, Bolonia-Roma, 1979, pp. 56 y ss.

que no se refieran al procedimiento. El párrafo 3.º añade que «los decretos deben contener medidas de inmediata aplicación y su contenido debe ser específico, homogéneo y correspondiente al título», y el párrafo 5.º precisa que «las modificaciones aportadas eventualmente al decreto-ley en sede de conversión tienen eficacia desde el día posterior a aquel de la publicación de la ley de conversión, a no ser que esta última disponga otra cosa»¹⁰⁹.

Problemas en parte análogos se plantean también respecto de las ordenanzas de necesidad, que tienen rango de fuente secundaria y que están previstas por numerosas leyes reguladoras de la actividad de la Administración Pública¹¹⁰.

E) *Relaciones entre ordenamientos*

28. *La pluralidad de los ordenamientos jurídicos*

Fuera de los casos de remisión a específicos actos normativos o a fuentes concretas, muchos complicados problemas derivan de las relaciones que se instauran entre el ordenamiento del Estado italiano y otros ordenamientos jurídicos. En particular, es necesario tener presente las relaciones entre el ordenamiento interno y el ordenamiento de la Comunidad internacional, las relaciones entre el ordenamiento italiano y los de los otros estados, las relaciones entre el ordenamiento de nuestro país y el de la Comunidad Económica Europea y las relaciones entre el ordenamiento estatal y los de los entes, comunidades o asociaciones que operan en el interior del Estado (pero no necesariamente sólo dentro de él).

Este tipo de problemas, que en la época contemporánea han alcanzado un importante y constantemente creciente desarrollo, han de ser analizados a la luz de la doctrina de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos a la que la escuela italiana del derecho público ha dado contribuciones fundamentales¹¹¹.

29. *Relaciones entre el ordenamiento interno y el ordenamiento de la Comunidad internacional*

Por lo que se refiere a las relaciones entre el ordenamiento interno y el ordenamiento de la Comunidad internacional, el artículo 10, párrafo 1.º, de la Constitución, ya anteriormente recordado, adopta el mecanismo de la adaptación automática del primero al segundo, aunque limitadamente al «derecho internacional general», o sea, a las

¹⁰⁹ Respecto de los decretos-leyes se ha eliminado también el registro por parte de la Corte de cuentas (artículo 16 de la Ley de 23 de agosto de 1988, n. 400).

¹¹⁰ Cfr. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., pp. 316 y ss.

¹¹¹ Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Florencia, 1951, p. 106.

costumbres internacionales, y esto conlleva que estas últimas tengan en Italia una eficacia normativa igual a la de las normas constitucionales.

Muy debatido es el problema de los eventuales contrastes entre las normas constitucionales de origen interno y las normas internacionales. Su solución más correcta parece ser la que se funda sobre el carácter permanente de la adaptación para deducir la preferencia de las normas internacionales en cuanto necesariamente posteriores respecto a las internas y, por tanto, capaces de derogarlas en virtud del criterio temporal de resolución de las antinomias.

El mecanismo de la adaptación automática no rige, en cambio, para el «derecho internacional particular», o sea, para los tratados a los que Italia se haya adherido, para los cuales es preciso dictar, caso por caso, una norma de adaptación que generalmente asume, como ya se ha visto, la estructura de una disposición de remisión.

30. *Relaciones entre el ordenamiento italiano y los ordenamientos de los otros estados*

El problema de las relaciones entre el derecho italiano y el de los otros estados surge en todos los casos en los que se contemplen relaciones jurídicas caracterizadas por un elemento externo conforme a la previsión de las disposiciones internas específicamente dictadas al efecto (las cuales forman el denominado «derecho internacional privado»).

En tales disposiciones es posible encontrar un «criterio de conexión» en virtud del cual el juez italiano al que se le haya sometido la relación puede establecer si ésta debe ser regulada por el derecho italiano o bien por el derecho de otro estado.

El funcionamiento de las normas del derecho internacional privado no comporta, por lo demás, la nacionalización de la fuente propia del ordenamiento extranjero, sino, solamente, el reenvío a las específicas normas extranjeras que, en concreto, resulten aplicables al presupuesto de hecho en cuestión. Hay que notar también que la remisión al derecho extranjero en virtud de las reglas del derecho internacional privado encuentra un límite general en las normas de «orden público» (art. 31 de las disposiciones preliminares del Código Civil), entre las que, en principio, hay que considerar incluidos los principios constitucionales.

31. *Relaciones entre el ordenamiento italiano y el ordenamiento de la Comunidad Económica Europea*

El problema de las relaciones entre el ordenamiento italiano y el ordenamiento comunitario presenta caracteres que lo diferencian de

los casos normales de recepción del derecho internacional particular, sobre todo por el hecho que los tratados institutivos de la Comunidad Económica Europea prevén un sistema de fuentes del derecho (comunitario) destinado a asumir eficacia normativa incluso en el ámbito de los estados miembros de la Comunidad, con independencia de cualquier medida de recepción.

Esta disciplina ha dado lugar a un largo debate doctrinal y jurisprudencial a cuya conclusión ha prevalecido la tendencia a considerar que las normas comunitarias gozan, en el derecho italiano, de una tutela constitucional, en virtud del artículo 11 de la Constitución, que les pone al resguardo de la eficacia modificativa o derogatoria de eventuales fuentes internas, incluso posteriores¹¹², y a excluir que dichas fuentes hayan sido recibidas indirectamente en el ordenamiento interno en virtud de la ley que ha dado ejecución a los tratados institutivos de la Comunidad.

De aquí se desprende que, por lo que concierne al sistema de fuentes, las disposiciones de tal ley han asumido, respecto del derecho comunitario, una función semejante a la que las reglas del derecho internacional privado llevan a cabo en relación con el derecho de los estados extranjeros y que consiste, precisamente, en hacer directamente aplicable la norma no nacional (sin necesidad, en el caso del derecho comunitario, de afrontar el problema bajo la forma de la cuestión de constitucionalidad por violación del artículo 11 de la Constitución)¹¹³.

Consiguientemente, las normas del derecho comunitario no pueden ser incluidas en el catálogo de las fuentes del derecho italiano. La jurisprudencia, sin embargo, ha salvado la posibilidad de que un eventual contraste entre el derecho comunitario y los principios supremos de la Constitución material vigente en Italia lleve a un rechazo de la aplicación del primero (según una técnica semejante a la que permite excluir la aplicabilidad de las normas extranjeras contrarias a las normas internas de orden público)¹¹⁴.

Una disciplina más precisa de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno está prevista por el proyecto de ley número 835/X legislatura/Senado, aprobado por este ramo del Parlamento, el cual establece, entre otras cosas, que el Parlamento aprobará anualmente una «ley comunitaria» para adaptar la legislación a

¹¹² Corte constitucional, sentencia de 27 de diciembre de 1973, n. 183, en *Foro Italiano*, 1974, I, 314.

¹¹³ Corte constitucional, sentencia de 8 de junio de 1984, n. 170; *id.*, 1984, I, p. 2062. La posterior sentencia de 23 de abril de 1985, *id.*, 1985, I, p. 1600, ha precisado que deben ser considerados parte del derecho comunitario, en este sentido, también los principios interpretativos establecidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

¹¹⁴ Corte constitucional, sentencia de 8 de junio de 1984, n. 170, *cit.* Sobre el argumento, *cfr.*, últimamente, también para ulteriores referencias, G. DEMURO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di applicazione dei regolamenti comunitari*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1987, I, pp. 2366 y ss.

los reglamentos y a las directivas comunitarias mediante delegaciones legislativas al Gobierno o, también, mediante reglamentos dictados previa deslegalización de las materias, según el esquema previsto por el artículo 17, párrafo 2.º, de la ley de 23 de agosto de 1988, número 400.

32. *Relaciones entre el ordenamiento estatal
y los ordenamientos de los entes,
comunidades o asociaciones que actúan en su interior*

A problemas aún más complejos y numerosos dan lugar las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos de los entes, comunidades y asociaciones que operan en el interior del Estado italiano (si bien no necesariamente sólo dentro de él). En virtud del principio de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos más arriba recordado, tales ordenamientos tienen su propia individualidad que permite distinguirlos del ordenamiento del Estado, si bien, en muchos casos, se produce una situación de simbiosis que hace que dichos ordenamientos terminen por confundirse, al menos en parte, con el estatal, como sucede, por ejemplo, cuando el estatuto de un ente es adoptado (o aprobado) mediante un acto normativo estatal o bien cuando el ordenamiento estatal recibe automáticamente los actos normativos creados en el ámbito del ordenamiento autónomo (como las leyes y los reglamentos regionales o también los reglamentos de los otros entes públicos).

En las relaciones con los sujetos colectivos privados, el derecho estatal deja generalmente un cierto espacio para una actividad normativa autónoma de éstos que lleva, así, a la emanación de estatutos y otros actos normativos. Ahora bien, la disciplina así adoptada debe combinarse normalmente con la que deriva de las leyes o reglamentos estatales (o de otros entes públicos), los cuales establecen normas-tipo o, en otros casos, imponen límites de diversa naturaleza.

Un problema específico es el del ordenamiento sindical que tradicionalmente encuentra su desarrollo en la emanación de los convenios colectivos que están dotados de una gran importancia en la práctica, si bien su estatuto jurídico sea en buena medida incierto. Decaído el ordenamiento corporativo fascista, inaplicado el artículo 39 de la Constitución y cesada, también, la disciplina transitoria establecida por la ley de 14 de julio de 1959, número 741, la eficacia normativa de los convenios colectivos de «derecho común» se viene apoyando sobre la base de argumentaciones más o menos convincentes. Ahora bien tiende, en cualquier caso, a imponerse cada vez con más claridad la idea de que su fuerza es, al menos como la propia de una fuente *extra ordinem*. Por el contrario, han alcanzado el rango de fuente legal los convenios colectivos para el empleo público en virtud de la ley de 29 de marzo de 1983, número 93.

No siendo posible examinar aquí más detenidamente estos problemas, que encuentran un tratamiento más adecuado en las voces que se refieren a su argumento específico, conviene, finalmente, mencionar la posibilidad de que deriven de actividades normativas privadas formas de producción normativa relevantes para el derecho estatal como aquellas que dan lugar a los reglamentos de empresa, a los reglamentos de comunidades y a otros actos normativos emanados por los propietarios de bienes, por los constructores de máquinas, etcétera, para regular su uso incluso por parte de sujetos que no estén ligados a ellos por precisas relaciones jurídicas. La eficacia normativa de tales regulaciones está demostrada por el hecho de que la violación de las mismas puede constituir, por ejemplo, un factor integrante de la culpa de acuerdo con el artículo 43 del Código Penal¹¹⁵.

F) *A modo de resumen*

33. *El sistema de fuentes del derecho italiano vigente*

Como consecuencia de estas vicisitudes, el sistema de fuentes se nos presenta en la actualidad articulado en cinco niveles de sintéticamente podemos describir así: *a)* el nivel de las fuentes supremas, comprensivo de algunos de los principios establecidos por la Constitución, identificables por medio de criterios indicados, por lo demás de manera únicamente genérica, por la doctrina y por la jurisprudencia; *b)* el nivel de las fuentes constitucionales, que comprende la Constitución, las leyes constitucionales y de revisión (incluidos los estatutos regionales especiales) y las normas del derecho internacional general; *c)* el nivel de las fuentes primarias, que comprende las leyes estatales, regionales y provinciales (incluidos los estatutos de las regiones ordinarias)¹¹⁶, los decretos-leyes, los decretos legislativos delegados, las normas de actuación de los estatutos regionales especiales, los referéndum abrogativos y los reglamentos internos de los órganos constitucionales; *d)* el nivel de las fuentes secundarias, que comprende los reglamentos y las ordenanzas estatales, regionales y de otros entes públicos (y otros varios tipos de actos normativos asimilables a ellos) y los acuerdos sindicales para el empleo público; *e)* el nivel de las fuentes terciarias, que comprende las costumbres *praeter legem* y los actos normativos emanados en el ámbito de la autonomía privada¹¹⁷.

¹¹⁵ Para otros rasgos a partir de los cuales puede vislumbrarse una función normativa de la autonomía privada, cfr. E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia negoziale nel diritto pubblico* (1966), en *Diritto e Processo*, Padua, 1978, pp. 205 y ss., especialmente 217 y ss.

¹¹⁶ Los estatutos regionales asumen, sin embargo, un rango superior al de las leyes regionales en el ámbito del ordenamiento jurídico de la región. Cfr. Corte constitucional, sentencia de 30 de enero de 1980, n. 10, en *Foro Italiano*, 1980, I, p. 597.

¹¹⁷ Se prescinde aquí de algunas particularidades que afectan a las fuentes en

Es preciso añadir que las fuentes y los actos normativos concretos o las disposiciones específicas o las normas operantes en virtud de disposiciones de reenvío deben ser encuadradas en el nivel propio de la disposición reenviante y que las decisiones de anulación de los actos normativos pronunciadas por los jueces constitucionales o administrativos deben ser encuadradas en el nivel propio de las disposiciones o normas anuladas¹¹⁸.

(Traducción: Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.)

materia de navegación marítima interna y aérea, para las cuales el artículo 1 del Código de la Navegación establece una jerarquía parcialmente diferente de la que es válida con carácter general.

¹¹⁸ Sobre los proyectos de reforma que podrían repercutir sobre el sistema de fuentes del derecho actualmente en vigor, cfr. B. CARAVITA y M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti. Note e materiali*, en *Politica del Diritto*, 1986, pp. 263 y ss., así como G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, id., 1987, pp. 149 y ss.

BIBLIOGRAFIA

- DICEY, Anthony Venn: *An Introduction to the Study of the Constitution* (1885), 10.^a ed., Londres, 1967.
- SAREDO, Giuseppe: *Trattato delle leggi nei loro conflitti di tempo e della loro applicazione*, Florencia, 1886.
- JELLINEK, Georg: *Gesetz und Verordnung*, Friburgo de Brisgovia, 1887.
- GABBA, Carlo Francesco: *Teoria della retroattività delle leggi*, Turín, 3.^a ed., 1891-99.
- ZITELMANN, Ernst: *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903.
- DONATI, Donato: *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910.
- ROMANO, Santi: *L'ordinamento giuridico* (1918), 2.^a ed., Florencia, 1951.
- ALLEN, Carleton Kemp: *Law in the Making* (1927), 7.^a ed., Oxford, 1964.
- ASCOLI, Max: *L'interpretazione della legge*, Roma, 1928.
- CESARINI-SFORZA, Widar: *Il diritto dei privati* (1929), Milán, 1963.
- ROSS, Alf: *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig, 1929.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond: *La loi, expression de la volonté générale*, París, 1931.
- ESPOSITO, Carlo: *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi ed il controllo giurisdizionale*, Padua, 1934.
- LE FUR, Louis, y otros: *Le problème des sources du droit positif*, París, 1934.
- KELSEN, Hans: *La dottrina pura del diritto*, trad. it. de R. TREVES de la edición de 1934, Turín, 1952.
- GIANNINI, Massimo Severo: *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milán, 1939.
- GORLA, Gino: *L'interpretazione del diritto*, Milán, 1941.
- MORTATI, Costantino: *Valore giuridico delle disposizioni generali sulle fonti del diritto nel nuovo codice civile* (1947), en *Raccolta di Scritti*, Milán, 1972, II, 689.
- ROMANO, Santi: *Principi di diritto costituzionale generale*, Milán, 1947.
- SACCO, Rodolfo: *Il concetto di interpretazione nell diritto*, Turín, 1947.
- GRAY, John Chipman: *The Nature and Sources of the law*, Nueva York, 2.^a ed., 1948.
- BETTI, Emilio: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milán, 1949.
- PERGOLESÌ, Ferruccio: *Sistema delle fonti normative* (1949), Milán, 1973.
- PIERANDREI, Franco: *L'interpretazione della Costituzione*, en *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi* (1952), reproducido en *Scritti di diritto costituzionale*, Turín, 1965, I, 141.
- GALEOTTI, Serio: *Contributo allo studio del procedimento legislativo*, Milán, 1957.
- BOBBIO, Norberto: *Teoria della norma giuridica*, Turín, 1958.
- PALADIN, Livio: *La potestà legislativa regionale*, Padua, 1958.
- BOBBIO, Norberto: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960.
- CRISAFULLI, Vezio: *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, 775.
- KELSEN, Hans: *La dottrina pura del diritto*, trad. it. de G. LOSANO de la edición de 1960, Turín, 1966.
- SANDULLI, Aldo M.: *Fonti del diritto*, en *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Turín, 1961, 524.
- LA PÉRGOLA, Antonio: *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milán, 1961.
- BASSI, Franco: *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milán, 1963.
- SANDULLI, Aldo M.: *Legge (dir. cost.)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Turín, 1963.
- CRISAFULLI, Vezio: *Disposizione (e norma)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milán, 1964, 195.
- GAETA, Dante: *Le fonti del diritto della navigazione*, Milán, 1965.
- SANTORO PASSARELLI, Francesco: *Preleggi*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Turín, 1966, 624.

- SPAGNA MUSSO, Enrico: *Costituzione rigida e fonti atipiche*, Nápoles, 1966.
- LOMBARDI VALLAURI, Luigi: *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1967.
- ONIDA, Valerio: *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milán, 1967.
- BARBERA, Augusto: *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milán, 1968.
- CRISAFULLI, Vezio: *Fonti del diritto (dir. cost.)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Milán, 1968, 925.
- MORTATI, Costantino: *Le leggi provvedimento*, Milán 1968.
- MODUGNO, Franco: *L'invalidità della legge*, Milán, 1970.
- QUADRI, Rolando: *Le disposizioni preliminari dei codici civili*, en *St. Santoro Passarelli*, Nápoles, 1972, VI, 505.
- PATRONO, Mario: *Legge (vicende della)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, Milán, 1973.
- QUADRI, Rolando: *Applicazione della legge in generale*, en *Commento al Codice Civile diretto da Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1974.
- TARELLO, Giovanni: *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974.
- BONELL, Michael J.: *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milán, 1976.
- MARTINES, Temistocle: *Note sui procedimenti di formazione delle fonti del diritto*, en *Studi in onore di Costantino Mortati*, II, Milán, 1977, 321.
- PIZZORUSSO, Alessandro: *Fonti del diritto*, en *Commento al Codice Civile diretto da Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1977.
- RUGGERI, Antonio: *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milán, 1977.
- IRTI, Natalino: *Letà della decodificazione*, Milán, 1979.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES: *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, 1979.
- PALADIN, Livio; GIARDINA, Andrea; ZAGREBELSKY, Gustavo; CASSESE, Antonio; BARTOLE, Sergio, y PACE, Alessandro: *La formazione delle leggi*, tomo II, en Giuseppe BRANCA (ed.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979.
- TARELLO, Giovanni: *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980.
- BATIFFOL, Henri, ed altri: *Sources du droit*, vol. 27 de los *Archives de Philosophie du Droit*, París, 1982.
- KOURILSKY, Chantal; RACZ, Atila, y SCHAFFER, Heinz (eds.): *The Sources of Law. A Comparative Empirical Study. National Systems of Sources of Law*, Budapest, 1982.
- READ, Horace E.; MacDONALD, John W.; FORDHAM, Jefferson B., y PIERCE, William J.: *Materials on Legislation*, 4.ª ed., Mincola, 1982.
- SCHNEIDER, Hans: *Gesetzgebung*, Heidelberg, 1982.
- GIULIANI, Alessandro: *L'applicazione della legge*, Rimini, 1983.
- FERRERI, Silvia: *Le fonti normative di produzione non nazionale*, Turín, 1984.
- DAVID, René: *Sources of Law*, en *International Encyclopaedia of Comparative Law*, 1984.
- CRISAFULLI, Vezio: *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 5.ª ed., Padua, 1984.
- PATRONO, Mario: *Procedimiento legislativo*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Apéndice V, Turín, 1984, 1343.
- ZAGREBELSKY, Gustavo: *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Turín, 1984.
- AJANI, Gianmaria: *Le fonti non scritte nel diritto dei paesi socialisti*, Milán, 1985.
- CERVATI, Angelo Antonio, y GROTANELLI DE SANTI, Giovanni: *La formazione delle leggi*, tomo I, 1, en Giuseppe BRANCA (ed.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1985.
- MADER, Luzius: *L'évaluation législative*, Lausana, 1985.
- SORRENTINO, Federico: *Le fonti del diritto*, Génova, 1985.
- AINIS, Michele: *L'entrata in vigore delle leggi*, Padua, 1986.
- CARAVITA, Beniamino, y LUCIANI, Massimo: *La ridefinizione del sistema delle fonti. Note e materiali*, en *Politica del diritto*, 1986, 263.
- FLORIDIA, Giuseppe: *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milán, 1986.
- DE OTTO, Ignacio: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987.
- GUASTINI, Riccardo: *Produzione e applicazione del diritto*, Turín, 1987.

- LUZZATI, Claudio (ed.): *L'abrogazione delle leggi*, Milán, 1987.
- GIULIANI, Alessandro, y PICARDI, Nicola (eds.): *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, Nápoles, 1988.
- INSTITUT FRANÇAIS DES SCIENCES ADMINISTRATIVES: *Les dérèglementations. Etude comparative*, París, 1988.
- PALICI DI SUNI, Elisabetta: *La regola e l'eccezione*, Milán, 1988.
- PIZZORUSSO, Alessandro (ed.): *Law in the Making. A Comparative Survey*, Heidelberg, 1988.
- VIANDIER, Alain: *Recherche de légistique comparée*, Heidelberg, 1988.

LEGISLACION

- Constitución, arts. 7, 8, 10, 11, 39, 64, 70-81, 116, 117, 123, 127, 132, 136, 138, 139.
- Código Civil, disposiciones preliminares, arts. 1-31.
- Código Penal, arts. 2, 3, 5, 15.
- Código de la Navegación, art. 1.
- Ley de 31 de enero de 1926, n. 100, sobre la facultad del poder ejecutivo de dictar normas jurídicas.
- Real Decreto de 20 de febrero de 1941, n. 303, Código penal militar de guerra, arts. 17-20.
- Decreto-ley del Jefe Provisional del Estado de 27 de enero de 1947, n. 152, de nuevas normas para la reunión de los usos generales del comercio.
- Ley de 13 de marzo de 1950, n. 152, modificativa del Decreto-ley del Jefe Provisional del Estado de 27 de enero de 1947, n. 152, concerniente a las nuevas normas para la reunión de los usos generales del comercio.
- Ley de 10 de febrero de 1953, n. 62, sobre constitución y funcionamiento de los órganos regionales, arts. 6, 8-13.
- Ley de 11 de marzo de 1953, n. 87, de normas sobre la constitución y el funcionamiento de la Corte constitucional, arts. 14 y 30.
- Ley de 14 de julio de 1959, n. 741, de normas transitorias para garantizar los mínimos de tratamiento económico y normativo, arts. 1-7.
- Ley de 16 de mayo de 1970, n. 281, de medidas financieras para la actuación de las regiones de estatuto ordinario, art. 17.
- Ley de 25 de mayo de 1970, n. 352, de normas sobre los *referenda* previstos por la Constitución y sobre la iniciativa legislativa del pueblo.
- Ley de 29 de marzo de 1983, n. 93, ley marco sobre el empleo público, arts. 1-11.
- Decreto del Presidente de la República de 28 de diciembre de 1985, n. 1092, de aprobación del texto único de las disposiciones sobre promulgación de las leyes, sobre emanación de los decretos del Presidente de la República y sobre las publicaciones oficiales de la República italiana.
- Decreto del Presidente de la República de 14 de marzo de 1986, n. 217, de aprobación del reglamento de ejecución del texto único de las disposiciones sobre promulgación de las leyes, sobre la emanación de los decretos del Presidente de la República y sobre las publicaciones oficiales de la República italiana.
- Ley de 23 de agosto de 1988, n. 400, de disciplina de la actividad de gobierno y del ordenamiento de la presidencia del Consejo de Ministros.

