

Capítulo III FUENTES DEL CIVIL LAW

1.	La gran codificación europea	104
2.	Recepción y circulación de los modelos continentales	108
3.	La crisis de la ley en el Estado social... ..	112
4.	Rigidez de las constituciones y complicación de los ordenamientos jurídicos... ..	114
5.	La Constitución como meta-fuente y las fuentes del Derecho en los principales ordenamientos contemporáneos	119
6.	La reserva de ley	122
7.	Leyes-medida y leyes formales	124
8.	El procedimiento de formación de la ley	125
9.	Leyes reforzadas o atípicas	136
10.	Leyes orgánicas	140
11.	Actos con fuerza de ley del Ejecutivo... ..	142
12.	<i>Sigue.</i> La legislación delegada	143
13.	<i>Sigue.</i> Decretos y ordenanzas de necesidad	145
14.	Las fuentes de los entes territoriales periféricos. Constituciones y Estatutos	148
15.	<i>Sigue.</i> La distribución de competencias	149
16.	Fuentes comunitarias y ordenamientos internos	151
17.	La “fuerza” de los actos comunitarios. El papel de los entes periféricos	152
18.	Los reglamentos... ..	155
19.	Fuentes-acto residuales: reglamentos parlamentarios, sentencias constitucionales y referéndum abrogatorio... ..	159

CAPÍTULO III

FUENTES DEL CIVIL LAW

SUMARIO: 1. La gran codificación europea. 2. Recepción y circulación de los modelos continentales. 3. La crisis de la ley en el Estado social. 4. Rigidez de las constituciones y complicación de los ordenamientos jurídicos. 5. La Constitución como meta-fuente y las fuentes del Derecho en los principales ordenamientos contemporáneos. 6. La reserva de ley. 7. Leyes-medida y leyes formales. 8. El procedimiento de formación de la ley. 9. Leyes reforzadas o atípicas. 10. Leyes orgánicas. 11. Actos con fuerza de ley del Ejecutivo. 12. *Sigue.* La legislación delegada. 13. *Sigue.* Decretos y ordenanzas de necesidad. 14. Las fuentes de los entes territoriales periféricos. Constituciones y estatutos. 15. *Sigue.* La distribución de competencias. 16. Fuentes comunitarias y ordenamientos internos. 17. La “fuerza” de los actos comunitarios. El papel de los entes periféricos. 18. Los reglamentos. 19. Fuentes-acto residuales: reglamentos parlamentarios, sentencias constitucionales y referéndum abrogatorio.

1. La gran codificación europea

Como ya se ha señalado en el capítulo I (que versa sobre la naturaleza de la consolidación de los preceptos religiosos o de los mandatos de la costumbre), las diferentes codificaciones realizadas desde la primera mitad del siglo XVIII en adelante, se diferenciaban de los códigos elaborados a partir de las ideas del Derecho natural racionalista, de la Ilustración y del Derecho positivo⁽⁸⁹⁾, no tanto en el origen de la fuente (pública en ambos casos), ni en el valor (oficial) o en el carácter innovador de la misma, ni tan siquiera en su estilo o forma de desarrollo, sino en el hecho de que tales recopilaciones presuponen la supervivencia de los derechos particulares y del *jus comune*. Tanto en los Estados latinos como en los

(89) Una exposición de las más importantes consolidaciones y codificaciones del Derecho romano al contemporáneo en el mundo occidental, se encuentra en Viora, M.E.: *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, 1967. Véase en general, Piano Mortari, V.: *Codice (storia)*, en *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960; así como Tarello, G.: *Codice (Teoria generale)*, en *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; y Sacco, R.: *Codice (diritto comparato e straniero)*, en *idem*.

En relación con las investigaciones de textos jurídicos de la Antigüedad, se puede consultar la *Rev. int. des droits de l'antiquité* (*ivi*, 1935, en particular Volterra, E.: *Les rapports entre le droit roman et les droits de l'Orient*, del cual puede verse también *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937); Gaudamet, J.: *L'autorité de la loi et de la coutume dans l'antiquité*, en *Rapports Généraux au V^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1960.

Para el Derecho romano, véanse las referencias bibliográficas de cualquier manual italiano y extranjero. De modo especial, señalamos los trabajos dedicados al mundo clásico y al mundo medieval, que preceden a cualquier ensayo relativo a la tradición italiana del Derecho común en el siglo XIX, en AA.VV.: *Filosofia e scienza della legislazione*, tomo I de *L'educazione giuridica*, 3 vols., Napoli, 1988; que pueden completarse con Vanderlinden, J.: *Le concept de Code en Europe occidentale du XIII^e siècle au XIX^e siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1968; así como con la amplia bibliografía recopilada por Cavanua, A.: *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, reimpr., Milano, 1994.

alemanes, por otra parte, los nuevos códigos han estado condicionados por la herencia del Derecho Romano, hasta tal punto que las codificaciones de los siglos XVIII y XIX pueden considerarse como un producto natural de la tradición del Derecho civil ⁽⁹⁰⁾.

En consecuencia, la ley por antonomasia se refleja en el código: "un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (...) y caracterizado por la unidad de materia, vigente para (...) el Estado entero (...), al cual se encuentran subordinados todos los súbditos y sujetos de la autoridad política estatal, fruto de la voluntad de la autoridad, con carácter público, que deroga todo el Derecho precedente en la entera materia por él disciplinada y está destinado a permanecer durante mucho tiempo vigente" ⁽⁹¹⁾.

Las diferentes manifestaciones de la situación política, la sensibilidad de los monarcas, la formación de los juristas, la unidad o la fragmentación de los Estados, la presencia de nuevas doctrinas políticas dejaron huella en las distintas codificaciones ⁽⁹²⁾.

⁽⁹⁰⁾ Así sucede con los códigos elaborados por Federico el Grande de Prusia (ALR, *Allgemeines Landrecht*), los códigos napoleónicos, el Código Civil austriaco (ABGB, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) y después, con el Código alemán de 1900 (BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch*) y el Código Civil suizo de 1907 (ZGB, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*) y las innumerables recepciones que se han producido en estos códigos de forma compartida entre la familia jurídica de los ordenamientos del *civil law* y la del *common law*. Cfr. Watson, A.: *The Making of the Civil law*, Cambridge, 1981.

⁽⁹¹⁾ Cfr. Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

⁽⁹²⁾ Sobre las codificaciones francesas y alemanas, la literatura italiana y extranjera es extensa. Nos limitamos, por lo tanto, a señalar las obras más importantes, entre las cuales sobresalen Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*, I, cit.; ÍD.: *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, en *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978; Corradini, G.: *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971; Bonini, R.: *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, I, Bologna, 1973; Arnaud, A.J.: *Les origines*

Las etapas de la codificación francesa, articuladas en varios proyectos, vieron en concreto una atenuación progresiva de su carácter revolucionario, así como la disolución de su tradición jurídica y de su amplia elaboración jurisprudencial en el *Code Civil* de 1804, con el cual se alcanzó un punto de equilibrio entre la abstracción y la casuística; mientras se estableció definitivamente el nuevo modelo de técnica legislativa. De igual modo, el vínculo con el Derecho Romano es estrecho en el gran *Code de Commerce* de 1807 (cuya redacción recibió la influencia parcial del mismo Napoleón⁽⁹³⁾), tanto en el contenido como en la organización de las distintas materias⁽⁹⁴⁾.

doctrinales du Code civil français, Paris, 1969; Wieacker, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2, neubearbeitete Auflage, Göttingen, 1967, trad. it., *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, Milano, 1980; Viola, F.; Urso, M.: *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, 1989 y Cannata, C.A.; Gambaro, A.: *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Torino, 1989.

Una gran cantidad de información útil aparece en los tres tomos dedicados a *L'educazione giuridica*, cit., y en los tres volúmenes sobre *Reason in Law. Proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984*, Milano, 1987-88 (en especial, en el vol. I, Scarpelli, U.: *La razionalità dei codici*). Véase también *Legislazione. Profili giuridici e politici. Atti dell XVII Congresso naz. della Soc. It. di filosofia giur. e pol.*, Milano, 1992.

A las obras anteriormente indicadas, debe añadirse el volumen de Monateri, P.G.: *Il modello di civil law*, Torino, 1996, que a su vez contiene una amplia bibliografía.

(93) Cfr. Padoa Schioppa, A.: *Saggi di storia del diritto commerciale*, Como, 1984.

(94) En relación con la codificación penal, las innovaciones más importantes se presentaron desde los primeros proyectos en temas relativos a la introducción del jurado de conciencia, el cambio del sistema acusatorio en lugar del inquisitivo, la publicidad de las audiencias, la libertad de defensa y el establecimiento de un nuevo sistema de penas; noveda-

También en la identificación de algunos presupuestos, la codificación alemana presentó características profundamente diferentes. En su vigorosa reacción contra el sistema francés, la Escuela Histórica de Savigny, Puchta, Hugo –que seguía de cerca el Derecho romano, como también los estudiosos del derecho histórico alemán: J. Grimm, Eichhorn, Beseler–, rechazó la idea de un código único (postura defendida por Thibaut) que reuniese el Derecho de los Estados en los que se encontraba repartido el pueblo alemán; al contrario, sostenían que el Derecho podía desarrollarse “orgánicamente” sólo a través de la costumbre, los usos sociales y la ciencia ⁽⁹⁵⁾. No obstante, el positivismo científico de la Escuela Histórica y de la Pandectística debió pagar un tributo al positivismo legislativo, a pesar de la ausencia de una revolución y de la derrota sufrida por el movimiento liberal, promotor de la codificación, en 1848.

Al principio, muchos Estados alemanes se dotaron de códigos penales y proyectaron o adoptaron, o ambas cosas, códigos civiles (Sajonia) y de Derecho procesal civil, que tenían una fuerte influencia francesa; y numerosos Estados de la Confederación asumieron como propio el Código General de Comercio alemán de 1861 ⁽⁹⁶⁾. Pocos años más tarde, el Reich bismarckiano (1870) produce los primeros proyectos de Código Civil, que finalmente constituirían el BGB y que entró en vigor el 1º de enero de 1900.

des que se consagraron en el *Code Penal* y en la *Instruction criminelle* (ambos en vigor desde el 1 de enero de 1811).

(95) La labor exclusiva del jurista, según Savigny, era la de representar la conciencia jurídica popular y sólo el Derecho romano expresaba el ideal de una concepción jurídica “científica” (Wieacker, F.: *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, cit., págs. 11 y sgts.) Fracasada la misión de unificar el Derecho de los pueblos alemanes en un código, la tarea fue asumida por la ciencia del Derecho Civil, denominada *Pandectística*, en referencia a las pandectas justinianeas.

(96) ADHGB: *Allgemeines Deutsche Handelsgesetzbuch*.

Por así decirlo, el continente era el mismo (se trataba de un código tanto en Francia como en Prusia, en Austria o en el Reich alemán); pero el contenido del BGB fue producto de la Pandectística alemana, que repudiaba el Derecho abstracto y racional y defendía la prevalencia del Derecho histórico y nacional⁽⁹⁷⁾; por eso, el Código alemán contaba con una amplia "parte general" que contenía generosas concesiones a las "cláusulas generales" y a la apreciación del juez (cosa inconcebible para el pensamiento francés que, en palabras de Montesquieu, consideraba al juez sólo como la "bouche de la loi").

Frenado el movimiento de la unificación del Derecho y su codificación por la Restauración, el proceso retoma un nuevo impulso en Suiza después de los acontecimientos de 1848. Varios cantones dictan sus propios códigos, tomando como punto de referencia los precedentes modelos franceses y austriaco; mientras la tendencia a la unificación se materializa hacia 1884 en un "Derecho de las obligaciones"⁽⁹⁸⁾. Esta situación alcanzó su más alto resultado en el Código Civil —influenciado por el positivismo y la Pandectística— que, luego de varios ajustes, entró en vigor nueve años más tarde, el 30 de marzo de 1911.

2. Recepción y circulación de los modelos continentales

Las codificaciones francesas, alemanas y suizas se constituyeron en modelos de "dimensión ecuménica" adoptados en todo el mundo. (Curiosamente, no siempre la recepción de los mismos seguía la suerte de la colonización, como lo demuestran las experiencias iberoamericana, africana y del Imperio otomano)⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁷⁾ Sacco, R.: *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

⁽⁹⁸⁾ O.R.: *Obligationrecht*.

⁽⁹⁹⁾ Sobre la recepción de los códigos —a la cual, Sacco, R.: *Introduzione al diritto comparato*, *cit.*, dedica las págs. 225 y sgts.—, el texto fundamental

Casi todos los territorios restaurados, después de la caída de Napoleón, asistieron a repentinas abrogaciones de los códigos de inspiración francesa que habían sido introducidos y a la mo-

pertenece a Zweigert, K.; Kötz, H.: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Grundlagen*, Tübingen, 1984, trad. it.: *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, 1992. Además, se encuentran artículos del más variado tipo en la *Rev. int. dr. comp.*

En el caso particular italiano, además de los manuales de historia del Derecho y los numerosos ensayos específicos sobre la materia, véanse la *Introduzione*, del compilador, y la *Premessa storica*, de R. Bonini, en Rescigno, P. (dir.): *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982. Sobre el Código de Comercio, los escritos recogidos en el mencionado volumen de Padoa Schioppa, A.: *Saggi di storia del diritto commerciale*.

Para el mundo árabe y el Imperio otomano, puede verse Velidedeoglu, H.V.: *Le mouvement de codification dans les pays musulmans. Ses rapports avec les systèmes juridiques occidentaux*, en *Rapports Généraux au V^e Congrès international de droit comparé*, cit.; Castro, F.: *La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei*, en *Riv. dir. civ.*, 1985, I; ÍD.: *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, cit., y *Diritto musulmano*, cit.; Losano, M.G.: *L'ammodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, Milano, 1985 (que recoge algunos ensayos de otros autores sobre el mismo tema).

En relación con América, citamos AA.VV.: *Diritto romano, codificazioni, e unità del sistema giuridico latino-americano*, en *Studi sassaresi*, V, Milano, 1977-78; De Vries, H.P.; Rodríguez-Novas, J.: *The Law of the Americas*, Dobbs Ferry, New York, 1965; Baudoin, L.: *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, 1967; Alvarado Velloso, A.: *Diritto dei Paesi latino-americani*, en *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.

Sobre las codificaciones chinas, Dell'aquila, E.: *Il diritto cinese. Introduzione e principi generali*, Padova, 1981; Sacco, R.: *Cina*, en *Dig. priv.*, II, Torino, 1988; Tsien Tche-Hao: *Le modèle du législateur et la science de la législation en Chine (des origines à nos jours)*, en AA.VV., *L'educazione giuridica*, II, cit.; Cavalieri, R.: *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999.

En cuanto a Japón, véase Losano, M. G.: *Il diritto economico giapponese*, Milano, 1984, págs. 17 y sgts. (e *ivi* una contribución de Chongko Choi sobre *La recezione del diritto occidentale in Corea*).

mentánea recuperación del *jus comune*. Pero su manifiesta insuficiencia, la difusión de la cultura de la Ilustración, las exigencias de unificación del Derecho y las presiones de los movimientos liberales indujeron a algunos príncipes elaborar nuevas codificaciones (cuando no se limitaron simplemente a conservar el *Code civil*). Lejos de agotar su influencia en los países que habían sido objeto de la conquista napoleónica (como Suiza, Italia, los Países Bajos y Bélgica), los códigos de corte francés fueron exportados a otras regiones de Europa y del mundo.

Inmunes a la influencia del *common law*, todos los Estados iberoamericanos que apenas habían alcanzado la independencia en el curso del siglo XIX, consideraron indispensable dotarse de códigos a lo largo de esa centuria y superar el Derecho basado en las *Leyes de Indias* y las llamadas *Siete Partidas* (América española) o las *Ordenações Filipinas* (Brasil). En el mismo sentido, el proceso de codificación se inspiró en el modelo francés en lugar de acudir a los sistemas de España o Portugal, que, por una parte, recordaba a las antiguas potencias coloniales y, por la otra, porque ni España ni Portugal tuvieron códigos civiles hasta 1889 y 1867 respectivamente, cuando se dejaron influenciar por el prototipo de Código napoleónico ⁽¹⁰⁰⁾. Entre tanto, otras experiencias

Por último, para los países socialistas, señalamos Sacco, R.: *Il sustrato romanistico del diritto civile nei paesi socialisti*, en *Riv. dir. civ.*, 1969, I.

⁽¹⁰⁰⁾ Aparte de la original experiencia del denominado *Code Henry* haitiano de 1812, los códigos adoptados hasta la mitad del siglo eran poco menos que traducciones del *Code Civil* (como es el caso del de Haití de 1825, de Bolivia de 1845 y de Santo Domingo, este último aprobado en el mismo período). Después de la aprobación del Código de Brasil en 1916 y del mexicano de 1928, se pone fin a una época de codificación en América Latina. Los códigos chileno y argentino son considerados los ejemplos más representativos de los esfuerzos de adaptar la experiencia europea a la tradición jurídica iberoamericana. Cfr. De Vries, H.P.; Rodríguez-Novas, J.: *The Law of the Americas*, cit.

codificadoras testimoniaron la tentativa de implantar en el *corpus* jurídico de los nacientes Estados de ultramar, institutos propios del Derecho indígena ⁽¹⁰¹⁾.

Después de una experiencia de medio siglo, también se inspiraron en el modelo francés en el norte del continente americano los códigos de Louisiana, Québec e incluso California y Dakota. A su vez, después de su descolonización, lo hicieron las ex-colonias francesas, así como las ex-colonias italianas (Somalia y Etiopía.)

En los territorios musulmanes, la implantación y desarrollo de los códigos franceses no fue tan simple como en América Latina, por el abismo que separaba –y continúa separando– las concepciones filosóficas, culturales, religiosas, y las condiciones políticas, económicas y sociales de Occidente con el mundo y con el Derecho islámico: era inevitable que un Derecho rígido manifestara una profunda crisis de rechazo ante las instancias de renovación que, a la par, eran cada vez más perseguidas.

En el Imperio Otomano –donde la Ley de las Capitulaciones, que aseguraba la aplicación del Derecho occidental a los europeos, había favorecido una familiarización parcial de los distintos sistemas jurídicos–, la influencia francesa se traduce en el Código de Comercio de 1850 y en el Código Penal de 1858. De la misma manera, en el curso del siglo XIX, adoptaron códigos Túnez, Argelia y Egipto.

También debe prestarse atención a la circulación de los códigos alemanes y, en especial, a la del BGB. Ellos no fueron nunca objeto de una recepción comparable al francés, pero su influencia fue notable en Japón y China (Código de 1929); en Brasil y el

⁽¹⁰¹⁾ El Código Civil chileno de 1855 redactado por el genial Andrés Bello, gozó de un éxito particular: fué adoptado en Ecuador, Colombia y Venezuela, y tanto Vélez Sarsfield, autor del Código Civil argentino de 1869, como Teixeira de Freitas, a quien se debe el Proyecto de Código de Brasil de 1864, lo tuvieron en cuenta.

Perú; y en Hungría, Yugoslavia, Checoslovaquia y Grecia. A su vez, el Código Civil suizo no sólo representó una piedra fundamental de la modernización turca (iniciada por Mustafá Kemal en 1927), sino que logró influenciar a varios países de la Europa oriental (URSS, Código Civil de 1923; Checoslovaquia, Hungría o Polonia), de América del Sur (en especial, en el Código Civil del Perú) y de Asia (la antigua Siam o China).

A pesar de las numerosas crisis de rechazo que la codificación sufrió en Europa (en especial, en los países germánicos) y después, en ordenamientos que se constituyeron como independientes (donde la rigidez del Derecho consuetudinario, jurisprudencial y religioso impedía su aplicación), el modelo afianzó sus raíces y siempre acompañó otro gran movimiento que es fiel reflejo suyo: el de la formalización de las constituciones.

El reconocimiento mismo de la existencia de derechos naturales no podía menos que materializarse en su afirmación "positiva" y en la enunciación de reglas que garantizaran su ejercicio: la misma fuente (la ley) venía llamada a diseñar en lo fundamental el Derecho Civil y, al mismo tiempo —llamándose de manera diversa con el nombre de Constitución—, a delimitar el poder del monarca, a reestructurar el Estado, a establecer los límites de la Administración pública. El Derecho Constitucional, en resúmenes, nace como un derecho formalmente legislativo.

3. La crisis de la ley en el Estado social

El acuerdo existente entre el código y la sociedad ⁽¹⁰²⁾ se resquebrajó en cuanto el programa liberal recopilado en sus nor-

(102) Las consideraciones expresadas por Klein, F., en la obra: *Die lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs*, I, Wien, 1911, son recordadas por Liberati, G., en la bella *Introduzione* a la edición italiana de Wieacker, F.: *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M., 1974, trad. it.: *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983.

mas, se mostró insuficiente para enfrentarse a la nueva misión que el Estado se proponía en el campo social. La crítica a los códigos provenía bien de las corrientes políticas que reputaban inadecuada la introducción en sus textos de "contenidos sociales", bien por parte de la Iglesia, la doctrina o la jurisprudencia; o bien sea de los que, con la *Freirechtschule* o Escuela del Derecho Libre, reivindicaban un papel creativo para la jurisprudencia (en el sentido de que era la única llamada a interpretar los códigos), que no podía corresponderle. Sin embargo, fue el mismo legislador quien propinó el golpe decisivo al modelo de codificación auspiciado por el Estado liberal ⁽¹⁰³⁾.

A finales del siglo XIX y, sobre todo, después de la Primera Guerra Mundial, la legislación laboral, comercial, de seguros y asistencial, entre otras, vienen a consolidarse y a superar los códigos; formando un cuerpo de *leyes especiales*, con las que los Parlamentos pretenden satisfacer las necesidades de nuevas clases y grupos particulares ⁽¹⁰⁴⁾. Tales leyes especiales no se caracterizan sólo por su contenido, sino que además la técnica legislativa viene adulterada y la formulación de sus enunciados no presenta la transparencia de los códigos ⁽¹⁰⁵⁾; a la ley le faltan los requisitos

⁽¹⁰³⁾ Wieacker, F. *op. ult. cit.* Sobre el estudio del Estado social, enmarcado en la lectura de Forsthoff, F.: *Rechtsstaat im wandel*, Stüttgart, 1964, con específico énfasis a la crisis de la ley, véase López De Oñate, F.: *La certezza del diritto*, Roma, 1942, Milano, 1968; Irti, N.: *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; Porras Nadales, A.: *Introducción a una teoría del Estado Post-social*, Barcelona, 1988; Wieacker, F.: *op. ult. cit.* En particular, sobre *Le leggi provvedimento* y *Le leggi speciali*, se sugieren los volúmenes de Mortati, C. (Milano, 1968), y de Italia, V. (Milano, 1983); ver también Paladin, L., *La legge come norma e come provvedimento*, en *Giur. cost.*, 1969.

⁽¹⁰⁴⁾ En tal sentido, Irti, *L'età della decodificazione*, cit.

⁽¹⁰⁵⁾ Sobre la técnica de redacción de los actos normativos en varios ordenamientos, ya sean de *common law* o de *civil law*, véase Dale, W.: *Legislative Drafting: A New Approach*, London, 1977; Viandier, A.:

de generalidad y abstracción; y la naturaleza procesal que asume influye de manera directa e inmediata en la administración y en la jurisdicción⁽¹⁰⁶⁾; se hace más complicado el trabajo de los operadores jurídicos y de los mismos aparatos de ejecución; se exige de la actividad de los magistrados que supla los vacíos de la ley e interprete las disposiciones que no logren acoplarse en el sistema general de fuentes.

4. Rigidez de las constituciones y complicación de los ordenamientos jurídicos

Las constituciones decimonónicas, predispuestas para dar protección rigurosa a la autonomía de los individuos, no supieron resistir la participación en el poder de todas las clases sociales presentes ya desde el final de la Gran Guerra, a través de la cual se hizo posible la enunciación exhaustiva de los llamados *derechos sociales* junto con los tradicionales derechos políticos y de libertad.

Recherche de légistique comparée, Berlin, Heidelberg, 1988; el fascículo sobre *La tecnica legislativa: un artigianato da valorizzare*, en *Foro it.*, 1985, V.: Pizzorusso, A.: *Il "Renton Report" e le prospettive di evoluzione del sistema giuridico inglese*, en AA.VV.: *L'educazione giuridica*, cit., III, *La discussione contemporanea*; Bartole, S. (comp.): *La tecnica legislativa*, Padova, 1988; Pagano, R. (al cuidado de.): *Normative europee sulla tecnica legislativa*, Roma, 1988; Pattaro, E.; Zanotti, F. (al cuidado de.): *Applicazione e tecnica legislativa. Atti del Convegno, Bologna, 9-10 maggio 1997*, Milano, 1998; Ainis, M.: *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, 1997; Costanzo, P. (al cuidado de.): *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Napoli, 1999. En concreto acerca de Italia, consúltense los fascículos 2-3/1985 de *Le Regioni* y 2-3/1989 de *Reg. e gov. loc.*; la relación de la llamada Comisión Barettoni Arleri, publicada con el título *Fattibilità e applicabilità della legge*, Rimini, 1983; las actas del Congreso de Trieste del 28-29 de octubre 1988 sobre *Scienza e tecnica della legislazione*, Trieste, 1992; Bettini, R.: *Il circolo vizioso legislativo*, Milano, 1983.

⁽¹⁰⁶⁾ Paladin, L.: *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

De otra parte, en el segundo período de postguerra, las diferencias entre la sociedad, el sistema económico, la nueva forma de Estado y la implementación de un nuevo sistema de fuentes ligado a la ideología del siglo XIX, fueron configurándose, a pesar del esfuerzo de la doctrina jurídica continental por afirmar la unidad sustancial del concepto de ley⁽¹⁰⁷⁾. Frente a tal problemática, la mayoría de las constituciones recientes ha respondido a los estímulos de los diversos sectores de la sociedad y a la satisfacción de las demandas particulares, conectando la diversidad sustancial de la ley con diferentes subtipos, en los que se pueden calificar tales diferencias en razón, por ejemplo, del procedimiento seguido para la adopción de un determinado asunto o por las materias de las cuales se ocupa.

El sistema de fuentes se enriquece, por tanto, con una multiplicidad de actos que no son leyes "ordinarias", a pesar de estar provistas de fuerza para resistir la derogación legislativa (la llamada fuerza pasiva de la ley). La palabra "ley" viene utilizada también para designar algunos actos emanados por entes políticos autónomos (leyes de las Comunidades Autónomas españolas; leyes de las Regiones italianas; leyes de los *Länder* austriacos y alemanes). El *criterio* de jerarquía que las constituciones flexibles resaltaban claramente en el diseño de una escalera compuesta por tres niveles (la ley, el reglamento, los usos sociales) se revela incapaz de resolver las antinomias entre las distintas fuentes. En su lugar, se abre camino y asume una importancia creciente el *criterio* de competencia. Así las cosas, la segmentación de la ley surge con técnicas diferentes y en diferentes sectores como obra de la Constitución.

Por lo demás, en los ordenamientos del *civil law*, la ley del Parlamento tiene reservada implícitamente una competencia *residual*: con excepción de aquellos ordenamientos descentraliza-

(107) De Otto, I.: *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, cit.

dos que no asignan las competencias enumeradas a los órganos electivos de los Estados miembros, sino que, al contrario, utilizan la técnica opuesta de señalar en la Constitución la lista de las competencias del Estado central, dejando las restantes atribuidas a los entes periféricos.

También representa una excepción la Francia de la Vª República, donde la ley determina la propia competencia en las materias taxativamente señaladas en la Constitución; mientras un *domaine* residual es conferido al reglamento.

Lo que no se encuentra con frecuencia en la actualidad es la atribución a la ley del Parlamento de una competencia general. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la esfera de competencia de la ley, así como la de cualquier otra fuente está constitucionalmente determinada: leyes de los Estados federales o de las Regiones, leyes aprobadas por actos del pueblo (referéndum o plebiscito), reglamentos parlamentarios, reglamentos comunitarios, actos de las cámaras en sesión plenaria. De igual forma y con mayor razón, sucede con las fuentes intermedias entre la Constitución y la ley (denominadas leyes orgánicas en Francia, España, Venezuela, Perú, Rumania, Portugal o Brasil).

Hoy en día —de manera diferente a lo que ocurría hace algún tiempo—, en pro de la unidad de la ley, la “especialidad” de la materia se acompaña a menudo de leyes cuyo contenido está determinado por acuerdos previos (por ejemplo, en asuntos de ratificación de tratados) o condicionado por vínculos anteriores⁽¹⁰⁸⁾ o por opiniones constitucionalmente previstas⁽¹⁰⁹⁾. Sucede con leyes en materia de finanzas, vinculadas a procedimientos parti-

⁽¹⁰⁸⁾ Como las leyes que disciplinan las relaciones del Estado con las confesiones religiosas, a tenor de los artículos 8, inciso tercero, de la Constitución italiana.

⁽¹⁰⁹⁾ Art. 131.2 de la Constitución española.

culares⁽¹¹⁰⁾; con leyes que pueden ser aprobadas solamente por el *plenum* de cada una de las cámaras⁽¹¹¹⁾; con leyes adoptadas por referéndum⁽¹¹²⁾; con leyes que no pueden someterse a referéndum⁽¹¹³⁾; con leyes aprobadas en sesión plenaria de las dos ramas del Parlamento⁽¹¹⁴⁾; con leyes unicamerales o tricamerales⁽¹¹⁵⁾; con leyes aprobadas por mayorías calificadas⁽¹¹⁶⁾; con leyes que regulan las relaciones entre grupos lingüísticos o culturales y sus correspondientes poderes⁽¹¹⁷⁾; con leyes configuradas del modo más diverso, que disciplinan las competencias de los Estados miembros o de las Regiones (o de análogos entes territoriales), o las relaciones entre ellos y el Estado central⁽¹¹⁸⁾.

Las relaciones entre la ley ordinaria y la infinita tipología de fuentes atípicas sólo están inspiradas en el *criterio* de jerarquía⁽¹¹⁹⁾

⁽¹¹⁰⁾ Por ejemplo, el capítulo V de la Constitución austríaca; el título VI de la Constitución finlandesa, en la versión anterior a la revisión de 1995.

⁽¹¹¹⁾ Art. 72, último párrafo, de la Constitución italiana; art. 75.3 de la Constitución española.

⁽¹¹²⁾ Art. 11 de la Constitución francesa; art. 79.2 de la Constitución islandesa; art. 27 de la Constitución irlandesa; art. 105.3 de la Constitución estonia.

⁽¹¹³⁾ Art. 75.2 de la Constitución italiana; art. 42.6 de la Constitución danesa; art. 74 de la Constitución letona.

⁽¹¹⁴⁾ Art. 28, último párrafo, de la Constitución italiana; art. 29.2 de la Constitución neerlandesa; art. 62.2 de la Constitución rumana.

⁽¹¹⁵⁾ Véase, por ejemplo, para el primer caso, el art. 74 de la Constitución del Reino de Bélgica; y, para el segundo, la *Constitution Act 1983* de la República de Sudáfrica, *mult. loc.* (hoy sustituido por la *Constitution Act 1997*).

⁽¹¹⁶⁾ Art. 93 de la Constitución noruega; art. 63 de la Constitución neerlandesa; art. 24, párrafo tercero, de la Constitución húngara.

⁽¹¹⁷⁾ Título III de la Constitución belga.

⁽¹¹⁸⁾ Constituciones italiana, española, austríaca y *Grundgesetz* alemana.

⁽¹¹⁹⁾ Es decir, no se excluye, por ejemplo, que una ley orgánica francesa sea superior en fuerza vinculante, respecto a una ley ordinaria.

en algunos casos. Sin embargo, como el objeto de la disciplina es la referencia a determinado tipo de ley, las diferentes clasificaciones se regulan a partir del *criterio* de competencia, sin que esto comporte necesariamente la superposición de fuentes legales ⁽¹²⁰⁾.

- (120) Esto exige la necesidad de una definición correcta de la materia desde el punto de vista semántico (muy problemática en textos, como los constitucionales, que están redactados con un manejo vago del lenguaje). El debate sobre la competencia de la ley ordinaria, de las leyes fortalecidas o atípicas y de las otras fuentes no subordinadas, en todo caso, se resuelve al final por los tribunales constitucionales. La doctrina jurídica italiana tiene el mérito de haber profundizado en el tema de la relación existente entre el criterio de jerarquía y el criterio de competencia en los regímenes de constituciones rígidas. Ver en particular Crisafulli, V.: *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, y *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, 6a. ed., Padova, 1993; Modugno, F.: *L'invalidità della legge*, I, Milano, 1970; ÍD.: *Legge (in generale)*, en *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973; Pizzorusso, A.: *Fonti del diritto*, en Branca, G. (dir.): *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 1977; Ruggeri, A.: *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977; ÍD.: *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 1993; ÍD.: *Fonti, norme, criteri ordinatori*, 2a. ed., Torino, 1999; Zagrebelsky, G.: *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984; ÍD.: *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990; Paladin, L.: *Diritto costituzionale*, 3a. ed., Padova, 1998 (págs. 151 y sgts.) y *Le fonti del diritto italiano*, cit.; Cicconetti, S.M.: *Le fonti del diritto*, I, *L'ordinamento giuridico. La Costituzione. Le leggi costituzionali. Le leggi ordinarie*, Torino, 1997; Giocoli Nacci, P.: *Appunti sulle fonti normative*, Bari, 1992; Guastini, R.: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; ÍD.: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998; Pedrazza Gorlero, M.: *Le fonti del diritto. Lezioni*, Torino, 1995. Así mismo se pueden agregar De Otto, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit. Para el ordenamiento español ver Garrorena Morales, A.: *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1980. Varios de los aspectos tratados en estas páginas son afrontados por Pérez Royo, J.: *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1988, y por Balaguer, F.: *Las fuentes del Derecho*, 2 vols., Madrid, 1992. Ver además, en relación con el sistema portugués de fuentes, Miranda, J.: *Manual de Direito Constitucional*, V,

Fijada por la Constitución la competencia de una fuente, ésta necesita a su vez disposiciones de actuación de grado inferior; atenuándose así el nivel constitucional, el *criterio* de jerarquía reaparece entonces en el interior de *microsistemas jerárquicos* que asumen características diferentes entre los distintos ordenamientos y que, debido a la variedad de particularidades que ofrece cada uno, dificultan la certeza jurídica.

5. La Constitución como meta-fuente y las fuentes del Derecho en los principales ordenamientos contemporáneos

El hecho de que los textos constitucionales se vuelvan rígidos y la posibilidad de los tribunales constitucionales de sancionar las violaciones a la Carta fundamental, extiende –por así decirlo– la espiral de las fuentes, en cuyo vértice se encuentra la Constitución; sobre este particular se recordará aquí solamente algún concepto relativo a su naturaleza de fuente del Derecho, dejando de lado los perfiles históricos y las tradicionales clasificaciones entre constituciones largas y breves, flexibles y rígidas, autoritarias y democráticas y las diferentes definiciones de Constitución (formal, sustancial, material), entre muchos otros temas.

En primer lugar, se encuentra en algunos ordenamientos un tipo de “super-Constitución”, cuya existencia no sólo *se presupone* –en el ámbito doctrinal–, sino que, por el contrario, es declarada por las mismas disposiciones que impiden el proceso de revisión o por los tribunales constitucionales, siempre que se identifiquen algunos “principios fundamentales” inmodificables ⁽¹²¹⁾.

Actividade constitucional do Estado, Coimbra, 1997, págs. 150 y sgts.; Gomes Canotilho, J.J.: *Direito Constitucional*, Coimbra, 1993, págs. 783 y sgts.

(121) Es este el caso de la Constitución italiana, donde la *Corte costituzionale* ha individualizado un “núcleo fuerte” (entre las primeras, véanse las Sentencias núm. 18/1982 y núm. 1146/1988).

Haciendo referencia a la relación que se puede establecer entre la Constitución y otras fuentes, se puede anotar que los vínculos que se crean entre los diversos tipos de fuentes y las circunstancias que rodean tales institutos constituyen solamente uno de los temas tratados por la doctrina constitucional (tanto en textos antiguos como modernos, incluidos los últimos textos constitucionales adoptados en Europa del Este).

En particular, las constituciones enuncian a menudo el principio de supremacía, bien sea de forma expresa⁽¹²²⁾, bien indirecta (introduciendo el control de constitucionalidad); al mismo tiempo disciplinan la ley y su procedimiento de formación, los actos con fuerza de ley, las fuentes atípicas y las fuentes de los Estados miembros o de las Regiones. Algunas veces, se dictan disposiciones relativas al poder reglamentario del Gobierno, aunque faltando casi siempre un exhaustivo sistema normativo de fuentes de ámbito local; pero estas normas casi nunca se ocupan de temas como la interpretación, la derogación o la eficacia espacial de las normas.

Debido a estas omisiones, la disciplina de las fuentes menores viene sometida a la ley (o a otras fuentes subordinadas a la Constitución); pero su posición en el sistema general no siempre se presenta de forma clara; además, siendo las circunstancias temporales y espaciales de la ley disciplinadas en fuentes de rango legislativo⁽¹²³⁾, se presentan dos problemas: uno relativo a la

(122) Art. VI, cl. 2, de la Constitución de los Estados Unidos de América; art. 9.1 de la Constitución de España; art. 5.1 de la Constitución de Bulgaria; art. 137 de la Constitución de Ecuador.

(123) Sobre la abrogación (derogación) véase en la doctrina italiana Sorrentino, F.: *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972; Quadri, R.: *Dell'applicazione della legge in generale*, en Scialoja, A. y Branca, G. (dir.): *Commentario del codice civile*, Art. 10-15, Bologna-Roma, 1974.

aplicabilidad/derogación de fuentes del mismo grado y el otro relacionado con la posibilidad de aplicar las reglas legislativas en materia de interpretación y abrogación de normas constitucionales o en general de normas de rango superior (leyes orgánicas o leyes fortalecidas); éste último caso se resuelve de manera diferente según se trate de reglas de interpretación o de reglas sobre la eficacia temporal.

En cuanto al primer aspecto, ciertas constituciones —especialmente las de la última generación— reconocen al Tribunal o Corte Constitucional como el órgano autorizado para interpretar la Constitución y las leyes ⁽¹²⁴⁾; cabe anotar que frecuentemente la asignación de esta última función viene conferida al máximo Tribunal ordinario ⁽¹²⁵⁾, si bien todos evitan dictar las reglas relativas a los modos de interpretar los enunciados normativos, por oposición a lo que ocurría en el pasado en los sistemas derivados de la corriente francesa, donde la idea recurrente era que sólo el Poder Legislativo podía interpretar la ley contribuyendo a la constitucionalización de tal principio ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁴⁾ En tal sentido, por un lado, cabe citar el art. 93 GG alemana, el art. 149.1 de la Constitución búlgara; y, por otra parte, el art. 161.1 de la Constitución española y el art. 128.1 de la Constitución eslovena.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. los artículos 125.1 de la Constitución de Bulgaria y 47 de la Constitución de Hungría. Sobre la interpretación, véase Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949; ÍD.: *Teoría generale della interpretazione*, 2a. ed., 2 vols., Milano, 1990; Tarello, G.: *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980. Y, además, los volúmenes de Guastini, obras cit. en la nota 120).

⁽¹²⁶⁾ Véase, por ejemplo, el art. 28 de la Constitución belga de 1831; así como el art. 88 de la Constitución sueca, en la versión anterior a la revisión de 1974, que imponía la forma de ley para la interpretación auténtica; pero admitía un poder análogo del Rey en el intervalo de las sesiones del *Riksdag*, salvo la ratificación del mismo o del Sínodo General de la Iglesia para las Leyes Eclesiásticas.

En relación con el segundo punto de vista, son numerosos los textos que consagran el principio secular de la irretroactividad de la ley penal. No se halla, en cambio, más que esporádicamente una prohibición generalizada de retroactividad de la ley ordinaria o de otras fuentes equiparables ⁽¹²⁷⁾. Se puede concluir que, con algunas particularidades, la Constitución y las fuentes superlegislativas son interpretadas según reglas dictadas en leyes ordinarias; y que —a no ser que esté expresamente prohibido— las fuentes subordinadas a la Constitución, de rango primario o *superprimario*, pueden ser objeto de aplicación retroactiva ⁽¹²⁸⁾.

6. La reserva de ley

El concepto de reserva de ley ha sufrido una profunda evolución. En el caso de las constituciones flexibles, las reservas representaban un límite que se imponía a las fuentes subordinadas o a la misma discrecionalidad de la Administración Pública; sin embargo, el Poder Legislativo podía derogar la Constitución removiendo tal límite ⁽¹²⁹⁾. Con el advenimiento de las constituciones rígidas, las reservas previstas constitucionalmente representan, en cambio, un vínculo apropiado para el Parlamento, sobre

⁽¹²⁷⁾ En el primer sentido, citamos los arts. 24.2 de la Constitución italiana; 16 de la Constitución neerlandesa; 103.2 de la GG alemana; en el segundo, los arts. I, secc. 9, cl. 2, de la Constitución estadounidense; III, secc. 22, de la Constitución filipina; 97 de la Constitución noruega; 38 de la Constitución nicaragüense (que establece una excepción en materia de las leyes penales favorables al reo).

⁽¹²⁸⁾ Sobre el principio de irretroactividad, véase Grotanelli De' Santi, G.: *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. Paladin, L.: *Le fonti del diritto*, cit., pág. 187. Específicamente para el sistema normativo italiano, consúltese sobre reserva de ley, Fois, S.: *La "riserva di legge"*, Milano, 1963; Di Giovine, A.: *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969; Sorrentino, F.: *Lezioni sulla riserva di legge*, Genova, 1977.

el cual recae la obligación de someter su regulación a la ley sin ninguna posibilidad de derogación por vía del reglamento ⁽¹³⁰⁾. Una reserva de ley ordinaria no sólo involucra la prohibición para el legislador de no ejercer su competencia y dejársela al reglamento, sino además substraer a la ley la disciplina de una determinada materia en favor de fuentes provistas de una mayor fuerza vinculante ⁽¹³¹⁾.

Es necesario distinguir entre las reservas materiales y las reservas formales. Donde operan las primeras, se necesita una verdadera ley; pues no es suficiente que la materia resulte disciplinada por un acto con fuerza de ley (por ejemplo, la ley del presupuesto no puede ser confeccionada por delegación o aprobada por decreto u ordenanza, con excepción de lo que sucede en Francia y en otros pocos ordenamientos). En España, donde la Constitución substraer de la legislación delegada y de la de urgencia un considerable grupo de asuntos ⁽¹³²⁾, la reserva formal de ley tiene una extensión que, de hecho, coincide con la reserva material; por lo cual, su tratamiento es prohibido a los actos con fuerza de ley. De otra parte, como sucede en Italia, los decretos-leyes y las leyes delegadas o decretos legislativos pueden comprender casi todas las materias reservadas a la ley. En consecuencia, la gran mayoría de las reservas son de tipo "material" (es suficiente pensar en los códigos penales, que afectan profundamente los derechos y las libertades de las personas, que normalmente

⁽¹³⁰⁾ Con este fin, se suelen distinguir las reservas absolutas de las relativas; pues las últimas no rechazan la integración de la ley por medio de fuentes subordinadas.

⁽¹³¹⁾ A causa de la progresiva pérdida de la competencia residual de la ley a favor de fuentes concurrentes (leyes orgánicas o fortalecidas), el vínculo para el legislador se acentúa mucho más, operando en efecto a todos los niveles (de manera ascendente, descendente y horizontal), debido a las reservas materiales establecidas en la Constitución.

⁽¹³²⁾ Cfr. los arts. 86.1 y 87.3.

entran en vigor mediante decreto por vía de la delegación hecha por el Parlamento) ⁽¹³³⁾.

7. Leyes-medida y leyes formales

A diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX, las leyes provistas de las características de generalidad y de abstracción no constituyen más el único tipo histórico; a ellas se agregan ahora las leyes de aprobación de estatutos de entes autónomos ⁽¹³⁴⁾, las leyes de transferencia de funciones a los mismos entes ⁽¹³⁵⁾ y, sobre todo, las leyes-medida, típicas del Estado social, cuyo contenido es un *procedimiento administrativo* concreto y que tienden a realizar los ideales de igualdad y justicia sustancial.

En la actualidad, dentro de las fuentes (solamente) formales merecen una particular atención las leyes del presupuesto ⁽¹³⁶⁾; pues si bien la disciplina de la Hacienda Pública en algunas constituciones reproduce las reglas tradicionales con una normativa bastante detallada (Bélgica, Austria y, al menos hasta la revisión

⁽¹³³⁾ En general, acerca del tema, véase Pizzorusso, A.: *Sistema delle fonti e forma di Stato e di Governo*, en *Quad. cost.*, 1986; y, también, en un fascículo dedicado a *Forma di governo e sistema delle fonti*, los ensayos de Meny, Y., Delpérée, F., Rubio Llorente, F., sobre las fuentes francesas, belgas, españolas.

⁽¹³⁴⁾ Art. 123.2 de la Constitución italiana.

⁽¹³⁵⁾ Art. 150 de la Constitución española.

⁽¹³⁶⁾ La Hacienda Pública siempre ha sido una materia "constitucional": todas las constituciones, desde la más antiguas a las más recientes, les dedican algunas de sus disposiciones. Los textos del pasado se limitaban a establecer el principio de la anualidad del presupuesto, las prohibiciones de introducir impuestos y de operar transferencias con actos diferentes a la ley, la obligación de rendir las cuentas al Parlamento, las modalidades de los préstamos, la institución de la cámara de cuentas o de los correspondientes órganos de control.

de 1995, Finlandia), a veces tal reglamentación es del todo escasa (Noruega, Islandia, Italia, Bulgaria).

En determinadas circunstancias, la exigencia de controlar el gasto público, de coordinarlo con las finanzas locales, de asegurar la supremacía del Gobierno en la predisposición de los documentos contables, ha determinado la introducción en numerosos textos constitucionales de normas *ad hoc* incluso en la fase de aprobación, como, por ejemplo, ocurre en el título X de la GG alemana. Por su parte, las constituciones francesa y española no se limitan a exigir que las leyes indiquen los medios con los cuales afrontar los gastos (como lo hacen casi todas las demás constituciones), sino que además establecen que las proposiciones de ley, las enmiendas y las objeciones presentadas por los miembros del Parlamento no serán admitidas cuando su adopción suponga una disminución de los recursos públicos o la creación o el aumento del gasto del erario, salvo que opere el consentimiento del Gobierno⁽¹³⁷⁾.

8. El procedimiento de formación de la ley

a) Generalidades

El procedimiento de formación de la ley se regula en la Constitución, en los reglamentos parlamentarios (en Inglaterra, mediante *standing orders*), en las fuentes no escritas (usos, costumbres, convenciones), algunas veces en leyes orgánicas y raramente en leyes ordinarias.

Las constituciones normalmente se limitan a regular los aspectos más importantes del procedimiento legislativo, a regular las relaciones entre las asambleas; y, donde el Parlamento es

(137) Véanse respectivamente los arts. 40 y 134.6.

bicameral, a delimitar el papel del jefe del Estado, su eventual poder de remisión, la sanción o la promulgación de la ley, o ambas actividades.

La decisión de la fuente competente para disciplinar el procedimiento legislativo tiene consecuencias sobre la forma de Estado, porque una rigurosa ordenación constitucional perpetúa dinámicamente las decisiones adoptadas por el poder constituyente; lo que hace más difícil que se puedan introducir cambios ⁽¹³⁸⁾. De otra parte, la intervención de la ley en la disciplina de trabajo de cada cámara legislativa, limita su autonomía y presupone la interferencia del monarca (o del presidente) y de la asamblea en el procedimiento de formación del acto ⁽¹³⁹⁾.

(138) La decisión del constituyente francés de 1958, que elevó a rango constitucional una serie de reglas idóneas para asegurar la supremacía del Gobierno en sus relaciones con la Asamblea Nacional y el Senado, es emblemática al respecto.

(139) Los puntos de vista jurídicos que, en mayor medida y con una amplia doctrina, han sido indagados por los comparatistas son los relativos al procedimiento de formación de la ley, estudiado en general por Pizzorusso, A. (comp.): *Law in the making. A Comparative Survey*, Berlin, Heidelberg, 1988; Olivetti Rason, N.: *Processo legislativo*, en *Dizionario di politica*, 2ª. ed., Torino, 1983; Mohrhoff, F.: *Il diritto parlamentare. Introduzione ad uno studio sistematico e comparativo*, Roma, 1969. Frecuentes apuntes comparados se hallan también en Patrono, M.: *Procedimento legislativo*, en *Nss. dig. it.*, app. V, Torino, 1984.

En la literatura extranjera, véase Loewemberg, G.; Patterson, S.C.: *Comparing legislatures*, Boston, 1979. También, la publicación compilada por la UNION INTERPARLEMENTAIRE: *Les parlements dans le monde*, Bruxelles, 1986; y, en general, los escritos que aparecen en las revistas *Informations constitutionnelles et parlementaires* y *Bolletino di informazioni costituzionali e parlamentari*.

Específicamente sobre España, consúltese Santaolalla López, F.: *Derecho Parlamentario español*, Madrid, 1990. Sobre Francia, SECRÉTARIAT GENERAL DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE: *Les principales étapes de la procédure législative*, Paris, 1989.

b) *La fase de la iniciativa*

El procedimiento legislativo se suele articular en tres fases, de las cuales la primera que debe tenerse en consideración es la relativa a la iniciativa ⁽¹⁴⁰⁾.

En todos los ordenamientos, esta fase depende de los miembros de las cámaras legislativas (iniciativa parlamentaria); aun cuando en algunos casos, para iniciarla, es suficiente la simple solicitud de un procedimiento legislativo ⁽¹⁴¹⁾ por los sujetos habilitados para ello; mientras que, en otros, se necesita que la cámara de donde proviene la iniciativa tome como suyo el acto de inicio, mediante la llamada "toma en consideración", que representa, por consiguiente, un primer filtro a las iniciativas parlamentarias ⁽¹⁴²⁾.

La iniciativa parlamentaria normalmente puede practicarse en todas las materias; pero existe un límite subjetivo (en el sentido de que la propuesta puede presentarse solamente en la cáma-

Sobre ordenamientos particulares estudiados por autores italianos, véase Elia, L.: *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1961; Pegoraro, L.: *Il Governo in Parlamento. L'esperienza della Vª Repubblica francese*, Padova, 1983.

- ⁽¹⁴⁰⁾ Para todo lo relacionado con la iniciativa de las leyes, consúltese en particular Lucifredi, P.G.: *L'iniziativa legislativa parlamentare*, Milano, 1986. Con un enfoque diferente, Bartoli, M.A.: *La formazione del progetto di legge. Processi e procedimenti parlamentari*, Milano, 1983.
- ⁽¹⁴¹⁾ Art. 71 de la Constitución italiana, art. 39.1 de la Constitución francesa, art. 41.1 de la Constitución danesa, art. 41.1 de la Constitución austriaca, art. 76 de la GG alemana, art. 73 de la Constitución rumana.
- ⁽¹⁴²⁾ Cfr. art. 87.1 de la Constitución española, art. 82 de la Constitución holandesa, art. 47 de la Constitución luxemburguesa, art. 38 de la Constitución islandesa. Algunas veces, los reglamentos parlamentarios requieren un número mínimo de representantes para que la iniciativa sea admisible o con el fin de asegurar un *iter* más diligente, como, por ejemplo, sucede en el *Bundestag* alemán, que la confiere a un grupo parlamentario o, al menos, a veintiséis diputados.

ra de origen) y un límite objetivo, propio de casi todos los sistemas (no formalmente en los Estados Unidos; con excepción del *bill* del presupuesto, basado en el *Budget and Accounting Act* de 1921) donde existen "reservas de iniciativa" en favor del Gobierno para ciertos asuntos (el esquema del presupuesto, la rendición de cuentas, la ratificación de tratados, etc.) Además, el favor de que gozan las cámaras bajas en los sistemas bicamerales imperfectos comporta, en ocasiones, una posición más débil de las cámaras altas también en cuanto al ejercicio de la iniciativa ⁽¹⁴³⁾.

Mientras que, en los Estados Unidos de América, la iniciativa sólo corresponde a los *congressmen*, en virtud del principio de separación de poderes implantado ya desde los Padres Fundadores ⁽¹⁴⁴⁾, en las formas de Gobierno parlamentarias y semipresidenciales corresponde al Gobierno y, a menudo, también a otros sujetos. Más aún, la cantidad y la *proporción de éxito* de la iniciativa parlamentaria son considerablemente elevadas en los ordenamientos caracterizados por el vínculo fiduciario entre Gobierno y Parlamento; puesto que, si ella proviene de la oposición, asumiendo un carácter "alternativo" a la iniciativa del Gobierno, no podrá contar con los votos necesarios para su aprobación; si, en

⁽¹⁴³⁾ Algunas veces, semejante predominio de la cámara baja se circunscribe, solo en materia financiera, en la fase de iniciativa, en el sentido de que la cámara alta no puede dar comienzo a los respectivos procedimientos; así se presenta en Estados Unidos, en España, en Australia, en Irlanda (art. I, secc. 7, cl. 1; art. 134.3; art. 53; art. 20.1 de sus constituciones respectivas). En Inglaterra, el *Money Bill* solo tiene origen en la Cámara de los Comunes, pero si tal iniciativa es rechazada por la Cámara de los Lords, puede igualmente ser enviada al Monarca para su sanción. En los Estados Unidos, la materia de los tratados es competencia exclusiva del Senado (el cual debe aprobarlos con la mayoría de las dos terceras partes: art. II, secc. 2, cl. 2, de su Constitución).

⁽¹⁴⁴⁾ Sin embargo, el Presidente la ejerce de hecho por medio de los mensajes que trasmite al Congreso y la *sponsorship* de los representantes y senadores amigos.

cambio, proceden a ejercitarla parlamentarios de alguna de las fuerzas mayoritarias, se configura como "complementaria" de la iniciativa presentada por el Ejecutivo y el proceso legislativo contará con mejores oportunidades de seguir adelante, en la medida en que se encuentre de acuerdo con la dirección política del Gobierno o, por lo menos, trate temáticas novedosas no tenidas en cuenta en el proyecto inicial por el Gobierno.

Para asegurar la prioridad de la iniciativa gubernamental, existen algunas veces reglas no escritas (como en Inglaterra) o disposiciones de reglamentos parlamentarios (Italia) o incluso disposiciones constitucionales (como en Francia o España) ⁽¹⁴⁵⁾. En cada caso, sin embargo, tal iniciativa tiende a imponerse por su calidad (el Gobierno posee en efecto el control del aparato burocrático) y, además, por el hecho de que el Gobierno tiene el control de la mayoría ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ El art. 48.1 de la Constitución francesa establece que: «la orden del día de las Asambleas comporta, con las prioridades y en el orden establecido por el Gobierno, la discusión de los proyectos de ley entregados por el Gobierno y de las propuestas por el aceptadas». La formulación del art. 89.1 de la Constitución española es menos exigente: «La tramitación de las proposiciones de ley se regulará por los Reglamentos de las Cámaras, sin que la prioridad debida a los proyectos de ley impida el ejercicio de la iniciativa legislativa» de los otros sujetos que la tienen reconocida.

⁽¹⁴⁶⁾ Se agrega que solamente el Gobierno puede (de hecho) preparar el presupuesto y las leyes del mismo; por lo cual, casi todas las constituciones reservan la iniciativa y algunas veces la que se refiere a las leyes de planificación o de programa (véanse, por ejemplo, los arts. 134.1 y 131.2 de la Constitución de España; 81.1 de la Constitución de Italia; 63.1 de la Constitución de Suecia; 87. 2 de la Constitución de Bulgaria; 35.1.e) de la Constitución de Hungría); asimismo, es de su competencia la conducción de la política exterior y, por esta razón, en los asuntos relacionados con tal materia, están casi siempre reservados (en particular, la propuesta de ratificación de los tratados internacionales o, por lo menos, de aquellos más importantes).

Frente a las constituciones que configuran de manera rigurosamente diárquica la iniciativa de las leyes (asignándola sólo al Gobierno y a los parlamentarios, o sólo a las cámaras legislativas ⁽¹⁴⁷⁾), se hallan las que también la extienden al pueblo, como sucede en España, Italia, Austria, Rumania y Lituania ⁽¹⁴⁸⁾. En menor medida, existen las que la asignan a las comisiones parlamentarias, a los entes territoriales, a una única cámara parlamentaria, a otros órganos o entes estatales o, finalmente, a las formaciones sociales, uniones sindicales, iglesias, etc. (iniciativa pluralista) ⁽¹⁴⁹⁾.

c) La fase constitutiva

Agotada la fase de la iniciativa, el análisis del texto por el legislativo generalmente se desenvuelve de acuerdo con el antiguo sistema inglés de las "tres lecturas". La primera se realiza en el pleno en forma de anuncio del depósito (o de "toma en consideración"); la segunda tiene lugar en las comisiones competentes, donde se examinan y, en su caso, se aprueban eventuales enmiendas; en la tercera, se produce de nuevo la intervención del *plenum*, llamado a realizar el reconocimiento final del texto.

⁽¹⁴⁷⁾ Arts. 39.1 de la Constitución francesa, 76.1 de la Constitución noruega, 76 de la GG alemana, 27 de la Constitución belga, 47 de la Constitución luxemburguesa, 87 de la Constitución búlgara.

⁽¹⁴⁸⁾ Arts. 87.3 de la Constitución de España; 71.2 de la Constitución de Italia; 41.2 de la Constitución de Austria; 68.2 de la Constitución de Lituania; 73.1 de la Constitución de Rumania.

⁽¹⁴⁹⁾ La iniciativa de las comisiones está, por ejemplo, prevista en el art. 25.1 de la Constitución de Hungría; la de los entes territoriales en el art. 87.2 de la Constitución de España y en el art. 121.2 de la Constitución de Italia; el art. 99.3 de ésta última deja la iniciativa al Consejo Nacional de Economía y Trabajo y el art. 140 de la Constitución de Nicaragua la asigna a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo Supremo Electoral; la iniciativa de la Cámara alta, enfrentada a la Cámara baja, está disciplinada en los arts. 76 de la GG alemana y 41.1 de la Constitución austriaca.

La intervención de las comisiones parlamentarias en el procedimiento legislativo puede ser más o menos nítida. En el Parlamento de Westminster, se promulgó el principio de la supremacía del Pleno (que dicta las orientaciones que deben seguir las comisiones, privadas de poderes deliberativos significativos); en cambio, en el Congreso norteamericano y en buena parte de los Parlamentos europeos, el proyecto de ley viene sometido inmediatamente a la atención de las comisiones competentes no sólo para examinarlo y referirlo al *plenum* a través de uno o más informes (o relaciones), sino también para corregirlo y directamente rechazarlo o aprobarlo. Las comisiones "legislativas" o "deliberativas" (previstas en Italia, España y otros raros casos) representan sin embargo una excepción ⁽¹⁵⁰⁾.

En comisión o en Pleno, pueden presentarse correcciones al proyecto, o proyectos, de origen. El derecho de los miembros del Parlamento de proponerlas asume una importancia notable y su extensión representa un significativo indicador del estado de las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno. Precisamente la convicción de que la supremacía del Gobierno en la dirección de la política legislativa puede ser amenazada por un uso extenso del poder de corrección, sugirió al constituyente francés de 1958 fortalecer la posición del Gobierno en el Parlamento, mediante la introducción de "casos de inadmisibilidad" (de los cuales los más importantes son el de presupuesto y el de invasión del *domaine* reglamentario); este punto también fue implementado por las Cortes Constituyentes españolas a finales de los años setenta.

Las formalidades del voto en el texto legislativo son también de gran relevancia para la evaluación de la gobernabilidad de cada sistema. La regla establecida es predominantemente la de la

(150) Arts. 72.3 de la Constitución italiana y 75, apartados 2 y 3, de la Constitución española.

mayoría de los presentes ⁽¹⁵¹⁾; pero no está exenta de excepciones –como se constatará más adelante–, cuando nos ocupemos de las fuentes atípicas y de las leyes reforzadas.

En los Parlamentos bicamerales, aprobado el proyecto por la primera cámara (lo que se hace generalmente votando artículo por artículo, en casi todos los casos con un escrutinio manifiesto, salvo las excepciones establecidas en determinados casos), la deliberación legislativa se traslada a la segunda cámara. Allí se recorren las mismas etapas que se acaban de referir, según lo prescrito por las normas del reglamento interno. No obstante, debe anotarse que, dependiendo del tipo de bicameralismo, se presentan algunas variables específicas.

En situación de paridad entre las dos cámaras (como es el caso de Italia), la iniciativa puede tener lugar en cualquiera de ellas; del mismo modo que las modificaciones al texto originario pueden ser presentadas por ambas cámaras. En todo caso, como es indispensable el acuerdo pleno de las dos deliberaciones, es necesario proceder a sucesivos exámenes del texto, hasta que las deliberaciones de la propuesta o del proyecto sean idénticas (se trata de las llamadas *navette*); ninguna cámara del Parlamento prevalece, ninguna está provista de los instrumentos para superar la oposición de la otra. Por regla general, sin embargo (como ocurre en el Reino Unido, España, Francia o Alemania), se registra un predominio de la cámara baja ⁽¹⁵²⁾. La búsqueda del con-

⁽¹⁵¹⁾ Art. 79.2 de la Constitución española, art. 64.3 de la Constitución italiana, art. 42 de la GG alemana, art. 15.11, n. 1, de la Constitución irlandesa, art. 62.1 de la Constitución luxemburguesa, art. 73 de la Constitución estona, art. 39. 1 de la Constitución checa.

⁽¹⁵²⁾ Por ejemplo, en Francia, el art. 45, último párrafo, de su Constitución confiere la última palabra a la Asamblea Nacional, en el caso de que el procedimiento conciliatorio ante la *Commission Mixte Paritaire* tenga un resultado negativo; por otra parte, igualmente ocurre en Alemania, de acuerdo con el art. 77 GG. En Japón y en la República Checa

senso frente a las posibles discrepancias que se puedan presentar entre las cámaras del Parlamento –lo que es frecuente donde se constituyen con *criterios* de representación diferentes– se confiaba normalmente a comisiones especiales ⁽¹⁵³⁾.

d) *La intervención del jefe del Estado*

Salvo raras excepciones (como, por ejemplo, las de España, Alemania o Japón), la intervención del jefe del Estado en el procedimiento legislativo se manifiesta, más allá de la fase introductoria (donde suele hacerlo en la presentación de proyectos de ley o de autorización de la misma), en la fase de perfeccionamiento o de complemento de la eficacia. Esta participación se extiende en tres formalidades diferentes dentro del procedimiento

(según establecen los arts. 59.2 y 47, así como 17 de sus constituciones respectivas), las cámaras bajas pueden superar la oposición del Senado con la mayoría de las dos terceras partes; en España, con la mayoría absoluta o, también, con la mayoría simple en el caso de que hayan pasado dos meses desde el veto del Senado (art. 90. 2 de la Constitución española).

- ⁽¹⁵³⁾ Además de Francia (art. 45.2 y 3 de su Constitución) y de Alemania (art. 77.2 GG), en los Estados Unidos de América (en el *Conference Commettee*), en Canadá y en Australia (donde el art. 57 de su Constitución, prevé la disolución anticipada de las asambleas como instrumento para resolver los conflictos). En Noruega, la *navette* se interrumpe después de una segunda vuelta infructuosa en la cámara alta (*Oldesting*) y se pasa a una reunión del Parlamento en asamblea plenaria (*Storting*), llamada a decidir con la mayoría de las dos terceras partes de los votos (art. 76. 3 de su Constitución). Procedimientos no disímiles se contemplan en el art. 45 de la Constitución islandesa y en el art. 76 de la Constitución rumana (donde el Parlamento vota sobre el texto elaborado por una “comisión paritaria mixta”; la resolución del disentimiento se asigna al pleno de las cámaras también en Bolivia, según lo establecido en el art. 74 de su Constitución).

legislativo: el reenvío al Parlamento de la deliberación del Legislativo, la sanción y la promulgación (o el rechazo) ⁽¹⁵⁴⁾.

Por otra parte, el dogma de la soberanía popular no permite que el jefe de un Estado con forma monárquica, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, pueda anular la voluntad de las cámaras parlamentarias (el Rey *debe* sancionar la ley en Inglaterra, Bélgica o España). Un poder de veto, o de reenvío superable por una nueva deliberación de las cámaras, se encuentra en cambio tanto en ordenamientos con formas de Gobierno presidencial o semipresidencial, como en repúblicas parlamentarias (en las cuales es diferente la legitimación del jefe del Estado). Algunas constituciones establecen la mayoría simple del Parlamento como fuerza suficiente para que el proyecto se transforme en ley después de una intervención negativa del presidente (Italia, Perú, Bulgaria) ⁽¹⁵⁵⁾. Otras prescriben que el veto o el reenvío del jefe del Estado pueden superarse solo con la mayoría de los miembros del Parlamento ⁽¹⁵⁶⁾ o sólo con mayorías cualificadas ⁽¹⁵⁷⁾; a

⁽¹⁵⁴⁾ Sobre la intervención del jefe del Estado, es importante el ensayo de Gueli, V.: *Il procedimento legislativo*, en *Scritti vari*, II, Milano, 1976; y, también, Herzog, J.B.; Vlachos, G.: *La promulgation, la signature et la publication des textes législatives en droit comparé*, Paris, 1961. En cuanto a la promulgación es fundamental también para el comparatista el estudio de Bartholini, S.: *La promulgazione*, Milano, 1955.

⁽¹⁵⁵⁾ El art. 10.2 de la Constitución francesa dispone que el Presidente puede requerir una nueva deliberación de la ley o de algunos de sus artículos al Parlamento; deliberación que no puede ser rechazada una segunda vez. De modo similar, dicen el art. 77.2 de la Constitución rumana, el art. 74 de la Constitución italiana y el art. 26.2 de la Constitución húngara.

⁽¹⁵⁶⁾ La mayoría de los miembros está prevista en los arts. 42.2 de la Constitución de Grecia de 1975; 192 y 193 de la Constitución del Perú de 1979; y 101.2 de la Constitución de Bulgaria.

⁽¹⁵⁷⁾ La mayoría de las dos terceras partes se exige en los arts. 83 de la Constitución de Argentina; 18.3 de la Constitución de Polonia; y 77 de la Constitución de Bolivia.

veces la Constitución contempla mayorías diferenciadas según la materia objeto de la ley ⁽¹⁵⁸⁾, o bien señala consecuencias diferentes para la aprobación dependiendo de la mayoría utilizada ⁽¹⁵⁹⁾.

Casi nunca las constituciones especifican si el control del jefe del Estado se circunscribe a la verificación de la existencia jurídica del acto legislativo, si se extiende a la comprobación de legitimidad constitucional o si puede finalmente configurarse como una forma de control de oportunidad ⁽¹⁶⁰⁾. Numerosos ordenamientos

(158) Un ejemplo de mayoría diferenciada se comprueba en el art. 136 de la Constitución de Portugal, que establece que el veto puede ser superado con la mayoría de los diputados presentes o con la de las dos terceras partes.

(159) Según el art. 173 de la Constitución de Venezuela de 1961, existía la obligación de promulgar en el caso de que el Parlamento hubiera confirmado un texto con las dos terceras partes de los votos; pudiendo el Presidente, en caso de no aprobación por ese quórum, reenviarlo de nuevo al Legislativo. En los Estados Unidos de América, la Cámara que propone el proyecto puede volver a aprobarlo con la mayoría de las dos terceras partes y pasarlo –unida la nueva propuesta al acta que contiene la objeción del Presidente– a la otra Cámara del Parlamento, que debe expresarse con la misma mayoría para que el procedimiento adquiera fuerza vinculante. La misma eficacia consiguen los proyectos de ley que el Presidente no devuelve dentro de los diez días siguientes contados desde su presentación, a menos que el periodo de sesiones del Congreso no se interrumpa, lo que hace imposible el reenvío y obstaculiza la transformación del *bill* en ley (esto último es lo que se conoce como *pocket veto*; se regula en el art. I, secc. 7, cl. 2, de la Constitución de Estados Unidos). Esta clase de veto está expresamente prohibida, por ejemplo, en el art. 86, último párrafo, de la Constitución de Colombia.

(160) Seguramente, en los casos donde la promulgación se presenta como acto debido, la misma implica –como todos los actos debidos– una verificación previa de la existencia del acto; lo que se traduce en prevalencia (en un Parlamento bicameral) en la búsqueda del acuerdo de las deliberaciones legislativas y/o de la adquisición de opiniones constitucionalmente indispensables para el perfeccionamiento del acto, la obtención de las mayorías establecidas para superar las eventuales oposiciones de la segunda Cámara, etc.

(como el estadounidense, por ejemplo) otorgan un efecto positivo (de aceptación) al silencio del jefe del Estado, al cual siempre viene transmitido el texto de ley por las cámaras; caso en el que falta, por lo tanto, un explícito acto de promulgación o de sanción.

e) La publicación

En todos los ordenamientos, la eficacia de la ley está subordinada a su publicación en un periódico oficial; hecho que determina una presunción de conocimiento de los ciudadanos pasado un periodo más o menos prudencial (quince días en Italia; catorce en Alemania y en Letonia), excepto términos diferentes establecidos por la misma ley (dieciséis en el Perú, como lo era en la Constitución de 1979). Por otro lado, no es usual que las leyes entren en vigor el mismo día de su aprobación (Rumania, Bolivia) ⁽¹⁶¹⁾.

9. Leyes reforzadas o atípicas

En el *iter legis*, frecuentemente se unen uno o más subprocedimientos con el propósito de recoger las diferentes posturas de órganos constitucionales o del pueblo (referéndum). Tales opiniones, sean obligatorias o facultativas, asumen relevancia jurídica y política, sobre todo cuando emanan del tribunal o la corte constitucional antes de la promulgación de la ley, a petición del jefe del Estado, del jefe de Gobierno, de los presidentes de las cámaras, de un número determinado de diputados o senadores, etc. ⁽¹⁶²⁾. De manera similar, pero en otro orden, puede suceder

⁽¹⁶¹⁾ La disciplina de la publicación de la ley es objeto de la investigación comparada de D'atena, A.: *La pubblicazione delle fonti normative*, I, *Introduzione storica e premesse generali*, Padova, 1974; Pizzorusso, A.: *La pubblicazione degli atti normativi*, Milano, 1963. En España, véase Biglino Campos, P.: *La publicación de la Ley*, Madrid, 1993.

⁽¹⁶²⁾ Se citan como botón de muestra los siguientes ejemplos: el Presidente de la República, el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras,

que el *pronunciamiento* se solicite al pueblo, llamándolo a aprobar un proyecto de ley de iniciativa del cuerpo electoral, de entes periféricos o de órganos del Estado por referéndum (Dinamarca, Suiza, Irlanda, Islandia) ⁽¹⁶³⁾.

En las hipótesis analizadas, no nos encontramos en presencia de categorías especiales de leyes, que, por consiguiente —excepto algunos casos—, pudieran ser derogadas o abrogadas por leyes posteriores y aprobadas por el procedimiento general ⁽¹⁶⁴⁾.

sesenta diputados o senadores (art. 61.2 de la Constitución francesa). Solamente el Presidente de la República a tenor de los arts. 26.4 de la Constitución magiar; 26 de la Constitución irlandesa; 214.2, último párrafo, de la Constitución venezolana de 1961. El Presidente de la República y de las Asambleas parlamentarias, el Gobierno, el Tribunal Supremo de Justicia, cincuenta diputados o veinticinco senadores según lo establecido en el art. 144.1.a) de la Constitución rumana.

⁽¹⁶³⁾ A propósito de esto, se recuerda que los referendos consultivos que la Constitución danesa contempla deben efectuarse antes de la sanción real (art. 42), a petición de una tercera parte de los miembros del *Folketing*, y sobre todas las leyes, con excepción de las presupuestarias, fiscales, de aprobación de tratados entre otras. Los desarrollados según el art. 141 de la Constitución suiza, después de la petición de 50.000 electores o de 8 Cantones. Los referendos *ex art.* 27 de la Constitución irlandesa pueden ser solicitados, antes de la promulgación de la ley, por la mayoría de los miembros del Senado o, al menos, por una tercera parte de los miembros de la cámara baja (*Dáil Éireann*). Asimismo sucede con los provenientes del Presidente islandés, conforme al art. 26 de su Constitución, que consienten que asuman la típica fuerza de la ley si el resultado es favorable.

⁽¹⁶⁴⁾ La naturaleza facultativa de la consulta (en el sentido de que ésta puede ser solicitada; pero no se introduce siempre y plenamente en el procedimiento de adopción de leyes materialmente individuales) o incluso su general obligatoriedad, según se produzcan determinados tipos (como la consulta del Consejo de Estado al Presidente irlandeses en el curso del procedimiento conciliatorio en los proyectos de relevancia presupuestaria: art. 22 de la Constitución de Irlanda) no sustraen al régimen normal de la ley los actos precedidos por una consulta o “san-

Análogamente, el régimen normal no resulta derogado en el caso de que las leyes sean aprobadas por las cámaras en pleno (si bien la manera de aprobación no es consecuencia de una individualización previa establecida directamente por la Constitución) o en el caso de leyes aprobadas dos veces porque se exige un quórum de diputados, como ocurre en la Constitución griega de 1975 ⁽¹⁶⁵⁾.

La "atipicidad" de una fuente depende, en consecuencia, de la disociación entre la fuerza del acto y su forma típica, o de una división entre *vis abrogans* y resistencia a la derogación ⁽¹⁶⁶⁾, que influyen considerablemente en el *criterio* de competencia. Cualquiera que sea el sistema seguido para someter leyes particulares a un régimen diferente del ordinario (procedimientos agravados, mayorías especiales, referéndum, etc.) debe encontrar una delimitación previa de las materias cuya disciplina se asigna a

cionados" por referéndum. Constituyen excepción solamente las *lois référendées* francesas, sobre las cuales el *Conseil Constitutionnel* ha manifestado la imposibilidad de derogación por medio de leyes ordinarias: leyes –las primeras– no materialmente delimitadas en la Constitución francesa pero que adquieren una mayor fuerza si el Presidente de la República las introduce por la vía del referéndum previsto en el art. 11 de la norma fundamental citada.

⁽¹⁶⁵⁾ Art. 76.2.

⁽¹⁶⁶⁾ La Pergola, A.: *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961.

Las fuentes atípicas y las leyes reforzadas se estudian, sobre todo al principio, referidas al ordenamiento italiano. Véase Ferrari, G.: *Le leggi rinforzate nell'ordinamento italiano*, en *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958; Spagna Musso, E.: *Costituzione rigida e fonti atipiche*, Napoli, 1966. Asimismo, desde la perspectiva comparatista, Blanco De Moraes, C.: *As leis reforçadas*, Coimbra, 1998, que, en la actualidad, representa la más importante contribución sistemática sobre el tema.

Sobre la fuerza de la ley, consúltese Sandulli, A.M.: *Legge, forza di legge e valore di legge*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957; Quadri, G.: *La forza di legge*, Milano, 1975.

fuentes diferentes de la ley y de sus características específicas en la Constitución.

El *criterio* material se adopta, de hecho, en los siguientes casos: *a*) cierto ordenamiento bicameral (Alemania) o pluricameral (Sudáfrica según la Constitución vigente de 1983) establece un régimen diferenciado para los diferentes grupos de materias objeto de legislación, prescribiendo que algunas leyes se aprueben solamente por una cámara; mientras otras requieren del voto de todo el Parlamento⁽¹⁶⁷⁾; *b*) a veces se exige una mayoría cualificada para la aprobación de leyes que regulan determinados sectores de la economía, de la producción o de la sociedad (Hungría, Países Bajos, España, Italia o Dinamarca)⁽¹⁶⁸⁾; *c*) la Constitución belga establece que algunas leyes se aprueben con la mayoría de los votos de cada grupo lingüístico de ambas cámaras, con la condición de que la mayoría de los miembros de cada grupo se encuentre representada y que el total de los votos favorables de los dos grupos lingüísticos alcance las dos terceras partes de la vota-

⁽¹⁶⁷⁾ En el ordenamiento alemán, junto a leyes bicamerales, se prevén actos legislativos aprobados por la Cámara Representativa del Pueblo (art. 77. 3 GG).

⁽¹⁶⁸⁾ La Constitución húngara prescribe la necesidad de las dos terceras partes de los votos para la adopción de las leyes que regulan un amplio grupo de materias. La misma mayoría, pero de la cámara en pleno, impone la Constitución neerlandesa para la aprobación de otras categorías de ley. El art. 150.3 de la Constitución española prescribe la mayoría absoluta para las leyes de armonización de las disposiciones normativas financieras de las Comunidades autónomas. Por otro lado, el art. 20.2 de la Constitución danesa exige una mayoría de cinco sextos de los miembros del *Folketing* para la aprobación de la ley con la que se delegan a una autoridad internacional poderes que pertenecen a la autoridad del Reino. En Italia, la amnistía y el indulto sólo se conceden con ley aprobada por una mayoría de las dos terceras partes de cada una de las cámaras (art. 79.1 de su Constitución).

ción total⁽¹⁶⁹⁾; d) los procedimientos especiales son requeridos también para materias tales como los concordatos (es decir, tratados internacionales con la Santa Sede) y para los acuerdos con organizaciones religiosas, a tenor de los artículos 7 y 8 de la Constitución italiana; y en temas de aprobación de tratados, así como para la adopción del presupuesto o de las leyes de Hacienda Pública, en casi todas las constituciones.

10. Leyes orgánicas

Introducidas por primera vez, en su versión moderna, en la Constitución francesa de la Vª República, las leyes orgánicas han sido rápidamente recibidas también en la Constitución española de 1978, así como –si bien en contextos institucionales diferentes– en la venezolana, peruana, rumana, portuguesa, brasileña, entre otras⁽¹⁷⁰⁾.

Desde una perspectiva comparada, la “ley orgánica” es un acto-fuente del Parlamento (pero no sólo de éste, pues también existen en Francia las ordenanzas orgánicas), que se aprueba mediante un procedimiento más riguroso, en comparación con el *iter* ordinario de la ley (mayorías calificadas y/u opinión de los órganos de justicia constitucional), que se encarga de regular

⁽¹⁶⁹⁾ A su vez, el art. 64, último párrafo, de la Constitución de Eslovenia prohíbe que la ley relativa a la materialización de los derechos y a el *status* de los grupos nacionales sean aprobadas sin el consentimiento de los representantes de los mismos grupos.

⁽¹⁷⁰⁾ Sobre leyes orgánicas se han publicado varias contribuciones de autores franceses y, sobre todo, españoles y portugueses (en particular, entre los primeros, Chofre, J.: *Significado y función de las leyes orgánicas*, Madrid, 1994; entre los segundos, Moreira Da Silva, J.L.: *Das leis orgánicas na Constituição da República portuguesa*, Lisboa, 1991); así como los comparativistas italianos Pizzetti, F.: *Rigidità e garantismo nella costituzione spagnola*, Torino, 1979; Pegoraro, L.: *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Padova, 1990.

materias que principalmente –por tanto, no de manera exclusiva– involucran a los poderes públicos, que se encuentran limitados por los principios establecidos en la Constitución y que están sometidos a un proceso de modificación y derogación más complejo.

En los distintos ordenamientos, se encuentran profundas diferencias sobre este tema. Así por ejemplo, en la Constitución española el ámbito de competencia de las leyes orgánicas se extiende –de manera diferente a lo que ocurre en Francia y en los países sudamericanos– a las libertades públicas, mientras el artículo 72 de la Constitución rumana adopta una solución intermedia. De la misma forma, este tipo de leyes se encuentran sometidas obligatoriamente a un control preventivo por parte del órgano de justicia constitucional ⁽¹⁷¹⁾ en ordenamientos como el francés, pero no se exige igualmente en el caso español.

Sin embargo, la existencia de características comunes permite distinguir las leyes orgánicas de las fuentes que se llaman igual y que no poseen estos requisitos ⁽¹⁷²⁾, todavía, en la medi-

(171) El art. 163 de la Constitución venezolana de 1961, modificado por el art. 203 de la Constitución de 1999, definía como “ley orgánica” no solamente las expresamente señaladas en el texto constitucional en razón de la competencia material, sino también las leyes así individualizadas por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras al inicio de la discusión del proyecto correspondiente, que tenían que someterse al mismo régimen de las otras.

(172) Como las leyes orgánicas mencionadas por algunas constituciones decimonónicas, que no se caracterizaban por su particular ubicación en el sistema de fuentes, sino más bien por el modo sistemático (es decir “orgánico”) de desarrollar una determinada materia; o bien por el argumento regulado (los órganos del Estado); o se trata de leyes previstas en algunas constituciones recientes, definidas como “orgánicas”, que no poseen las características antes enunciadas. Se puede ver, por ejemplo, el art. 80 de la Constitución griega de 1975, que exigía una ley “orgánica” para autorizar la concesión de retribuciones, pensiones, sa-

da en que conserven una definición constitucional del ámbito material del cual se ocupen y se mantengan algunos procedimientos más rígidos de adopción, es posible predicar la existencia de leyes orgánicas en ordenamientos que no adoptan tal *nomen iuris*, como, por ejemplo, sucede en el caso de la Constitución magiar; donde podrían definirse como "orgánicas" las leyes aprobadas por la mayoría de las dos terceras partes de los miembros del legislativo.

11. Actos con fuerza de ley del Ejecutivo

El dogma de la división de poderes entre las Cámaras y el Ejecutivo influyó en numerosas constituciones decimonónicas, en las que no se previó la facultad de dejar de lado el principio según el cual el único órgano competente para aprobar, modificar y derogar las leyes era el Parlamento. Sin embargo, siendo aquellas constituciones flexibles, podía permitírseles a las asambleas parlamentarias, aun en ausencia de disposición expresa en tal sentido, autorizar al Gobierno para asumir actos provistos de la misma fuerza de las leyes y, en algunos casos, también ratificar, con efecto retroactivo, los actos del Ejecutivo aprobados en la esfera de competencia de la ley ⁽¹⁷³⁾.

larios o compensaciones no previstas en el presupuesto del Estado; o bien el art. 61 de la Constitución del Ecuador, que se refiere a una "ley orgánica de la función legislativa"; también, en las leyes denominadas "orgánicas", que hasta antes de la reciente revisión formaban parte de la Constitución finlandesa.

⁽¹⁷³⁾ Tal como sucede actualmente en Inglaterra, donde se utilizan, en materia de *delegated legislation*, tres procedimientos diferentes; uno de los cuales permite al Gobierno adoptar actos que entran inmediatamente en vigor, con la condición de que sean depositados en el Parlamento. Cfr. Kersell, V.J.E.: *Parliamentary Supervision of Delegated Legislation*, London, 1960.

12. *Sigue. La legislación delegada*

En la delegación legislativa, el Parlamento –eventualmente a petición del Gobierno– concede una *autorización*, un reconocimiento legal o una delegación preventiva para regular una determinada materia por decreto con fuerza de ley. Una solución híbrida se adopta en los casos en los que, además de la autorización, también se solicita del Parlamento la ratificación del decreto. Lo que viene a significar que, exceptuando la inmediata vigencia del acto, la supremacía del Parlamento no puede verse amenazada por el solo hecho de que el mismo Parlamento decida despojarse *soberanamente* de sus propias atribuciones en favor del Gobierno⁽¹⁷⁴⁾. No siempre, sin embargo, se ha considerado necesario disciplinar la legislación delegada en las constituciones; a menudo, se ha impuesto por la rutina, como en los Estados Unidos; rutina o práctica que, a veces, se ha racionalizado con ley del Parlamento⁽¹⁷⁵⁾.

Algunas constituciones regulan las delegaciones legislativas según el esquema tripartito “autorización-ordenanza (o decreto)-ratificación”: son los casos de Francia y de Rumania⁽¹⁷⁶⁾. Otros si-

(174) Sobre legislación delegada en algunos ordenamientos de *civil law* y de *common law*, véase la bibliografía citada por Patrono, M.: *Le leggi delegate in Parlamento*, cit. En particular, para el caso español, Virgala, E.: *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionado de Ley*, Madrid, 1988. En el caso italiano, en lengua francesa, Baudrez, M.: *Les actes législatifs du Gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de droit constitutionnel italien*, Aix-Marseille, Paris, 1994; Schmitt, C.: *Une étude de droit constitutionnel comparé. L'évolution récente des problèmes des délégations législatives*, en *Recueil Lambert*, Paris, 1938, págs. 200 y sgts.; Triepel, H.: *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht. Eine Kritische Studie*, Stuttgart, Berlin, 1942; Kersell, J.E.: *Parliamentary Supervision of Delegated Legislation*, cit.; Loewemberg, G.; Patterson, S.C.: *Comparing legislatures*, cit.

(175) Ver el *Statutory instruments Act* inglés de 1946.

(176) Arts. 38 y 114 (núms. 1 y 3), a cuyo tenor se establece que la aprobación parlamentaria es eventual y solamente en los casos en que se requiera

guen un *iter* doble, que, en Italia, se desprende de la ley de delegación y se concluye con la llamada ley delegada ⁽¹⁷⁷⁾; así ocurre en Grecia ⁽¹⁷⁸⁾, donde están excluidas de la delegación las materias sujetas a reserva de la asamblea, y también en Alemania ⁽¹⁷⁹⁾.

La Constitución española –aparte de excluir las materias reservadas a las leyes orgánicas como posible objeto de la delegación– toma de la experiencia italiana un sistema de garantías y establece una rigurosa delimitación de principios y *criterios* directivos, fija términos para el ejercicio de la delegación y para la efectividad de la misma; además, asigna un contenido innovador al decreto legislativo, cuyo objeto es refundir en un solo texto otros cuerpos legales dispersos y lo somete a controles específicos, que se suman a los que ejercen de modo ordinario los tribunales competentes ⁽¹⁸⁰⁾. El artículo 84 hace más fuerte las leyes delegadas, al reconocer al Gobierno la posibilidad de oponerse a

un específico reconocimiento legal. A su vez, el art. 198 de la Constitución portuguesa denomina «decretos-leyes» a tres categorías diferentes de actos normativos emanados del Gobierno: los relativos a materias no reservadas a la Asamblea de la República; los que aplican normas “de base” o de principios fundamentales del Derecho, de acuerdo con la ley; y, finalmente, las materias reservadas al Parlamento. En los últimos dos casos, se exige (inciso tercero) una ley de autorización o la manifestación expresa de la ley de base que legitime la aceptación del decreto. Por otra parte, el art. 169 no hace obligatoria la ratificación parlamentaria, pero la subordina a la petición de, al menos, diez diputados. Los «decretos-leyes» contemplados en la legislación portuguesa presentan unas características que los asemejan más a las leyes delegadas que a los decretos-leyes disciplinados en el art. 77 de la Constitución italiana.

⁽¹⁷⁷⁾ Art. 76 de su Constitución.

⁽¹⁷⁸⁾ Art. 43.4 de su Constitución previa a la revisión de 2001.

⁽¹⁷⁹⁾ Art. 80 GG.

⁽¹⁸⁰⁾ Art. 82, párrafos 2 y 6, de su Constitución.

una propuesta o modificación legal si éste considera que la misma es contraria a una ley de delegación en vigor. Se asegura, por tanto, una mayor certeza y estabilidad jurídicas, conferidas por la escasa permeabilidad de la leyes delegadas a los ataques de las legislaciones especiales.

Si bien podemos decir que tales circunstancias configuran el "dominio" tradicional de la legislación delegada, no podemos olvidar que dichos códigos y textos únicos, constituyen actos jurídicos complejos que exigen particular tecnicismo y un riguroso análisis de contenido, frente a los cuales las asambleas numerosas —como lo son las parlamentarias— comprometen el estilo y el diseño orgánico de tales fuentes del Derecho.

13. *Sigue. Decretos y ordenanzas de necesidad*

Con los decretos-leyes, es el Ejecutivo quien asume el acto, que después somete al control del Parlamento, invirtiendo así el esquema adoptado para la legislación delegada ⁽¹⁸¹⁾.

Tanto en las formas de Gobierno parlamentarias, como en las semipresidenciales, los esquemas adoptados por las constitu-

(181) En dos volúmenes de Palici Di Suni, E. (*La funzione normativa tra Governo e Parlamento. Profili di diritto comparato*, Padova, 1988; y *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Milano, 1988), se afronta en Derecho comparado el argumento del mandato de urgencia. Sobre el tema, véase también Panetta, A.: *Profili comparati dell'istituto del decreto-legge. Rassegna di alcuni ordinamenti costituzionali europei*, en *St. parl. pol. cost.*, 1982. En relación con el ordenamiento italiano, Angiolini, V.: *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; Pinna, P.: *L'emergenza nel diritto costituzionale italiano*, Milano, 1988. En el Derecho francés, el ya citado de M. Baudrez, *Les actes législatifs du Gouvernement en Italie*. En el ordenamiento español, Carmona, A. M.: *La configuración constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, 1997; Santaolalla Machetti, P.: *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, 1988.

ciones en materia de decretos-leyes son tres: raramente están expresamente prohibidos; la mayoría de las veces no dicen nada sobre el particular; y, en ocasiones, se admite que el Gobierno pueda adoptar actos con fuerza de ley (por lo general, estableciendo límites de materia), pero la ratificación parlamentaria en tal caso es obligatoria.

Si la Constitución prohíbe la derogación de las competencias parlamentarias ⁽¹⁸²⁾, la adopción de ordenanzas o decretos con fuerza de ley sólo puede encontrar justificación en la necesidad. En cambio, ante el silencio de la Constitución, la ausencia de autorización constitucional a favor del Gobierno puede significar, en determinados casos, una admisión implícita de las ordenanzas de necesidad, o bien una prohibición implícita para su adopción.

En particular, la falta de tal autorización expresa se observa en casi todos los ordenamientos iberoamericanos, en cuyas constituciones, además, se suele encontrar una regulación de la declaración de los estados de emergencia, excepción y sitio, que —esto ha ocurrido de manera frecuente en el pasado— habilita al Presidente o al Gobierno para asumir cualquier medida extraordinaria, incluidas las que comporten la derogación de las leyes. Además de los casos de Centro y Sudamérica, los decretos-leyes no son constitucionalmente “regulados” en algunas de las nuevas democracias de Europa del Este ⁽¹⁸³⁾, así como tampoco en numerosos ordenamientos de más antigua tradición ⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸²⁾ Como lo hace, por ejemplo, la Constitución irlandesa en el art. 15.2, cuando establece: «Ninguna autoridad (excepto *l'Oireachtas*, o Parlamento) puede dictar leyes del Estado».

⁽¹⁸³⁾ Así sucede en Rumanía, Polonia, Hungría; mientras que el art. 108 de la Constitución eslovena y el art. 19/C.2 de la Constitución húngara los admiten solo en casos de emergencia o de guerra.

⁽¹⁸⁴⁾ Además de Inglaterra, Canadá, Australia, Suecia, Finlandia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega y Japón.

En los sistemas parlamentarios, algunas veces, la práctica se ha orientado en el sentido de permitir al Gobierno la adopción de actos dotados de eficacia provisoria (subsancable por medio de una ley del Parlamento), que persiga como finalidades el restablecimiento del orden jurídico con efecto *ex tunc* y, al mismo tiempo, *exima* de responsabilidad al Gobierno (se trata del *bill of indemnity*, conocido en la experiencia parlamentaria inglesa).

Para enfrentarse a emergencias imprevistas, imposibles de afrontar rápidamente con el procedimiento parlamentario normal, algunas constituciones han establecido expresamente la licitud de los decretos-leyes, alcanzando al mismo tiempo el objetivo de delimitar su utilización; sea desde el punto de vista sustancial, sea desde el punto de vista del procedimiento⁽¹⁸⁵⁾. No existe, sin embargo, una limitación del ámbito material de tales fuentes en la mayoría de los casos⁽¹⁸⁶⁾. La Constitución española es una excepción a la regla general; pues regula cautelosamente el empleo de los decretos-leyes, como consecuencia del uso que se hizo de los poderes normativos durante el régimen franquista

(185) En tal sentido, lo disponen –entre otras– las constituciones española (art. 86), italiana (art. 77), danesa (art. 23), griega de 1975 (art. 44.1), islandesa (art. 28), rumana (art. 114, núms. 4 y 5), estona (art. 109), argentina (art. 99, núms. 3 al 12).

Los problemas jurídicos más relevantes se presentan en tales ordenamientos, cuando la misma Constitución prohíbe la adopción de leyes retroactivas; pues, en tal caso, una ley ordinaria no es suficiente, por lo menos en teoría, para producir los efectos de los cuales se ha venido hablando hasta el momento.

(186) Las cuales, por otra parte, se emplean sobre todo por dos motivos: uno, hacer frente a situaciones de desastres naturales o de emergencia; y, dos, introducir medidas fiscales sin dar lugar a la especulación, como ocurriría si los impuestos o las exenciones tributarios fueran adoptados siguiendo el normal *iter legis*.

(experiencia compartida por todos los gobiernos autoritarios)⁽¹⁸⁷⁾ y donde, de cualquier modo, la práctica se ha orientado a la menor utilización posible del instituto⁽¹⁸⁸⁾.

La existencia de la condición de urgencia o de la de necesidad, o de ambas, a las que todos los ordenamientos subordinan la adopción de decretos-leyes, puede valorarla el Parlamento o, eventualmente, el órgano de justicia constitucional (como sucede por ejemplo en España y, ahora, con el cambio de la jurisprudencia constitucional, también en Italia).

Lo que caracteriza a las fuentes en cuestión es que el acto con fuerza de ley sancionado por el Gobierno se somete al Parlamento de forma más o menos inmediata para que éste proceda a su ratificación o rechazo (y, en algún caso, a su conversión en ley). La falta de convalidación por parte de la cámara (ya sea por el voto negativo o por vencimiento del plazo establecido para la votación) provoca, dependiendo de los ordenamientos, la invalidez o la ineficacia del decreto-ley o de algunas de sus disposiciones, con efecto retroactivo o limitado al futuro.

14. Las fuentes de los entes territoriales periféricos.

Constituciones y estatutos

En los ordenamientos federales o regionales, el sistema de fuentes se complica posteriormente; pues, además de las fuentes del Estado, operan las de los Estados miembros (USA), de las

⁽¹⁸⁷⁾ Del ámbito material constitucionalmente lícito de los decretos-leyes están excluidos, en España, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos recogidos en el título I; las instituciones fundamentales del Estado, el régimen de las Comunidades Autónomas, el derecho electoral general, así como las leyes que, de acuerdo con el art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sirven de parámetro para valorar la constitucionalidad de los mismos decretos-leyes.

⁽¹⁸⁸⁾ Blanco Valdés, R.L.: *ob. cit.*

provincias (Canadá), de los *Länder* (Alemania, Austria), de las Comunidades Autónomas (España), de los Cantones (Suiza), de las Regiones (Italia, Bélgica), etc.

Por lo demás, los entes territoriales se regulan por una Constitución (en los Estados federales) o por un Estatuto (en los Estados regionales). La primera es siempre un acto del Estado miembro, mientras el segundo –aun cuando sean elaborados, de *iure* o de *facto*, por los órganos periféricos– son recepcionados por el ordenamiento central, con ley constitucional (Regiones especiales italianas), con ley orgánica (España) o con otro acto de rango primario (Portugal y las Regiones ordinarias italianas ante la reforma constitucional de 2000). En los Estados federales, de una parte, las constituciones estatales están subordinadas a la Constitución de la federación⁽¹⁸⁹⁾ y, de otra, al respeto de la norma base de cada ente periférico (además de la Constitución), a las cuales se condiciona la validez de las leyes emanadas por los órganos descentralizados.

Se establece entre las constituciones o estatutos, por un lado, y las leyes de los ordenamientos descentralizados, por la otra, una relación de jerarquía; en cuyo vértice se encuentra siempre la Constitución del Estado⁽¹⁹⁰⁾.

15. *Sigue.* La distribución de competencias

El criterio de competencia, (o de manera más precisa, el criterio por el cual cada materia es disciplinada por el “poder central” en cuanto a los principios y por los entes periféricos en cuanto

(189) Ver art. VI, cl 2, Constitución de los Estados Unidos; art. 28 GG de Alemania; art. 3 de la Constitución de Suiza; arts. 5 y 31 de la Constitución de la Argentina.

(190) Sobre el particular, véase Reposo, A.: *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino, 2000 y su amplia bibliografía.

a los detalles) permite distinguir las materias legislativas pertinentes en cada nivel territorial. Las técnicas de reparto de competencias son variadas y de distinta extensión; basta con observar aquí que la división por materias provoca incertidumbres, debido a la vaguedad de las palabras que las determinan y, en consecuencia, suele corresponder a los órganos de justicia constitucional la elaboración de difíciles reconstrucciones de las competencias del “poder central” y de los ordenamientos territoriales, situación que se vislumbra también, aun cuando la Constitución contenga el reparto de competencias en detalle, como sucede en Alemania, Austria o Suiza.

Los ordenamientos regionales (o de las Comunidades Autónomas) subordinan sus leyes a la Constitución, al Estatuto y al respeto de otros límites generales. Las leyes regionales condicionan a su vez el marco de actuación de las leyes del Estado, como es el caso de las leyes *generales* a las que alude la Constitución de Portugal⁽¹⁹¹⁾, las leyes *marco* a las que hacía referencia la legislación de actuación del artículo 117 de la Constitución italiana, ante la reforma de 2001, o las leyes *de bases* mencionadas en la Constitución española⁽¹⁹²⁾. En tales casos, la materia desaparece como exclusiva del Estado o de los entes territoriales, de suerte tal que Regiones y Estado concurren, con una normativa más o menos detallada, a disciplinar la misma materia. Incluso donde la competencia de las Regiones sea de tipo “exclusivo”, la ley ordinaria estatal viene a representar un límite a la potestad legislativa regional, en aquellos sectores que involucren diferentes materias de interés nacional (por ejemplo, no es común que, en temas como las sanciones penales, sea competente la ley regional, sino que, por el contrario, es una atribución típica de la ley estatal)⁽¹⁹³⁾.

⁽¹⁹¹⁾ Art. 229.1 de su Constitución.

⁽¹⁹²⁾ Art. 149.1 de su Constitución.

⁽¹⁹³⁾ Se debe tener en cuenta, en efecto, que, en las materias en las cuales las Regiones (o los Estados miembros) disfrutaban de competencia legislativa

16. Fuentes comunitarias y ordenamientos internos

La institución de las tres Comunidades Europeas (la Económica, la del Carbón y del Acero, y la de la Energía Atómica; conjunto que, con los *Pilares* de Política Exterior y Seguridad Común y de Justicia e Interior, se denomina Unión Europea desde 1992) ha determinado, desde su inicio en 1957, el ingreso de dos nuevas categorías de fuentes (directiva y reglamento) en los ordenamientos que la integran. Este hecho ha ocasionado graves problemas de coordinación que se han ido resolviendo poco a poco, bien desde los Estados miembros (mediante la legislación o la jurisprudencia), bien desde el ámbito comunitario (en este caso, especialmente a través de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). El progresivo peso asumido por la Unión y la ampliación de sus competencias en el último decenio, ha llevado consigo la exigencia de algunas revisiones constitucionales, puesto que no todos los textos fundamentales de los países de la Unión Europea prestaban su consentimiento a la limitación de la soberanía que presupone el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992. En algunos ordenamientos, se vislumbran también dificultades relativas a la aplicación del Derecho Comunitario, sobre todo, en lo relacionado con el ejercicio de las competencias de los entes periféricos regionales.

El nuevo artículo 23 de la Constitución alemana subordina la colaboración de la República con la Unión Europea, en lo referente a la autorización de transferencias de derechos de soberanía, al respeto del principio democrático del Estado social y federativo de Derecho, del principio de subsidiariedad y de tutela de los derechos fundamentales "esencialmente equiparable a la Ley Fundamental vigente"; condicionando así la recepción del Dere-

va, tales entes pueden ejercer la competencia reglamentaria, en ejecución de la ley estatal o regional o, a veces, de manera independiente.

cho Comunitario a su conformidad con el “núcleo esencial” de la *Grundgesetz* ⁽¹⁹⁴⁾.

La Constitución francesa se ha enriquecido, a su vez, con el artículo 88.1, cuyo tenor literal dice: “la República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, conformada por Estados que han elegido libremente, de acuerdo con los tratados constitutivos, ejercitar en común competencias propias”. Lo que también puede decirse del artículo 88.2, donde se afirma que: “Francia consiente la transferencia de las competencias necesarias para la Constitución de la unión económica y monetaria europea, así como para la determinación de las reglas relativas a la apertura de las fronteras de los Estados miembros de la Comunidad Europea”. En fin, el artículo 88.4 disciplina la materia del *impacto* de las normas comunitarias en el Derecho interno, estableciendo que: “el Gobierno somete a la Asamblea Nacional y al Senado (...) las propuestas de actos comunitarios que comporten disposiciones de naturaleza legislativa” y que, en ese contexto parlamentario, “pueden ser votadas resoluciones” ⁽¹⁹⁵⁾.

17. La “fuerza” de los actos comunitarios. El papel de los entes periféricos

En cada Estado de la Unión, los reglamentos comunitarios se imponen con fuerza propia, son directamente aplicables por todas las autoridades y vinculan a los particulares en virtud de la fuerza atribuida por el ordenamiento europeo. La relación entre las leyes y los actos normativos internos españoles, italianos, ale-

⁽¹⁹⁴⁾ A continuación, los arts. 23 y 24 disciplinan los procedimientos y las competencias de los órganos federales en materia comunitaria; así como los aspectos conexos a las competencias de los *Länder*.

⁽¹⁹⁵⁾ El art. 54, en el nuevo texto modificado, impone la reforma constitucional para la aprobación de compromisos internacionales que impliquen cláusulas contrarias a la Constitución.

manes, franceses, etc., de una parte, y los reglamentos comunitarios, de la otra, es una relación de competencia, que se instaura en virtud de la transferencia de competencias estatales a las Comunidades Europeas, acción que le confiere, además, eficacia sobre las materias disciplinadas ⁽¹⁹⁶⁾.

La diferencia formulada en los albores del ordenamiento comunitario entre directivas (que requieren de actos internos de aplicación) y reglamentos (directamente aplicables) no es absoluta, puesto que algunas directivas —o parte de ellas— son en efecto de aplicación directa; otras, en cambio, obligan a los órganos estatales o descentralizados a tomar las medidas idóneas para asegurar su ejecución. Por otra parte, también los reglamentos comunitarios exigen algunas veces actuaciones “internas” posteriores; por ejemplo, cuando se requiere la constitución de órganos administrativos específicos. En todo caso, dejando de lado el *nomen iuris* del acto comunitario, las normas *self-executing* obligan al juez a no aplicar el Derecho interno que sea contrario a las normas comunitarias ⁽¹⁹⁷⁾. Independientemente de la relación que existe entre los diferentes jueces constitucionales, los reglamentos y las diferentes directivas de aplicación directa, en todo caso,

(196) Véase la Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 170 de 1984. Cfr. desde varias perspectivas, Monaco, R.: *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 1967; AA.VV.: *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978; Perlingieri, V.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1992; Guzzetta, G.: *Costituzione e regolamenti comunitari*, Milano, 1994; Sorrentino, F.: *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1994; Donati, F.: *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995; Cartabia, M.: *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

(197) Como por otra parte exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, en algunos casos, también lo hacen los tribunales nacionales, como, por ejemplo, la *Cassation* de Bélgica, de 27 de mayo de 1971.

se imponen a las normas internas precedentes, impidiendo su aplicación mientras se someten a la derogación por obra de la ley o de otros actos internos sucesivos.

En los Estados descentralizados de la Unión (como España, Alemania, Italia, Bélgica) también las Comunidades Autónomas, los *Länder*, las Regiones, las Comunidades (culturales) belgas, etc., están llamadas a ejecutar las directivas comunitarias (y eventualmente los reglamentos), coordinando las normas de origen diferente (comunitario, estatal, regional). Esto hace que no siempre se obtengan resultados lineales; pues, por un lado, las directivas *self-executing* a menudo tocan materias –por así llamarlas– transversales, que no están sometidas a la competencia exclusiva del ente territorial en cuestión (como la protección del ambiente o de los consumidores); y, por el otro, la distribución de competencias de las mismas materias entre el “poder central” y los “poderes periféricos” no es clara, ni siquiera en el interior en cada uno de los distintos ordenamientos.

Incluso donde se prevén competencias regionales “exclusivas” (como sucede con las Regiones especiales italianas o en los entes territoriales de otros países), la prevalencia del Derecho Comunitario y del principio según el cual ningún Estado puede justificar sus incumplimientos con la excusa de su propia organización interna, ha llevado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a rechazar la excepción presentada en tal sentido por las diferentes autoridades estatales⁽¹⁹⁸⁾. Ni siquiera el *Bund* alemán podrá sustraerse a la aplicación de esta regla después de que, en sede de revisión, la *Grundgesetz*⁽¹⁹⁹⁾ haya establecido que: “si se ven comprometidas principalmente competencias legislativas exclusivas de los *Länder*, la tutela de los derechos que le corresponde a la República Federal Alemana

(198) Por ejemplo, véase la de 5 de julio de 1990, *aff.* C-42-89.

(199) Art. 123.6.

como Estado miembro de la Unión Europea, debe ser transferida del *Bund* a un representante de los *Länder* nombrado por el *Bundesrat*". En efecto, la *Grundgesetz* ha especificado que la ventaja constituida a favor de los *Länder* no significa una exclusión de responsabilidad para el *Bund*, al cual, por el contrario, se le impone la carga de "la responsabilidad estatal general".

18. Los reglamentos

La doctrina fundamental de la Revolución francesa defendía que el Poder Legislativo no podía ser "materialmente" conferido al Gobierno y, por ello, las constituciones aprobadas en la época establecían el principio de que solamente correspondía al Gobierno la ejecución de la ley; estándole prohibido modificar o interpretar las leyes existentes. Las circunstancias posteriores mostraron la dificultad para aplicar rigurosamente la distinción entre Poder Legislativo (normativo) y Poder Ejecutivo ⁽²⁰⁰⁾.

⁽²⁰⁰⁾ Para estudiar los reglamentos del Ejecutivo, pueden manejarse dos trabajos fundamentales. Uno es de Cheli, E.: *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, y el otro de Carlassare, L.: *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966. En ellos, las notas introductorias son ricas en referencias históricas y comparativas. También, se cita el volumen compilado por Caretti, P.; De Siervo, U.: *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, Bologna, 1991; y el de Cerrone, F.: *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Torino, 1991 (con análisis de los ordenamientos italiano, francés y alemán); el fascículo 1/1990 de *Quad. cost.*, dedicado a *Legge e regolamento* (con un ensayo de J.-L. Pézant sobre la génesis de los artículos 34 y 37 de la Constitución francesa). En relación con el Derecho italiano, veáse, además, Amato, G.: *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962; Sandulli, A.M.: *L'attività normativa della pubblica amministrazione centrale*, Bologna, 1992. Para el caso francés, desde el punto de vista histórico, Durand, Ch.; Lanza, A.: *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIXe siècle*, Aix, Marseille, 1976. Sobre Portugal, Coutinho De Abreu, J.: *Sobre os regulamentos administrativos*, Coimbra, 1987.

Todavía hoy en día, la idea de que el Gobierno no puede interpretar, alterar o modificar la ley a través de los reglamentos y que, por lo tanto, sólo está llamado a ejecutar las materias no sujetas a reserva absoluta, se expresa en varias constituciones, tanto en aquellas que se conservan inmutables desde el siglo XIX⁽²⁰¹⁾, como en algunas más recientes, que describen formas de Gobierno "presidencialista", semipresidencial o parlamentaria⁽²⁰²⁾.

Se encuentran al mismo tiempo otros textos constitucionales, que, abandonando el léxico del periodo revolucionario, se limitan a atribuir al Ejecutivo el poder de hacer reglamentos para la ejecución de las leyes⁽²⁰³⁾, o bien establecen que "el Gobierno (...) ejerce (...) la potestad reglamentaria conforme a la Constitución y a las leyes"⁽²⁰⁴⁾; así como la posibilidad de que "normas administrativas generales puedan ser impuestas por Reales decretos"⁽²⁰⁵⁾; o que "del presidente de la República (...) emanan los reglamentos"⁽²⁰⁶⁾. En tales casos, como también cuando la Constitución confiere al Ejecutivo el poder para dictar decretos o, si se quie-

(201) Art. 28.1 de la Constitución de Finlandia, hasta la reforma constitucional de 2000; art. 108 de la Constitución de Bélgica; art. 36 de la Constitución de Luxemburgo.

(202) Véanse los arts. 43.1 de la Constitución de Grecia de 1975; 103.1.c) de la Constitución del Ecuador; 99.2 de la Constitución de Argentina; 236.1 de la Constitución de Venezuela; 211.1.10 de la Constitución del Perú de 1979 y 118, 8 en la Constitución de 1993.; 96.1.1 de la Constitución de Bolivia.

(203) Art 199.1.c) de la Constitución de Portugal; art. 120.1.3 de la Constitución de Colombia; art. 73 de la Constitución de Japón; art. 114 de la Constitución de Bulgaria; arts. 92 y 142.1 de la Constitución de Polonia; art. 85 de la Constitución de Lituania; art. 120.1 de la Constitución de Eslovaquia.

(204) Art. 97 de la Constitución española.

(205) Art. 89.1 de la Constitución neerlandesa.

(206) Art. 87.5 de la Constitución italiana.

re, interpretar las leyes sin mencionar expresamente el poder reglamentario⁽²⁰⁷⁾, el principio de legalidad parecería impedir el ejercicio de un poder reglamentario sin la existencia de una ley previa que lo estableciese (los llamados reglamentos independientes). Se necesita, sin embargo, operar cada vez una reconstrucción general del sistema de fuentes y un examen cuidadoso de las prácticas de cada ordenamiento, con el propósito de admitir o excluir la constitucionalidad de reglamentos que, a pesar de operar dentro de los límites de la ley y estando subordinados a ella, sin embargo, disponen de materias no “relacionadas” con la actividad legislativa.

Mientras que, por lo general, la idea –de origen francés– de la prevalencia de la ley como expresión de la voluntad general y de la sumisión jerárquica del reglamento a la ley se mantiene por doquier, paradójicamente se ha abierto camino en Francia, desde la Constitución de la Vª República, la idea de un *domaine* del reglamento separado del de la ley⁽²⁰⁸⁾. Derrumbando un principio secular, el artículo 34 de la Constitución francesa sustrae de la ley la *competencia residual* y enumera las materias en las que tal fuente es competente para “establecer las normas” o bien para “determinar los principios fundamentales”⁽²⁰⁹⁾. Como consecuencia

(207) Art. 35.2 de la Constitución húngara; art. 99 de la Constitución rumana.

(208) Es una excepción el poder de organizar la estructura administrativa del Estado que se confiere al Ejecutivo, a pesar de que esté igualmente supeditado a la observancia de la ley (art. 28 de la Constitución irlandesa; art. 97 de la Constitución italiana).

(209) Art. 34, núms. 2, 3 y 4, de la Constitución francesa. La defensa del *domaine* del reglamento, que se extiende de forma exclusiva o concurrente sobre todas las materias no taxativamente enunciadas en el art. 34, es conferida por el art. 41 al Gobierno, que puede oponer que no está obligado a aceptar toda propuesta de ley o enmienda si se considera que invade la competencia reglamentaria; sólo en el caso eventual de que el presidente de la Asamblea interesada (un presidente de extracción

de las duras críticas que surgieron contra tales enunciados de la Vª República, se establecieron rápidamente valoraciones más cautas, observándose entonces que el artículo 34 enuncia las materias más importantes (regula desde los derechos y las garantías fundamentales hasta disciplinas tales como el régimen penal, fiscal, electoral, el derecho de la economía, etc.) y que la valoración de la importancia y de la productividad de una asamblea parlamentaria se mide no sólo por los términos cuantitativos (por el número de materias de su competencia, el número de leyes aprobadas, etc.), sino también en términos cualitativos (la relevancia política de las materias y de las leyes).

Más que al Gobierno —o, formalmente, al jefe del Estado—, la potestad reglamentaria viene conferida a su vez a determinados ministros, en virtud de expresas disposiciones constitucionales⁽²¹⁰⁾ o, en su caso, legislativas (como en Italia); así como también a administraciones separadas del Estado, agencias o autoridades independientes y, según el caso, a los diferentes entes territoriales o locales⁽²¹¹⁾. En el sistema general de fuentes, los Estatutos de los entes territoriales están siempre subordinados a la ley⁽²¹²⁾ y se diferencian de los reglamentos bien en virtud de la competencia para disciplinar la organización y el ejercicio de las funciones

mayoritaria) esté en desacuerdo, la solución de tal conflicto se resuelve ante el *Conseil Constitutionnel*.

(210) Véase sobre el particular los arts. 115 de la Constitución de Bulgaria; 94.2 de la Constitución de Estonia; 79 y 123 de la Constitución de la República Checa.

(211) Cfr., sin embargo, la constitucionalización operada en el art. 124 de la Constitución de los Países Bajos, el art. 241 de la Constitución de Portugal, el art. 44/A.1 de la Constitución de Hungría, el art. 254 de la Constitución de Perú de 1979, y los arts. 68 y 71 de la Constitución de Eslovaquia.

(212) Véase, por ejemplo, el art. 94 de la Constitución del Japón.

del ente; bien por la superioridad jerárquica de la ley, a la cual deben someterse los reglamentos.

19. Fuentes-acto residuales: reglamentos parlamentarios, sentencias constitucionales y referéndum abrogatorio

Es necesario hacer referencia en último lugar –habiéndose tratado ya en el capítulo primero de las fuentes-hecho– a los reglamentos parlamentarios, a las sentencias de los tribunales o cortes constitucionales y al referéndum derogatorio.

a) *Los reglamentos parlamentarios*

Según el ordenamiento jurídico, los reglamentos parlamentarios pueden considerarse fuentes legales de Derecho, o bien reglas de naturaleza interna, dependiendo solamente de la calificación constitucional dada por el adjetivo “interno”, que, a menudo, acompaña al sustantivo “reglamento”; así como por la sujeción a las formas típicas de publicación de las fuentes legales o a que la resolución de las posibles violaciones de derecho se presenten ante al juez ordinario o al constitucional, etc. En todo caso, debe tenerse presente que es *la Constitución* la que llama a los reglamentos parlamentarios a regular, entre otras cosas, el *iter* de formación del acto-fuente externo por excelencia, es decir, la ley⁽²¹³⁾.

⁽²¹³⁾ Cicconetti, S.M.: *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato*. (Stati Uniti, Germania federale, Italia), Padova, 1979, dirige una investigación de Derecho Comparado sobre los reglamentos parlamentarios y su posición en el sistema de fuentes. Una obra más reciente es la de Floridia, G.G.: *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, 1986; y del mismo autor, junto a Sorrentino, F.: *Regolamenti parlamentari*, en *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991. Además, puede verse el fascículo número 2/1991 de *Quad. cost.*, sobre *Il*

La peculiaridad de los reglamentos parlamentarios consiste en el hecho de que se sitúan —a diferencia de los del Ejecutivo— en una posición inmediatamente subordinada a la Constitución, despojando a la ley en general —y a la ley orgánica en particular— de las competencias relativas a la organización y al ejercicio de las funciones del Parlamento. En la actualidad, son muchas las constituciones ⁽²¹⁴⁾ que enuncian una reserva de competencia reglamentaria (que ahora es solo presupuesta, ya que la Constitución se limita a establecer que las cámaras se deben dar su propio reglamento, sin especificar las materias que este debe contener); mientras otras fijan reenvíos o hacen referencia a reglamentos parlamentarios ⁽²¹⁵⁾. Sin embargo —o, mejor dicho, casi nunca—, las constituciones no aclaran cuál es la ubicación de tales reglamentos en el sistema general de las fuentes del Derecho.

Si se exceptúan los casos en los que estos son regulados en el ámbito de la Constitución ⁽²¹⁶⁾ o sometidos al régimen de la ley (con la posibilidad de invadir el *domaine* de ésta ⁽²¹⁷⁾ o de someterse expresamente a ella, sin posibilidad de derogarla ⁽²¹⁸⁾)

Parlamento a vent'anni dai regolamenti del 1971, con escritos relacionados con el Derecho italiano, estadounidense, mexicano y francés.

(214) Por ejemplo, las Constituciones española (art. 72.1), italiana (art. 64.1), búlgara (art. 73), japonesa (art. 58.2), polaca (art. 112), rumana (art. 41.1), irlandesa (art. 15.10), luxemburguesa (art. 70), argentina (art. 669), boliviana (art. 67.1, núm. 3), filipina (art. VI, secc. 16, núm. 39), eslovena (art. 94).

(215) Constituciones francesa, holandesa y belga.

(216) *Cfr.* la Ley Orgánica sobre la Cámara de Representantes finlandesa del 13 de enero de 1928.

(217) Arts. 58 de la Constitución de Islandia; 69.1 y 76 de la Constitución de Lituania y 69 de la Constitución de Estonia.

(218) Véase el art. 28, último párrafo, de la Constitución austriaca, que prevé una ley federal con reglamentos del *Nationalrat*.

son los tribunales o cortes constitucionales los que, por vía jurisprudencial, se encargan de fijar la posición de tales reglamentos.

Se plantean dos interrogantes. Uno: ¿Cómo “normas interpuestas” entre la Constitución y la ley (los reglamentos parlamentarios) representan un “parámetro” para el juicio de constitucionalidad? Y dos: ¿Pueden constituirse como materia de juicio, a pesar de violar la Constitución? En el primer caso, la solución es generalmente negativa, a menos que se vulnere junto a la norma reglamentaria una de tipo constitucional ⁽²¹⁹⁾; en el segundo, la respuesta depende de la disposición constitucional u orgánica expresa que permita el control sobre los reglamentos ⁽²²⁰⁾ o, muy a menudo, de la “fuerza” que a ellos le viene atribuida por los tribunales constitucionales, frente a formulaciones más equívocas ⁽²²¹⁾.

b) *Las sentencias constitucionales*

Entre las fuentes del Derecho, deben ser incluidas las sentencias de los tribunales constitucionales provistas de eficacia *erga omnes*. Como quiera que se configure o se denomine el efecto producido por la decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo vigente (es decir, derogativo o de anu-

(219) Como lo manifiestan la jurisprudencia italiana, alemana y española.

(220) Art. 61.1 de la Constitución francesa, art. 27.2.d) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, art. 149.2 de la Constitución búlgara, art. 144.1.b) de la Constitución rumana.

(221) Por ejemplo, algunas constituciones asignan al órgano de justicia constitucional el conocimiento, además de la ley, de los “actos con fuerza de ley”; de lo que se trata es de establecer si un reglamento parlamentario puede ser definido como tal. Al respecto, la *Corte costituzionale* italiana ha negado tal posibilidad en su Sentencia núm. 154 de 1985; en cambio, una jurisprudencia que oscila según el tipo de control efectuado, se encuentra sobre la misma materia en el Tribunal Constitucional alemán.

lación), el resultado alcanzado es precisamente el de eliminar normas del ordenamiento jurídico ⁽²²²⁾.

c) *El referéndum abrogatorio*

Entre las fuentes del Derecho, debe enumerarse finalmente el referéndum derogatorio. Extraño en el Derecho comparado, goza de una aplicación constante en Italia; donde la naturaleza de fuente está atribuida no tanto al hecho del referéndum, sino más bien al acto por medio del cual el jefe del Estado recibe la voluntad del pueblo para derogar una ley ⁽²²³⁾. En este punto del análisis es suficiente recordar que en el caso en examen –como en el de las sentencias constitucionales estimatorias– la índole *negativa* del referéndum no elimina su naturaleza de fuente; y todavía es posible encontrar en hechos y actos de tal género una “carga” positiva, un *quid* de creatividad, imputable a la formulación de interrogantes capaces de consentir la sustitución de una disciplina por otra, o a la circunstancia de que el vacío (casi siempre) venga subsanado con la aplicación de la analogía o de otros *criterios* complementarios.