



l'umanesimo che innova

**Università degli Studi di
Macerata (Italia)**

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA

IN SCIENZE GIURIDICHE

XXXIII CICLO (D.M. 45/2013)

*Curriculum: Istituzioni e territorio nella dimensione
nazionale, europea e internazionale*



UNIVERSIDAD DE SEVILLA

**Universidad de
Sevilla (España)**

PROGRAMA DE

DOCTORADO EN DERECHO

(R.D. 99/2011)

*Línea de Investigación: Constitución, Estado
Autonómico y Protección de los Derechos
Constitucionales*

TEORÍA DE LA DELEGACIÓN Y LEGISLACIONES DELEGADAS

TEORIA DELLA DELEGA E LEGISLAZIONI DELEGATE

Ph.D. Candidate

Dott. Enrico Maria Mazzieri

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA

RELATORI

Chiar.mo Prof. Erik Longo

Chiar.mo Prof. Gianluca Contaldi

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. Massimo Meccarelli

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

DIRECTORA

Prof.^a Dr.^a Ana María Carmona Contreras

COORDINADOR

Prof. Dr. Francisco de Sales Capilla Roncero

A. A. 2019 / 2020

“When a great man has some one object in view
to be achieved in a given time,
it may be absolutely necessary for him
to walk out of all the common roads.”

EDMUND BURKE (1729 – 1797)

*Alla mia famiglia,
a cui devo tutto*

*A Imperia,
la miglior compagna di viaggio
che potessi avere*

El trabajo de investigación que condujo a esta tesis doctoral se realizó en el marco de la cotutela entre el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Sevilla y el programa de *Dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche* de la Università degli Studi di Macerata, iniciada en el período transcurrido por el autor – en el curso académico 2017/18 – en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, en España; continuada, en el curso académico 2018/2019, como Visiting Scholar en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, en Heidelberg, Alemania; terminada, en el año académico 2019/2020, en la Facoltà di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Macerata, en Italia.

Este estudio se llevó a cabo bajo la excelente dirección de la Prof.^a Ana María Carmona Contreras y de los profesores Gianluca Contaldi y Erik Longo. Sin la notable aportación ofrecida por estos tres brillantes maestros, este trabajo no habría podido llegar a feliz término. Por ello, deseo agradecer públicamente la implicación de estos eximios profesores. De cada falta o error, el autor sigue siendo el único responsable.

Il lavoro di ricerca che ha condotto alla presente tesi di dottorato è stato realizzato nel quadro della co-tutela tra il programma di Dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Macerata ed il programma di *Doctorado en Derecho* dell'Universidad de Sevilla, avviata nel periodo trascorso dall'autore – nell'a.a. 2017/18 – presso la Facultad de Derecho dell'Universidad de Sevilla, in Spagna; proseguita nell'a.a. 2018/2019, come Visiting Scholar presso il Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law di Heidelberg, in Germania; conclusasi nell'a.a. 2019/2020 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata, in Italia.

Questo studio è stato svolto sotto la preziosa direzione della Prof.ssa Ana María Carmona Contreras e dei professori Gianluca Contaldi ed Erik Longo. Si desidera qui ringraziare i professori, dal confronto con i quali il lavoro ha assunto la veste attuale. Di ogni mancanza od errore, l'autore resta l'unico responsabile.

ÍNDICE

ÍNDICE	8
INDICE	11
TABLA DE ABREVIATURAS	14
TAVOLA DELLE ABBREVIAZIONI	15
ABSTRACT	16
INTRODUCCIÓN	18
CAPÍTULO I – LA TEORÍA DE LA DELEGACIÓN	49
I.1 – ESTADO DE DERECHO Y PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES	49
<i>I.1.1 – La evolución de la teoría de la división de poderes: de sus orígenes a la filosofía de John Locke.....</i>	<i>57</i>
<i>I.1.2 – La doctrina de los tres poderes de Montesquieu</i>	<i>61</i>
<i>I.1.3 – Las transformaciones de la delegación legislativa.....</i>	<i>74</i>
I.1.3.1 – La evolución de la delegación durante el siglo XX: la teoría constitucional de Carl Schmitt	77
I.1.3.2 – Antiguas y nuevas tendencias en el poder de delegación	90
I.2 – LA TEORÍA DE LA DELEGACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES DEL ESTADO	97
<i>I.2.1 – Delegación y principio de colaboración leal.....</i>	<i>99</i>
<i>I.2.2 – Ejercicio y titularidad de la delegación legislativa</i>	<i>106</i>
<i>I.2.3 – Actividad legislativa y necesidad de recurrir a la delegación legislativa</i>	<i>116</i>
<i>I.2.4 – La relación entre tecnificación y separación de poderes: la ley de delegación como instrumento para adaptar el derecho nacional al derecho europeo</i>	<i>121</i>
CAPÍTULO II – LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN LOS ESTADOS MIEMBROS: LA EXPERIENCIA ITALIANA Y LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA. LÍNEAS DE CONVERGENCIA Y ÁMBITOS DE DISCREPANCIA.....	141
II.1 – LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO	143
<i>II.1.1 – Marco general, principios y criterios rectores.....</i>	<i>149</i>

II.1.1.1 – Los límites de la delegación legislativa	154
II.1.1.2 – El procedimiento de formación de los decretos legislativos	160
II.1.1.3 – Los controles sobre la delegación legislativa: juicio de legitimidad y tendencias en la jurisprudencia constitucional	171
II.1.2 – <i>La transformación de la delegación legislativa en Italia</i>	186
II.1.2.1 – Evolución y líneas de tendencia en el uso de la delegación legislativa durante las legislaturas	187
II.1.2.2 – Desarrollos de las tendencias	203
a) Decretación correctiva	204
b) Codificación.....	207
c) Implementación del derecho europeo.....	210
II.2 – LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	216
II.2.1 – <i>Marco general, criterios rectores y background histórico</i>	216
II.2.1.1 – Tipologías de delegación y procedimiento de formación	219
a) Delegación para la adopción de Textos articulados	221
b) Delegación para la adopción de Textos refundidos	226
II.2.1.2 – Los límites de la delegación legislativa	232
a) Límites formales	233
b) Límites materiales	235
c) Límites temporales	238
II.2.2 – <i>Los controles sobre la delegación legislativa</i>	241
II.2.3 – <i>La transformación de la delegación legislativa en España</i>	245
II.2.3.1 – Evolución y líneas de tendencia en el uso de la delegación	247

CAPÍTULO III – LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA: MARCO NORMATIVO Y EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE 252

III.1 – UBICANDO LA FIGURA DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL CONTEXTO DE LA ADMINISTRACIÓN COMUNITARIA (FASE PRE-LISBOA).....	252
III.1.1 – <i>La estructura administrativa en la UE. Conexión con la delegación legislativa</i>	260
III.1.2 – <i>Las garantías constitucionales de la delegación y la distinción entre legislación y ejecución: el caso Köster</i>	266
III.1.3 – <i>Elementos básicos y elementos no esenciales: el caso Rey Soda</i>	277
III.2 – EL TRATADO DE LISBOA: LA INCORPORACIÓN DE LOS ARTS. 290 Y 291 TFUE. SU INTERPRETACIÓN EN VÍA JURISPRUDENCIAL	283
III.2.1 – <i>Elementos de novedad versus continuidad</i>	283
III.2.2 – <i>Aproximación en clave jurisprudencial: el Caso C-427/12, sobre la supuesta infracción del TFUE y la inobservancia del sistema de atribución de poderes</i>	290

III.2.2.1 – Las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón: el área gris y el margen de discrecionalidad.....	295
III.2.2.2 – Parámetros guía de la decisión del Tribunal: la integridad del contexto legal	299
III.3 – CALIDAD Y CONTROL DE LA LEGISLACIÓN (DELEGADA) EUROPEA.....	301
<i>III.3.1 – El control de los instrumentos normativos europeos.....</i>	<i>301</i>
III.3.1.1 – Los controles jurisdiccionales y los límites de la revisión judicial	306
III.3.1.2 – Otros tipos de controles	317
<i>III.3.2 – La calidad de la legislación europea</i>	<i>327</i>
III.3.2.1 – El programa “Legislar mejor”	334
III.3.2.2 – Impacto y efectos en la legislación delegada: los resultados	346
CONCLUSIONES Y PUNTOS DE REFLEXIÓN PARA EL FUTURO DE LA LEGISLACIÓN DELEGADA.....	354
EXTENDED ABSTRACT (ITA)	363
BIBLIOGRAFÍA	384
AGRADECIMIENTOS	417

INDICE

TAVOLA DELLE ABBREVIAZIONI	15
ABSTRACT	16
INTRODUZIONE.....	18
CAPITOLO I – LA TEORIA DELLA DELEGA	49
I.1 – STATO DI DIRITTO E PRINCIPIO DI SEPARAZIONE DEI POTERI	49
<i>I.1.1 – L’evoluzione della teoria della separazione dei poteri: dalle origini alla filosofia di John Locke.....</i>	<i>57</i>
<i>I.1.2 – La dottrina dei tre poteri di Montesquieu.....</i>	<i>61</i>
<i>I.1.3 – Le trasformazioni della delega legislativa.....</i>	<i>74</i>
I.1.3.1 – L’evoluzione della delega durante il XX secolo: la teoria costituzionale di Carl Schmitt	77
I.1.3.2 – Antiche e nuove tendenze nel potere di delega	90
I.2 – LA TEORIA DELLA DELEGA COME CONSEGUENZA DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI DELLO STATO	97
<i>I.2.1 – Delega e principio di leale collaborazione.....</i>	<i>99</i>
<i>I.2.2 – Esercizio e titolarità della delega legislativa.....</i>	<i>106</i>
<i>I.2.3 – Attività legislativa e necessità di ricorrere alla delega legislativa</i>	<i>116</i>
<i>I.2.4 – La relazione tra tecnificazione e separazione dei poteri: la legge di delega come strumento per adattare il diritto nazionale al diritto europeo.....</i>	<i>121</i>
CAPITOLO II – LA DELEGA LEGISLATIVA NEGLI STATI MEMBRI: L’ESPERIENZA ITALIANA E L’ESPERIENZA SPAGNOLA. LINEE DI CONVERGENZA ED AMBITI DI DISCREPANZA.....	141
II.1 – LA DELEGA LEGISLATIVA NELL’ORDINAMENTO ITALIANO	143
<i>II.1.1 – Quadro generale, principî e criteri rettori.....</i>	<i>149</i>
II.1.1.1 – I limiti della delega legislativa	154
II.1.1.2 – Il procedimento di formazione dei decreti legislativi	160
II.1.1.3 – I controlli sulla delega legislativa: sindacato di legittimità e tendenze nella giurisprudenza costituzionale	171
<i>II.1.2 – La trasformazione della delega legislativa in Italia</i>	<i>186</i>

II.1.2.1 – Evoluzione e tendenze nell’uso della delega legislativa durante le legislature	187
II.1.2.2 – Sviluppi delle tendenze.....	203
a) Decretazione correttiva.....	204
b) Codificazione.....	207
c) Esecuzione del diritto europeo.....	210
II.2 – LA DELEGA LEGISLATIVA NELL’ORDINAMENTO SPAGNOLO	216
II.2.1 – <i>Quadro generale, criteri rettori e background storico</i>	216
II.2.1.1 – Tipi di delega e procedimento di formazione	219
a) Delega per l’adozione dei Testi articolati	221
b) Delega per l’adozione dei Testi unici.....	226
II.2.1.2 – I limiti della delega legislativa	232
a) Limiti formali	233
b) Limiti materiali	235
c) Limiti temporali	238
II.2.2 – <i>I controlli sulla delega legislativa</i>	241
II.2.3 – <i>La trasformazione della delega legislativa in Spagna</i>	245
II.2.3.1 – Evoluzione e tendenze nell’uso della delega legislativa	247

CAPITOLO III – LA DELEGA LEGISLATIVA NELL’UNIONE EUROPEA: QUADRO NORMATIVO ED EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UE

III.1 – UBICANDO LA FIGURA DELLA DELEGA LEGISLATIVA NEL CONTESTO DELL’AMMINISTRAZIONE COMUNITARIA (FASE PRE-LISBONA)	252
III.1.1 – <i>La struttura amministrativa nell’UE. Connessione con la delega legislativa</i>	260
III.1.2 – <i>Le garanzie costituzionali della delega e la distinzione tra legislazione ed esecuzione: il caso Köster</i>	266
III.1.3 – <i>Elementi basilari ed elementi non essenziali: il caso Rey Soda</i>	277
III.2 – IL TRATTATO DI LISBONA: L’INCORPORAZIONE DEGLI ARTICOLI 290/291 TFUE E LA LORO INTERPRETAZIONE IN VIA GIURISPRUDENZIALE.....	283
III.2.1 – <i>Elementi di novità ed elementi di continuità</i>	283
III.2.2 – <i>Approssimazione in chiave giurisprudenziale: il caso C-427/12, sulla presunta infrazione del TFUE e sulla violazione del sistema di attribuzione dei poteri</i>	290
III.2.2.1 – Le conclusioni dell’Avvocato Generale Cruz Villalón: l’area grigia ed il margine di discrezionalità	295
III.2.2.2 – Parametri guida della decisione della Corte: l’integrità del contesto legale	299
III.3 – QUALITÀ E CONTROLLO DELLA LEGISLAZIONE (DELEGATA) EUROPEA.....	301
III.3.1 – <i>Il controllo degli strumenti normativi europei</i>	301
III.3.1.1 – I controlli giudiziali ed i limiti alla revisione	306
III.3.1.2 – Altri tipi di controllo.....	317

<i>III.3.2 – La qualità della legislazione europea</i>	327
III.3.2.1 – Il programma “Legiferare meglio”	334
III.3.2.2 – Impatto ed effetti sulla legislazione delegata: risultati principali	346
CONCLUSIONI E SPUNTI DI RIFLESSIONE PER IL FUTURO DELLA LEGISLAZIONE DELEGATA	354
EXTENDED ABSTRACT (ITA)	363
BIBLIOGRAFIA	384
RINGRAZIAMENTI	417

TABLA DE ABREVIATURAS

UE	Unión Europea
CE	Comunidad Europea
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
RC	Reglamento Comitología
AG	Abogado General

TAVOLA DELLE ABBREVIAZIONI

UE	Unione Europea
CE	Comunità Europea
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea
TUE	Trattato sull'Unione Europea
TCE	Trattato che istituisce la Comunità economica europea
CGUE	Corte di Giustizia dell'Unione Europea
RC	Regolamento Comitologia
AG	Avvocato Generale

ABSTRACT

This is a general study of delegated legislation, with reference to its theory, in a theoretical path throughout the legal systems of Italy, Spain and the European Union, with a particular interest in how this kind of legislation mostly materialises. During the study, we face three methods of research and analysis: theoretical-philosophical, analytical and comparative.

Chapter I opens with an introduction that connects the theory of delegation with the more general constitutional theory, crossing the fine boundaries between federal and confederate systems, to then arrive at a necessary approximation to the system of sources of the European Union – ontologically connected to both, as a "quasi-federal" system. Chapter I goes on dealing with the birth moment of legislative delegation, starting from the principle of separation of powers and its evolution between the doctrines of Locke, Montesquieu and Carl Schmitt, to eventually arrive at the exercise and ownership of the legislative delegation, as well as the need to use it.

Chapter II, characterised by a more analytical and comparative research method, analyses the legislative delegation in the legal systems of two EU Member States: Italy and Spain. After an introduction to the two different systems, observing the regulatory framework, principles and rector criteria, the research moves on to highlight similarities and differences between the two systems. Chapter II also highlights the use of delegation tools and the transformation that this has had over the years, using an empirical method through the study of data and tables.

Chapter III places the figure of the legislative delegation in the pre- and post-Lisbon system, and goes on to deal with the delegated legislation in the legal system of the European Union, its constitutional limits and the guarantees imposed by the Court of Justice. Two of the most famous cases are used to analyse the aforementioned subjects: the Köster case and the Rey Soda case. The analysis continues with the study of articles 290 and 291 TFEU, through the brilliant

conclusions of Advocate General Cruz Villalón, regarding another famous case – the Biocides case. Chapter III concludes with an overview of the future of legislation in the European Union and the program Better Regulation for Better Results.

The aim of this doctoral thesis is therefore to understand the derivation of the theory of delegation. This thesis attempts to do this by explaining its original *raison d'être*, what kind of instrument it has become, using a theoretical approach that will act as a guiding framework and which will allow readers to better understand the circumstances surrounding facts.

INTRODUCCIÓN

“Esta vida, como tu ora la vivi e l’hai vissuta, dovrai viverla ancora una volta e ancora innumerevoli volte, e non ci sarà in essa mai niente di nuovo, ma ogni dolore e ogni piacere e ogni pensiero e sospiro, e ogni indicibilmente piccola e grande cosa della tua vita dovrà fare ritorno a te, e tutte nella stessa sequenza e successione – e così pure questo ragno e questo lume di luna tra i rami e così pure questo attimo e io stesso. L’eterna clessidra dell’esistenza viene sempre di nuovo capovolta e tu con essa, granello della polvere!”

(FRIEDRICH NIETZSCHE, *Die fröhliche Wissenschaft*, Chemnitz, 1882
tr. it. M. Montinari, *La gaia scienza*, Adelphi, 1965)

La delegación legislativa forma parte de los fundamentos del Estado de derecho y de los procesos y esquemas que derivan de ellos. E, igualmente, está integrado en su estructura ontológica el debatir y cuestionar el principio o autoridad en base a la cual se delega el poder legislativo, si el título de tal delegación es válido y si es legítimo el propósito al que atiende. Este objetivo conceptual es aún más relevante para el constitucionalismo moderno, cuyas justificaciones teóricas suponen que el gobierno es una cadena de líneas de atribución limitadas, cuyas prácticas residen en una búsqueda sistemática del título, del propósito, del alcance y de los límites internos y externos a cualquier ejercicio de poder. Estos intereses e intenciones se acentúan toda vez que existen una serie de limitaciones constitucionales a la legislación. Para abordar adecuadamente el tema de la delegación, será oportuno analizar, en el centro de este trabajo, la noción teórica de delegación.

Dado que dicha noción tiene notables y notorias manifestaciones en el derecho positivo, rápidamente habrá de superarse el ámbito de las reflexiones puramente abstractas. Con pocas excepciones, los sistemas constitucionales modernos tratan el tema explícitamente. Las diferentes disposiciones pertinentes y vigentes permiten la delegación del poder legislativo en condiciones restrictivas (es el caso de Alemania bajo la Ley Fundamental), la delegación en casos excepcionales y dentro de un marco regulatorio limitado (las constituciones francesas y rumanas actuales, por ejemplo) o incluso la prohíben por completo de manera expresa (por ejemplo, la constitución de

la Cuarta República Francesa). Es indicativo para la relevancia de esta restricción que, en el derecho constitucional de Estados Unidos, aun cuando no se ha previsto ninguna limitación específica en el texto constitucional, el requisito teórico de que no se pueda delegar el poder legislativo se ha convertido indirectamente en una ley constitucional jurídicamente ejecutiva. Ya en una etapa muy temprana, la Corte Suprema dedujo la *nondelegation* como un corolario doctrinal necesario tanto por la economía del texto, como por las limitaciones constitucionales al gobierno que, implícitamente, se deducían de la Norma Fundamental¹.

Para identificar la existencia de la limitación de la delegación como una cuestión de derecho fundamental positivo y, por lo tanto, restringir el objeto de la investigación, es de menor relevancia cómo se redacta concretamente la norma jurídica y si, por ejemplo, un determinado sistema prohíbe "la delegación de poder legislativo" (EE. UU.) o la permite, siempre que la misma esté suficientemente limitada mediante una restricción legislativa de su "contenido, propósito y alcance" (Italia y España). Por supuesto, dónde y cómo se plasma esta limitación no es irrelevante. No obstante, en atención a la metodología comparativa, solo se va a dar importancia a la existencia de una restricción constitucional expresa a las promulgaciones parlamentarias en un sistema dado y que la limitación sea de naturaleza substancial o, más bien, no puramente formal². Los arreglos constitucionales puramente procesales, en virtud de los cuales cualquier concesión de autoridad basada en un estatuto, no importa cuán amplio sea en sus términos, no se considera una delegación cuestionable, tienen poca relevancia práctica como limitaciones constitucionales.

¹ *The cargo of the Brig Aurora, Burn Side, Claimant, v. The United States*, 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813).

² Véase la comparación con *Whitman v. American Trucking Assns.*, 531 U.S. 457 (2001), con Stevens argumentando que, en la medida en que se brinden salvaguardas y limitaciones, el poder delegado a un agente del Congreso debe ser reconocido como de naturaleza legislativa. Sin embargo, este cambio de léxico – de "ninguna delegación permitida" a "alguna delegación aceptable" – tiene poca importancia legal. Simplemente, la atención pasa de la investigación a lo que no es el poder legislativo propiamente dicho y, por lo tanto, no se delegará en un intento de idear pruebas que distingan "buena" de "mala delegación". En sustancia, la diferencia va de mínima a inexistente.

Esta reserva se aplica con la misma fuerza a principios prácticamente irrelevantes para el tema que nos ocupa, como, por ejemplo, aquel que señala que el parlamento puede "delegar" pero no "abdicar" expresamente su poder³. Además, y en relación con estas observaciones, la delegación como tal por parte de los parlamentos del poder de establecer reglas subordinadas con fuerza de ley y los procedimientos y controles que le son aplicables – es decir, la problemática meramente técnica de la legislación delegada – es muy relevante, pero analíticamente secundaria e incidental, a la principal preocupación constitucional. Para reafirmar el tema objeto de estudio, una limitación normativa sobre la cantidad de legislación que el parlamento puede dejar a la decisión de otros órganos o ramas del gobierno es una prohibición o restricción de la delegación legislativa. Sobre la base de dicha limitación, se espera que la revisión judicial limite las prácticas parlamentarias que exceden los límites de la autorización legal normativamente permitida.

En consecuencia, puede afirmarse que los estudios académicos pueden ya proceder de manera ordinaria a la tarea más o menos básica de analizar, clasificar y comparar términos de validez, pruebas y estándares de revisión, bien dentro de un ordenamiento concreto, bien comparando varios de ellos. Sin embargo, este es el punto en el que el discurso sostenido hasta ahora – lineal y lógico – debe terminar abruptamente. Como se mostrará más adelante, las decisiones judiciales relacionadas con la delegación son, en todos los sistemas constitucionales, notoriamente difíciles de ajustar, inconsistentes y erráticas. A esto se suma lo también nebulosos de los debates teóricos relevantes sobre la cuestión.

Comenzando en el nivel semántico, se encuentra a menudo, con respecto a la literatura atinente a la propia jurisdicción constitucional, una diversidad terminológica desconcertante. Así, por ejemplo, aunque se refieren a las mismas reglas, prácticas, fenómenos y marcos conceptuales, muchos autores emplean de manera indiferente e indistinta los términos de no delegación del "poder", "función"

³ *In Re Gray*, 57 S.C.R. 150, 1918.

o "autoridad" legislativa⁴. Estas palabras – poder, función, autoridad –, aun cuando se usan con respecto al mismo fenómeno, no son sinónimas ni intercambiables. Tampoco la forma singular o plural de los sustantivos empleados es semánticamente neutra. Dado que las palabras que usamos y las formas en que las usamos estructuran y revelan nuestro pensamiento, esta laxitud terminológica puede reflejar, ya a primera vista, un grado de imprecisión analítica e incertidumbre epistemológica. Y las cosas devienen aún más heterogéneas en términos estrictamente sustantivos. Por lo tanto, el jurista danés Alf Ross observó en una encuesta comparativa de 1958 de la extensa literatura sobre el tema que, a pesar de que este había sido "un tema que ha empleado a muchas mentes y ha mantenido ocupados tanto el derecho como la ciencia política", la cacofonía analítica era tan confusa, que se podía pensar en la delegación como una noción "mística" y "mágica", más que legal. Ross propuso una anticipada y exhaustiva poda de las ramificaciones metafísico-místicas de la cuestión, con el fin de dar a la noción de delegación una definición viable y más precisa, limitada por criterios jurisprudenciales claros y determinables, de modo que pudiese hacerse útil, desde un punto de vista práctico, como un concepto legal-técnico de derecho público⁵. En tiempos más recientes, dos juristas estadounidenses han ido aún más lejos en este sentido y han sostenido que la polisemia de la delegación llega al punto de la vacuidad conceptual. Una vez que las capas metafísicas, retóricas e históricas se despegan y se descartan progresivamente como inapropiadas, redundantes o intrascendentes, lo restante sería una mera "metáfora". Dado que la extravagancia estilística vacía no tiene uso práctico en la adjudicación constitucional

⁴ Una búsqueda de texto realizada el 2 de febrero de 2010 en *HeinOnline*, restringida a la base de datos *Law Journal Library*, arrojó cientos de resultados relevantes para cada una de las variantes mencionadas (por ejemplo, 164 coincidencias para "delegación de funciones legislativas"); una búsqueda de *LexisNexis* o *Westlaw*, incluida la jurisprudencia, daría lugar a coincidencias adicionales. Los usos se refieren al mismo tema legal, la *nondelegation doctrine* de Estados Unidos (también conocida como *delegation doctrine*).

⁵ A. ROSS, *Delegation of Power-Meaning and Validity of the maxim delegata potestas non potest delegari*, 7 Am. J. Comp. L. 1, 1958.

y confunde un análisis teórico sólido, Eric Posner y Adrian Vermeule han sugerido simplemente descartar por completo la "metáfora de la delegación"⁶.

Ciertamente, se pueden descartar la mayoría de los conceptos fundamentales de la teoría constitucional y del derecho (separación de poderes, representación, Estado de derecho, neutralidad del Estado, etc.) de esta manera pragmática-común. Vistos desde un punto de vista "realista" o leídos en clave positivista-dogmática, tales conceptos pueden parecer equívocos, ambiguos o imprecisos, impregnados como están de un fondo de historia y filosofía. Desde una perspectiva *no-nonsense* y *matter-of-fact*, estos conceptos podrían considerarse, por lo tanto, no propiamente "jurídicos", e incluso se podría postular su eliminación. No obstante, si esta postura se lleva demasiado lejos, muy probablemente la claridad se pague con el precio de la simplificación (y, en cierto modo, del empobrecimiento) del mundo legal. Sin embargo, salvando lo dicho, esta línea de crítica contiene un núcleo de verdad pertinente y aplicable al tema de estudio.

La delegación legislativa tiene una estructura conceptual inevitablemente irreducible, en la medida en que el término solo puede explicarse por medio de presuposiciones y nociones constitucionales relacionadas con la legislación y la elaboración de leyes, cuyos significados son asumidos y anticipados por la palabra "delegación". A este respecto, las connotaciones metafóricas son innegables y, hasta cierto punto, inevitables. El término supone y transmite el entendimiento de conceptos jurídicos que deben aclararse y cuyas premisas deben establecerse a su vez de manera correspondiente. Es por ello que, al desenredar estos hilos de los que venimos hablando, y que atienden al debate sobre la delegación, resulta útil un ejercicio taxonómico previo.

Primero, el argumento de que el poder de legislar no debe delegarse anticipa una limitación derivada del Estado de derecho, que, por esta razón, se tendrá ocasión de analizar detenidamente más adelante en el trabajo. En este sentido, una delegación inadmisibles alude a la norma formal que, debido a su imprecisión, ofrece al individuo poca o ninguna anticipación con respecto a la conducta que realmente se le exige.

⁶ E. POSNER & A. VERMEULE, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. Chi. L. Rev. 1721, 2002.

Una ley vaga, difusa o indeterminada desvía la decisión normativa real en cuanto a la conducta requerida y la proyecta al nivel de ejecución, de modo que los que están sujetos a ella están en efecto expuestos a discreción ejecutiva, administrativa o judicial sin restricciones. Lo que se delega es el poder discrecional sobre las personas. La preocupación que anima el argumento de la no delegación, es decir, la posibilidad de abuso en ausencia de una regla clara, resuena en un sinfín de textos de filosofía política y jurídica, que van desde Aristóteles hasta Füller, sobre las demandas y requisitos previos de un "gobierno de leyes y no de hombres".

En segundo lugar, se podría decir que una legislatura, desde el punto de vista de la separación de poderes, engrandece el poder de otra rama. En este contexto, la preocupación que informa la noción de delegación y los debates relacionados con la misma atiende al desequilibrio resultante en la estructura de poder. En una forma más purista y orientada analíticamente a la separación de los argumentos relacionados con los poderes, se podría decir que la legislatura se está despojando de su función asignada constitucionalmente. Esta última formulación del argumento de la delegación, relacionado con la separación de los poderes, requiere de distinciones sustantivas entre las funciones centrales consideradas constitucionalmente apropiadas para las ramas respectivas (legislación, acción ejecutiva, administración, adjudicación). Lo que se delega, en la lógica de esta línea de argumentos, es una función constitucional específica de la rama. Ahora bien, la forma en que se defina el deber legislativo en relación con los diversos privilegios de otras ramas dependerá de la teoría particular de la separación de poderes que se abrace, que, según sea, se apoyará aún más en otros supuestos, como la visión profesada del derecho y del Estado⁷.

Tercero y último, la tensión democrática en los debates de delegación parte de la premisa de que elegimos representantes – como afirma Locke – "solo para hacer leyes, y no para hacer legisladores", es decir, son elegidos para tomar las decisiones reales que gobiernan nuestras vidas. Al no tomar esta decisión última y de control

⁷ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt: von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1958.

sobre un asunto dado, la legislatura evita sus cargas y traiciona su función representativa, al mismo tiempo que elude o desvía la responsabilidad que les es propia: la responsabilidad electoral. En este sentido, la decisión como tal se define como delegada, esto es, una decisión que, en virtud de su mandato democrático validado constitucionalmente, el parlamento tendría que tomar solo. Este último grupo de argumentos tampoco carece de tensiones. En los mismos se imbrican la concepción y noción de democracia representativa, rendición de cuentas, legitimidad y equilibrio adecuado dentro de un orden constitucional dado⁸. Como se puede notar ahora, la taxonomía explica en cierta medida la variedad terminológica, es decir, los presupuestos incluidos, a veces inconscientemente, en las diversas frases (autoría, poder, función) de los argumentos de no delegación.

Al mismo tiempo, este breve análisis pone de manifiesto el hecho de que, aunque distintos como tipos ideales analíticos, los diversos argumentos relacionados con la delegación también se superponen, ya que, por ejemplo, las teorías de separación de poderes se cruzan con la democracia representativa y con el Estado de Derecho. Seguramente se podría opinar que la doctrina de no delegación⁹ - o las disposiciones constitucionales que restringen la delegación - son simplemente dispositivos legales

⁸ Sobre las tensiones entre los conceptos de representación y democracia, véase E. W. BÖCKENFÖRDE, *Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie-Bemerkungen zu Begriff und Verwirklichungsproblemen der Demokratie als Staats und Regierungsform*, en G. MÜLLER ET AL., *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel-Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60 Geburtstag*, Helbing Lichetnhahn, Frankfurt am Main, 1982.

⁹ El principio de derecho administrativo estadounidense de que el Congreso no puede delegar sus poderes legislativos a otras entidades, conocido como doctrina de la no delegación, generalmente implica que el Congreso delegue sus poderes a agencias administrativas u organizaciones privadas. En *J.W. Hampton v. United States*, 276 U.S. 394 (1928), la Corte Suprema aclaró que cuando el Congreso le da a una agencia la capacidad de legislar, el Congreso debe darle a las agencias un "principio inteligible" sobre el cual basar sus regulaciones. Esta norma se considera bastante indulgente, y raramente, si alguna vez, se ha utilizado para anular la legislación. En *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) la Corte Suprema sostuvo que "el Congreso no tiene permitido abdicar o transferir a otros las funciones legislativas esenciales con las que se le confiere". Mejor argumentado en https://www.law.cornell.edu/wex/nondelegation_doctrine.

que sirven funcionalmente a estos diversos principios constitucionales (Estado de Derecho, separación de poderes y preocupaciones representativas relacionadas con la democracia con respecto a la legitimidad y responsabilidad de las promulgaciones legislativas). Pero tal argumento sería en cierto modo incorrecto. Cuán específica o general, abstracta o concreta debe ser una disposición legislativa en particular, no puede determinarse únicamente sobre la base de la noción de delegación o sobre la redacción de una condición de no delegación. Obviamente, el elenco normativo de una promulgación parlamentaria y, por lo tanto, la determinación con respecto a su admisibilidad constitucional, no puede decidirse sin especificar de antemano una preocupación relevante o un valor informativo. Pero los requisitos derivados de varias preocupaciones y valores relevantes no son completos y no son siempre coexistentes, ya que las definiciones de legislación derivadas de ellos no pueden yuxtaponerse perfectamente. Las consideraciones sobre el Estado de Derecho, por dar solo un ejemplo, no se aplican con igual grado de persuasión al nivel de especificidad del derecho penal y a los campos de regulación intensivos en riesgo (legislación ambiental, normas de salud y seguridad y similares).

Todos los supuestos relacionados con la noción de delegación convergen, en general, en el presupuesto de un ideal constitucional de legislación: una teoría constitucional coherente y consistente de la legislación dará como resultado una teoría inteligible de la delegación. Sin embargo, continuar con la disección introductoria de las diversas líneas de investigación definitorias (legislación como criterio normativo de conducta, legislación como voluntad, legislación como deliberación colectiva, legislación como función institucional, legislación como acto participativo, etc.) resultaría reiterativa y, por lo tanto, redundante y tediosamente contraproducente. El ejercicio anterior resulta útil para delinear los desafíos conceptuales en cuestión, pero también para establecer los límites explicativos externos de su propio *pattern*: no hay una razón *a priori* para reducir la noción de delegación a ninguno de sus supuestos principales y no hay forma de que el círculo vicioso pueda romperse racionalmente. Incluso suponiendo una medida relativamente alta de homogeneidad institucional funcional

en los sistemas jurídicos liberales, como necesidad de comparación¹⁰ y, en consecuencia, un cierto grado de sincronía entre los órdenes legales occidentales, las interpretaciones presupuestas constitucionalmente y las teorías dominantes de la legislación son históricamente contingentes. Los paisajes constitucionales discretos producirán conjuntos específicos de argumentos con respecto a la legislación y la conveniencia de delegarla. Además, y más pertinente a la incursión introductoria, la adopción de disposiciones constitucionales específicas a menudo responde directamente a cambios particulares en el contexto¹¹.

En este sentido, para poder continuar el camino teórico a través de los giros y vueltas de la delegación y del poder de la delegación, es esencial enfrentarse a un análisis previo de la constitución y del concepto de constitución: ésta, de hecho, no es solo la matriz que atribuye a ciertos órganos el poder de legislar, sino también es la misma que decide y permite, a través de sí misma, mover dicho poder a otros órganos. Un concepto de constitución solo es posible cuando se distinguen la constitución y el derecho constitucional. No es aceptable, primero, disolver la constitución en una multitud de leyes constitucionales individuales y, luego, definir el derecho constitucional en referencia a alguna característica externa o incluso de acuerdo con el método de su alteración. El concepto esencial de la teoría del Estado y el concepto fundamental de la teoría constitucional se pierden de esta manera. Fue un error

¹⁰ M. TUSHNET, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 Yale Law Journal 1225, 1999, argumentando que el uso primario del derecho constitucional comparado no es general y objetivamente epistemológico, sino subjetivo reflexivo, es decir, un medio por el cual podemos entender mejor nuestro propio sistema y S. BAER, *Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz*, 64 ZaöRV, 2004, argumentando que el uso principal del derecho constitucional comparativo es el de ayudar a los estudiantes a encontrar trabajos globales en aldeas corporativas. El estudio del derecho constitucional comparativo inculca "competencia intercultural, intersubjetiva", a saber, aptitudes contemplativas y conocimiento particularizado del "otro". En nuestra economía globalizada, esta competencia es vital "calificación clave" en el mercado, instrumental en la búsqueda de una carrera legal internacional.

¹¹ B. IANCU, *Legislative Delegation. The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012.

típico que un famoso profesor de derecho público afirmara que la transformación de la constitución en un "tipo de estatuto" era un "resultado de la cultura política actual". Más precisamente, la distinción entre constitución y derecho constitucional es para la teoría constitucional el comienzo de cualquier debate ulterior. La expresión recién citada, de que la constitución es un "tipo de estatuto", proviene de Bernatzik¹², que argumenta en contra de la opinión de que la constitución sea un contrato (entre el príncipe y el parlamento) y distingue claramente la constitución, como algo duradero e irrefutable, del contrato, que "crea una relación egoísta" y, por consiguiente, es, "bajo ciertas condiciones, nulo, refutable, soluble ". La confusión de la constitución y el derecho constitucional se debe al hecho de que el concepto de ley, sobre todo, enfatiza polémicamente la oposición a un contrato, mientras que hoy solo se debe subrayar la oposición a la ley (en el sentido de una decisión del parlamento), no para volver a la construcción contractual, sino para proteger el concepto positivo de la constitución contra una disolución y un socavamiento formalista.

La constitución en el sentido positivo se origina en un "acto del poder de constitución". El acto de establecer una constitución como tal no implica conjuntos separados de normas. En cambio, determina la totalidad de la unidad política con respecto a su forma peculiar de existencia a través de una sola instancia de decisión. Este acto constituye la forma y el tipo de la unidad política, cuya existencia se presupone. No es el caso que la unidad política surge por primera vez durante el "establecimiento de una constitución". La constitución en el sentido positivo implica solo la determinación consciente de la forma completa particular, que es decidida por la unidad política. Esta forma externa puede alterarse. Se pueden introducir formas fundamentalmente nuevas sin que el Estado deje de existir, más específicamente, sin que la unidad política de la gente termine. Sin embargo, un sujeto capaz de actuar, uno con la voluntad de establecer una constitución, es siempre un componente de la constitución. Tal constitución es una decisión

¹² H. BERNATZIK, *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 26, 1899.

consciente, que la unidad política alcanza por sí misma, y se proporciona a través del portador del poder de constitución.

Durante la fundación de nuevos Estados (como en el año 1775 en los Estados Unidos de América o en el año 1919 durante la fundación de Checoslovaquia) o durante las transformaciones sociales fundamentales (Francia 1789, Rusia 1918), este aspecto de la constitución, como decisión consciente que determina la existencia política en su forma concreta de ser, emerge de manera especialmente clara. Aquí puede surgir más fácilmente la equivocada impresión de que una constitución siempre debe encontrar un nuevo Estado. Se trata de un error, además, que se deriva de la confusión entre "contrato social" (fundamento de la unidad política) y constitución; otro error adicional es ver la constitución como una codificación exhaustiva.

Sin embargo, la unidad de la constitución no radica en la constitución misma, sino más bien en la unidad política, cuya forma peculiar de existencia se determina a través del acto de constitución o constitucional.

La constitución, por lo tanto, no es absoluta en la medida en que no se originó por sí sola. Tampoco es válida en virtud de su corrección normativa o sobre la base de su integridad sistemática. La constitución no se establece. Es, más bien, dado a una unidad política concreta. La constitución es válida en virtud de la voluntad política existente en los que la establecen. Todo tipo de norma jurídica, incluso el derecho constitucional, presupone que tal voluntad ya existe.

Por el contrario, las leyes constitucionales son válidas, primero, sobre la base de la constitución y, por consiguiente, la presuponen. Para su validez como regulación jurídica, cada norma o rama del Derecho, incluso el derecho constitucional, de necesita una decisión política anterior, una decisión a la que llega un poder o autoridad que preexiste políticamente¹³.

Si, de acuerdo con la teoría constitucional de Schmitt, la unidad de la constitución tiene sus raíces en la unidad política y de ella deriva su validez, siendo una natural prosecución de ésta, la misma relación causa-efecto se repercute en la conexión

¹³ C. SCHMITT, *Constitutional Theory*, Translated and edited by J. SEITZER, Duke University Press, Durham and London, 2008.

entre el derecho primario y el derecho delegado: de hecho, es a partir de la voluntad política intrínseca en la constitución que este poder nace y toma forma. La misma voluntad política que legitima la encomienda del poder político al ejecutivo, de la misma manera y precisamente por esto, legitima la delegación del poder legislativo por parte del órgano legislativo. Se puede encontrar un ejemplo de esto en prácticamente cualquier sistema legislativo y político nacional, y aún más, dentro de las fronteras de la Unión Europea: hoy en día el gobierno de cada Estado Miembro tiene la segunda función de órgano legislativo y depende de él la tarea de producir material normativo cuando la situación lo requiere. Esta carga se transmite mediante la fuerza de una ley delegada que trae consigo el eco de la voluntad política que Schmitt describió.

Pero no solo eso: levantando la mirada, se puede constatar cómo el mismo fenómeno ha escalado desde las estructuras nacionales a las estructuras supranacionales. De hecho, en los sistemas políticos supranacionales y confederados, frente al creciente tecnicismo requerido por la normativa, junto con un creciente número de instrumentos regulatorios emitidos, el cuerpo legislativo está casi obligado a delegar su poder. El primer y más llamativo ejemplo es la Unión Europea. Este fenómeno no es de importancia secundaria si se considera que los sistemas confederados difieren, en general, de los federados precisamente por la falta de una constitución – y sobre todo de un poder constitucional – que legitimaría esta desviación de poder: esta frontera entre federación y confederación se ha vuelto cada vez más sutil, pero la lógica de Schmitt la convierte en una distinción útil para el análisis posterior de lo que quizás sea el proyecto de confederación más famoso y duradero del mundo: la Unión Europea¹⁴.

Si la diferencia entre federación y confederación se basa en el tipo de normas que legitiman y regulan las relaciones entre los Estados, entonces es necesario proceder inductivamente para comprender cuándo tales relaciones se manifiestan en la

¹⁴ Téngase en cuenta que algunas confederaciones históricas, en particular las anteriores al siglo XX, pueden no corresponder a la definición actual de confederación y mostrar algunas características que hoy se atribuyen a una federación.

realidad. Hay relaciones entre Estados allí donde existen, unas junto a otras, unidades políticas en paz o en hostilidad. El derecho internacional es la suma de reglas reconocidas, consuetudinarias o convencionales, que regulan estas relaciones de simple coexistencia¹⁵. Las unidades políticas son el *leitmotiv* de la determinación conceptual actuada por Schmitt.

Por un lado, la federación es una unión permanente, basada en el libre convenio, y al servicio del fin común de la autoconservación de todos los miembros, mediante la cual se cambia el total *status* político de cada uno de los miembros en atención al fin común. Ésta da lugar a un nuevo *status* de cada miembro: el ingreso en una federación significa siempre, para el miembro que ingresa, una reforma de su constitución. Incluso en el caso de que ninguna prescripción legal-constitucional sea reformada en su texto, se reforma esencialmente, sin embargo – lo que es mucho más importante – la Constitución en sentido positivo, es decir, el contenido concreto de las decisiones políticas fundamentales sobre el total modo de existencia del Estado¹⁶. Esto lleva a comprender, dentro la federación, a todo Estado miembro en su existencia total como unidad política.

¹⁵ En este sentido, sigue Schmitt afirmando que la comunidad de los Estados entre los que se dan tan solo relaciones internacionales fundamenta todavía una asociación de esos Estados. Cuando se habla de que “el” derecho internacional (es decir, una pluralidad de reglas diferentes, de caso en caso y de relación en relación) funda una “comunidad jurídico-internacional”, o una *famille des nations*, se da este nombre al correlato lógico de aquellas relaciones de coexistencia. Cuando se habla de una “ordenación jurídico-internacional”, no ha de entenderse el concepto de ordenación como un sistema cerrado de normas, sino como algo que existe con dimensiones del ser. Esta comunidad jurídico-internacional no es un tratado, ni descansa en un tratado. No es tampoco una alianza, y mucho menos una federación. No tiene constitución en sentido específico, sino que es reflejo, que se manifiesta en diversas reglas y consideraciones generalmente reconocidas, del pluriverso político, esto es, de la coexistencia de una pluralidad de unidades políticas.

¹⁶ Con respecto a la calificación del nivel de libertad del pacto que establece la federación, es interesante subrayar cómo Schmitt releva una dicotomía, en cuanto por lo que se refiere al acto de concertarlo, el pacto depende de la voluntad de los miembros al entrar en la federación, y entonces es libre; por otro lado, no es un pacto libre en el sentido de que pueda ser libremente denunciado, de

Por otro lado, la confederación de Estados, a diferencia de la federación, no da lugar a una nueva formación estatal: los órganos confederales no tienen soberanía directa sobre los ciudadanos de los Estados individuales que conforman la confederación misma. La confederación puede ser un sujeto de derecho internacional o también de política internacional, entablando relaciones con otros Estados individuales, pero los Estados confederados mantienen plena soberanía y no pierden el derecho de separarse de la confederación o unirse independientemente a otras organizaciones internacionales¹⁷.

Por lo tanto, según lo dicho hasta ahora, la confederación de Estados sería una relación pura de derecho internacional, en contraste con el Estado federal, que es un puro sujeto de derecho político: la primera descansaría en un tratado internacional, la segunda tendría una constitución de derecho político; la primera es una relación jurídica, la segunda es un sujeto de derecho político.¹⁸ Por todo lo visto y por la razón de ser que Schmitt atribuye a la confederación, la Unión Europea – confederación por antonomasia¹⁹ – si, como se ha analizado los órganos confederales no tienen soberanía directa sobre los ciudadanos, toma entonces su poder legislativo de una atribución propia y directa, por parte de los Estados miembros, sin necesidad de ese

que regule tan solo relaciones parciales mensurables, en C. SCHMITT, *Constitutional Theory*, Translated and edited by J. SEITZER, Duke University Press, Durham and London, 2008.

¹⁷ S. GUARRACINO, *Federazione e confederazione* en *Dizionario di storia moderna e contemporanea*, <https://keynes.scuole.bo.it/sitididattici/faestoria/dizionario/f/f024.htm>.

¹⁸ C. SCHMITT, *Constitutional Theory*, Translated and edited by J. SEITZER, Duke University Press, Durham and London, 2008.

¹⁹ Entre las confederaciones más importantes, deben recordarse: la de los Estados Unidos de América (1778 – 1787), antes de que confluyeran en una federación, debido la asunción de su constitución, completada el 17 de septiembre de 1787 y promulgada el 21 de junio d 1788: ésta entró en vigor en 1789 y creó un gobierno federal más unificado, en lugar de lo que era un grupo de estados independientes que operaban bajo los Artículos de la Confederación y la Unión Perpetua; la helvética (1815 – 1848); la germánica (1815 – 1871); Serbia y Montenegro (2003 – 2006); la Unión entre Suecia y Noruega (1814 – 1905) y el Imperio Austrohúngaro (1867 – 1918) ambas confederadas en unión personal, forma *sui generis* de confederación ya que mediante ésta dos o más Estados comparten un mismo jefe de Estado, sin que exista, necesariamente, una integración política entre ambas naciones.

paso ontológico-genético – necesario en el sistema federal – de aprobación de una carta constitucional común. Esta afirmación encuentra varios corolarios, zanjados por el TJUE.

Según el Tribunal de Justicia²⁰, los tratados han dado lugar, de hecho, a un nuevo tipo de ordenamiento jurídico en el ámbito del derecho internacional en favor del cual los Estados miembros han renunciado²¹, aunque sea en ámbitos limitados, a sus poderes

²⁰ Sentencia *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, asunto 26/62 de 1963.

²¹ De acuerdo con el art. 5, párr. 1 del TUE, el sistema de competencias de la Unión se basa en el principio de atribución. Como se señala en el párr. 2 del mismo artículo, este principio limita la actuación de la UE dentro de los límites marcados por los Tratados, que predeterminan tanto los sectores de intervención de las instituciones europeas, como los objetivos a los que deben aspirar. La UE, por tanto, no goza de competencia general, pero tiene derecho a intervenir solo si y en la medida en que los Estados miembros, mediante disposiciones específicas de los Tratados, hayan tenido la intención de conferirle cierta competencia. En esta perspectiva, el principio de atribución adquiere una importancia decisiva en la relación entre los Estados miembros y la Unión Europea, ya que cada atribución de competencias corresponde a una transferencia especular de soberanía nacional. De este enfoque se deriva el carácter residual de las potencias europeas, claramente expresado por el art. 4, párr. 1, TUE: por un lado, la Unión está llamada a actuar de acuerdo con las fronteras dictadas por el Derecho primario; por otro lado, se asume que cualquier competencia que no se le atribuya expresamente queda dentro del ámbito de la intervención estatal. El Tratado de Lisboa marcó un momento de profunda reflexión sobre el alcance del principio en cuestión y sobre la necesidad de definir con mayor precisión las implicaciones de la división de competencias entre los Estados miembros y la Unión. En esta perspectiva, la reforma de los Tratados de 2009 supuso una revisión de la forma en que se identifican los sectores de intervención de las instituciones europeas. En el régimen anterior, no exentos de elementos de incertidumbre, resultaban de la lectura combinada de los objetivos generales de la Unión y las disposiciones relativas a las políticas europeas individuales. Sin embargo, según el enfoque actual, los Tratados proponen una lista de las competencias conferidas a la UE. Esta enumeración tiene el mérito de orientar el trabajo de la Unión, aunque persiste, con toda evidencia, la necesidad de delimitar específicamente cada sector de la misma manera que la disciplina material precisa a que se refiere la parte III del TFUE. En definitiva, el principio de atribución actúa como criterio regulador del reparto vertical de competencias entre los Estados miembros y la Unión en los múltiples ámbitos de intervención previstos por los Tratados y a la luz de los objetivos que éstos prevén. El mismo principio se refleja en la relación horizontal entre las instituciones, tal como lo establece el art. 13, párr. 2, TUE. Debe combinarse con la necesidad de garantizar la coherencia general

soberanos y al que no solo están sujetos los Estados miembros, sino también sus ciudadanos. Por eso, como subrayaba Schmitt y se ha reiterado anteriormente, detrás y a la base del momento genético de esta renuncia, está indudablemente la voluntad política.

Por ello, con respecto a lo dicho hasta este punto sobre las diferencias entre sistemas federales y confederales, resulta significativa que la sentencia comentada puso las bases para un desarrollo (cuasi) federal en la relación entre el derecho europeo y el derecho nacional. En este sentido, conviene recordar el principio de efecto directo. En la sentencia *Van Gend en Loos*, antes citada, la Corte dictaminó que las normas de los tratados tienen efecto directo y no se limitan a imponer obligaciones a los Estados, sino que también confieren derechos a las personas, que pueden hacer uso de ellos frente a las autoridades públicas. Como consecuencia lógico-ontológica, el efecto directo fue entonces también reconocido a directivas de contenido claro y preciso, que imponían una obligación incondicional a los Estados, con la sentencia *Van Duyn*²².

A raíz de los efectos producidos en el panorama jurídico por este enorme cambio, tras reconocer su efecto directo, la Corte estableció, por tanto, en la trascendental sentencia *Costa v. Enel*²³, que, en caso de conflicto entre la legislación nacional y europea, la última prevaleciese, cualquiera que fuese el rango de las normas nacionales en el sistema de fuentes, ya que dicha primacía era necesaria para garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea en todos los Estados miembros. Además, siguiendo el camino jurisprudencial, en la sentencia *Marleasing*²⁴, el Tribunal declaró que los tribunales nacionales están obligados a

del sistema de competencias, potencialmente comprometido por la fragmentación de las políticas de la UE y sus respectivos propósitos. Este requisito está claramente expresado en el art. 7 TFUE, según el cual la Unión garantiza, de hecho, "la coherencia entre sus diversas políticas y acciones, teniendo en cuenta todos sus objetivos", como difusamente analizado por O. PORCHIA en *Competenze dell'Unione Europea*, en *Diritto Online*, 2017.

²² Sentencia *Van Duyn v. Home Office*, asunto 41/74 de 1974.

²³ Sentencia *Costa v. Enel*, asunto 6/64 de 1964.

²⁴ Sentencia *Marleasing v. La Comercial Internacional de Alimentación*, asunto C-106/89 de 1990.

interpretar el derecho nacional en conformidad con el derecho europeo, tal como lo interpreta el propio Tribunal, en virtud de la obligación de interpretación conforme. Finalmente, con la sentencia *Francovich*²⁵, el TJUE declaró que un Estado miembro que no aplique una directiva comunitaria en su Derecho interno es civilmente responsable del daño que causa.

Una vez analizados y asentados los fundamentos constitucionales que van desde la unidad política, pasando por la confederación (cuasi federación) entre Estados denominada Unión Europea, hasta la efectividad vinculante de la legislación promulgada por ésta, es también fundamental una aproximación general al sistema de fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico europeo, para poder distinguir legislación primaria, secundaria y delegada.

Si la eficacia vinculante de los actos con fuerza de ley promulgados por las instituciones europeas está legitimada precisamente por la voluntad político-jurídica de autolimitación de competencias de los Estados miembros, con la consiguiente transferencia de esas competencias a la UE, ¿qué ocurre si estas competencias son en cambio, a su vez, delegadas por las propias instituciones destinatarias en un primer momento de la delegación? ¿Falla esta legitimación? Entre las cuestiones que más han saturado al sistema jurídico de la UE desde sus comienzos aparece cómo distinguir la legislación de la implementación a nivel europeo, así como las condiciones para la delegación de poderes. El Tratado de Lisboa – como se tendrá ocasión de observar más adelante – es un paso importante en la reforma en curso de la base constitucional de la UE, que aborda, entre otras cosas, los efectos de la distinción entre actos legislativos, delegados y de ejecución sobre el equilibrio de poderes entre instituciones de la UE y los Estados miembros²⁶. La tipología de actos

²⁵ Sentencia *Francovich, Bonifaci et. al. v. Repubblica Italiana*, asuntos C-6/90 y C-9/90 de 1991.

²⁶ Tales "brechas" entre la constitución formal y la realidad institucional surgen, por ejemplo, del desarrollo del uso de formas de "actos jurídicos atípicos", comitología, agencias y redes administrativas. Pueden resultar problemáticos con respecto al marco jurídico que rige la acción ejecutiva a nivel de la Unión Europea, como analizado por G. DE BÚRCA en *The Institutional Development of the EU*, en P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999 y también por D. CURTIN en *Delegation to Non-Majoritarian Agencies and Emerging Practices of*

del Tratado de Lisboa ha tenido una compleja génesis histórica, nacida de la necesidad de crear un proyecto más humilde que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa²⁷.

El derecho primario, fuente suprema del derecho de la Unión Europea, proviene principalmente de los tratados constitutivos, concretamente el Tratado de Roma²⁸ y el Tratado de la Unión Europea²⁹. Éste último establece el reparto de competencias y responsabilidades entre la Unión Europea y los Países miembros y proporciona el marco jurídico en el que las instituciones de la Unión formulan y aplican políticas. Los dos tratados mencionados tienen objetivos diversos. El primero pretendía transformar las condiciones económicas de los intercambios y de la producción en el territorio de los seis países miembros y contribuir al avance hacia una unificación política más amplia de Europa. El segundo, por su parte, introducía los que se conocen como los tres pilares de la Unión Europea (de las Comunidades Europeas³⁰): la política exterior y de seguridad común³¹ y la cooperación en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior³²; es más, entre sus novedades más destacadas, el Tratado

Public Accountability en D. GERARDIN, R. MUNOZ, N. PETIT *Regulation through Agencies in the EU*, Elgar, 2005.

²⁷ H. HOFMANN, *Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon: typology meets reality*, *European Law Journal*, vol. 15, n. 4, Blackweel Publishing Ltd., Oxford, 2009.

²⁸ Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) de 25 de marzo de 1957

²⁹ Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea (92/C 191/01) – *Diario Oficial n° C 191 de 29/07/1992 p. 0001 - 0110*.

³⁰ Primer pilar: comunidad Económica Europea, Comunidad Europea del Carbón y del Acero y Euratom.

³¹ Segundo pilar: protección de los valores comunes, de los intereses fundamentales y de la independencia de la UE, refuerzo de la seguridad de la UE y de sus países miembros, preservación de la paz y de la seguridad internacionales de acuerdo con los principios de la Naciones Unidas, promoción de la cooperación internacional y desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

³² Tercer pilar: establecimiento de normas y controles para las fronteras exteriores de la UE, lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico de drogas y el fraude internacional, organización de la cooperación judicial en materia penal y civil, creación de una Oficina Europea de

sentó las bases de la unión económica y monetaria – la moneda única (el Euro) – y los criterios para su utilización, constituyó las bases jurídicas para seis nuevas políticas comunes de la Unión Europea, reforzó – como se explicará más adelante – las competencias del Parlamento Europeo, introdujo el concepto de ciudadanía europea y comenzó una política de ampliación³³.

El Tratado de Roma y el Tratado de Maastricht son solo dos puntos de un largo listado de textos de la UE del que derivan las fuentes primarias, a los que hay que añadir, por ejemplo, los tratados constitutivos³⁴, los tratados de modificación³⁵, los tratados de adhesión³⁶, los protocolos anexos a los mencionados tratados y los acuerdos complementarios³⁷.

Policía (Europol) para el intercambio de información entre las fuerzas nacionales, control de la inmigración ilegal, desarrollo de una política común de asilo.

³³ Especialmente la ampliación se convierte, no por casualidad, en el tema dominante de sucesivos desarrollos en la integración europea: la caída del Muro de Berlín en 1989 y la consiguiente disolución del bloque soviético abrieron en cualquier caso la perspectiva de una nueva ampliación de la Unión, una perspectiva concreta, que coincide con la conclusión del Tratado de Ámsterdam, con la decisión del Consejo Europeo de empezar el proceso de incluir hasta otros diez nuevos estados, la mayoría de ellos provenientes de ese bloque, como subrayado en el *Consejo Europeo de Luxemburgo de 12-13 de diciembre de 1997, Conclusiones de la Presidencia, párr. 1 ss.*

³⁴ Tratado de París (1951) constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero; Tratados de Roma constitutivos de la Comunidad Económica Europea y Euratom (1957); Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea (1992).

³⁵ Acta Única Europea (1986); Tratado de Ámsterdam (1997); Tratado de Niza (2001); Tratado de Lisboa (2007).

³⁶ Dinamarca Irlanda y Reino Unido (1972); Grecia (1979); España, Portugal (1985); Austria, Finlandia, Suecia (1994); Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa (2003); Rumanía Bulgaria (2005), Croacia (2012).

³⁷ Tratado sobre la Fusión de los Ejecutivos (“Tratado de Fusión”) (1965); Tratado por el que se modifican determinadas disposiciones presupuestarias de los Tratados comunitarios (1970); Tratado de Bruselas por el que se modifican determinadas disposiciones financieras de los Tratados comunitarios y que crea el Tribunal de Cuentas (1975); “Acto” relativo a la elección de los representantes del Parlamento Europeo por sufragio universal directo (1976).

Además del derecho primario, el derecho de la UE se basa en fuentes secundarias y complementarias: las primeras son los actos unilaterales³⁸, así como los acuerdos internacionales e interinstitucionales, mientras las segundas se refieren a la jurisprudencia del TJUE y a los principios generales del derecho.

Es precisamente por uno de los tratados modificativos antes mencionados que tuvo lugar uno de los mayores cambios en la relación entre el derecho primario y el derecho secundario – o, en este caso, delegado – a nivel comunitario: el Tratado de Lisboa de 2007³⁹, escrito en un intento de reanudar las voluntades no logradas por el rechazo de la Constitución Europea⁴⁰, acompañado entonces de no pocas críticas exactamente por esta razón, la de ser un segundo tentativo disfrazado de introducir la Constitución ya rechazada.

El Tratado de Lisboa constituye, en efecto, la revolución más importante efectuada a nivel de derecho de la UE en el siglo XXI; sin embargo, antes de examinar los cambios

³⁸ Reglamentos, directivas, decisiones, dictámenes y recomendaciones.

³⁹ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 *OJ C 306, 17.12.2007, p. 1–271*, en vigor a partir del 1 de diciembre de 2009.

⁴⁰ La creación de la Convención para el futuro de Europa se decidió con la Declaración de Laeken, adoptada por el Consejo Europeo del 14-15 de diciembre de 2001. Comenzó su trabajo el 28 de febrero de 2002 para concluirlo el 10 de julio de 2003 con la presentación de un proyecto del Tratado que sirvió de base para el trabajo de la Conferencia Intergubernamental de 2003-2004. Dicha Convención, dirigida por el expresidente francés Valéry Giscard d'Estaing – y Giuliano Amato como vicepresidente –, comenzó a redactar lo que luego se conocería como la "Constitución Europea". La primera versión de este documento se presentó en la antes mencionada cumbre europea en junio de 2003 y se adoptó en junio de 2004. La razón por la que no se habla sobre esta Constitución hoy es porque a dos pueblos se les permitió elegir, por referéndum, si "aceptar" o no este supuesto texto constitucional. En mayo de 2005, los franceses y dos meses después los holandeses, rechazaron categóricamente este texto. En enero de 2007, la presidencia de la Unión Europea pasó a la Alemania de Angela Merkel: sólo dos meses después, se adoptó la llamada "Declaración de Berlín", con la cual los líderes tendrían que comprometerse a acordar un nuevo texto europeo que podría retomar las ideas de la Constitución Europea, antes de las elecciones europeas de 2009. El nuevo documento, denominado "Tratado de Lisboa", se publicó el 4 de junio de 2007, se firmó el 13 de diciembre de 2007 en el Monasterio de los Jerónimos en Lisboa y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

aportados – a nivel de jerarquía, de delegación y de ejecución – sería oportuno observar y comparar la situación previa al 2007.

En la fase pre-Lisboa, a pesar del silencio de los Tratados originales, sin perjuicio de una referencia genérica a la facultad de la Comisión para adoptar actos de ejecución, contenida en el art. 155 del Tratado de Roma, el Tribunal de Justicia estableció rápidamente la existencia de dos categorías de legislación secundaria: las adoptadas en virtud de las disposiciones de los Tratados para dar vida a las políticas establecidas en el mismo, los actos básicos, y las adoptadas para establecer las reglas para la implementación de los actos básicos, en virtud de sus facultades, es decir, los actos de ejecución⁴¹. La consecuencia lógica de esta distinción fue que los actos de ejecución, que derivaban su razón de ser de los actos básicos, tenían que respetar estos últimos, de conformidad con el principio de legalidad; por lo tanto, fue reconocida una cierta jerarquía normativa en el sistema legal europeo⁴². Esta evolución jurisprudencial se ha integrado en los Tratados con la AUE⁴³, que modificó el art. 202 TCE para incluir una disposición que establecía expresamente que el Consejo confiriera a la Comisión los poderes para implementar los actos que adopta. Tras la introducción del procedimiento de codecisión con el Tratado de Maastricht y la extensión de su ámbito de aplicación con los Tratados de Ámsterdam y Niza, naturalmente se ha considerado que esta disposición también se aplica con respecto a los actos básicos de los cuales el Consejo es coautor junto con el Parlamento Europeo⁴⁴.

⁴¹ Case 25/1970 *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel v Köster et Berodt & Co* [1970] ECR 1161.

⁴² Asunto *Eridania*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1979, asunto 230/78

⁴³ Acta Única Europea *OJ L 169, 29.6.1987, p. 1–28*.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2003. Comisión de las Comunidades Europeas contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Comitología - Decisión 1999/468/CE del Consejo, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión - Criterios de elección entre los distintos procedimientos de adopción de las medidas de ejecución - Efectos - Obligación de motivar - Anulación parcial del

A lo largo del tiempo, la atribución de poderes de ejecución a la Comisión – que supuestamente tenía que jugar un papel inicial propulsivo y no conclusivo – ha sido objeto de una aplicación muy amplia: más de 80.000 actos adoptados, de los cuales más de 12.000 siguen vigentes, en situaciones de diverso tipo. Dependiendo de las circunstancias, las instituciones delegantes han conferido a la Comisión una amplia gama de poderes regulatorios, destinados a modificar o completar ciertos aspectos no esenciales de los actos básicos – por ejemplo, los casos de adaptación al progreso técnico y científico de los anexos de un documento a un acto básico o la elaboración de reglas de aplicación para ciertos aspectos de la naturaleza técnica de dicho acto – como facultades más restrictivas para la aplicación práctica de actos básicos en casos individuales – por ejemplo, casos de decisión de autorización de comercialización de ciertos productos. El Tribunal de Justicia confirmó la validez total de esta práctica de aplicación, interpretando la noción de poderes de ejecución de una manera muy extensa según el art. 202 del Tratado CE, sin incluir la aplicación de las normas de los actos de base a casos particulares mediante medidas individuales, sino también la carga reglamentaria que conlleva la redacción de las normas de aplicación del acto de base⁴⁵.

El mencionado artículo 202 del Tratado CE también estipulaba que el Consejo decidiera por su cuenta – y por unanimidad – las normas y los procedimientos para supervisar el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. Así, sucesivamente, se adoptó una decisión⁴⁶ que sistematizó y codificó las normas desarrolladas de forma desorganizada, en actos básicos específicos adoptados a lo largo de los años 60 y 70. Esta decisión, más conocida como "Decisión comitología", requería que la Comisión presentase los proyectos de medidas de implementación a

Reglamento (CE) nº1655/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al instrumento financiero para el medio ambiente (LIFE). Asunto C-378/00.

⁴⁵ Sentencia de 30 de octubre 1975, causa 23/75, *Rey Soda*, 10301; Sentencia de 24 de octubre de 1989, causa 16/88. *Comisión v. Consejo*.

⁴⁶ Decisión 87/373/CEE del Consejo de 13 de julio de 1987 (DOUE L 197 de 18 de julio de 1987, 33-35) luego reemplazada por la Decisión 1999/468/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 (DOUE L 184 de 17 de julio de 1999, 23-26) que aún está en vigor.

los comités integrados por representantes de los gobiernos de los Estados miembros y que, en caso de que no fuera posible encontrar un acuerdo en esta fase, el asunto se remitiera al Consejo, que, según el tipo de procedimiento aplicable, tenía la facultad de objetar o incluso reemplazar el ejercicio de la jurisdicción en cuestión. El Parlamento Europeo, por otro lado, tenía poderes mucho más limitados, confinados a los casos en que la Comisión hiciera un mal uso de sus competencias. Esta disparidad en los roles no parecía muy lógica, en particular respecto a las medidas de implementación de los actos básicos adoptados en codecisión. Los poderes que tiene hoy, como se subrayará más adelante, se le reconocerán solo muchos años después.

Este estado de tensión institucional es la raíz de las importantes innovaciones introducidas por la Convención sobre el futuro de Europa, impulsadas por las recomendaciones del grupo de trabajo presidido por Giuliano Amato⁴⁷ y por la Comisión⁴⁸. Observando la diferencia sistémica entre la actividad de redacción de los actos de ejecución que tienen marco legislativo de aplicación general – casi de naturaleza legislativa – y los actos de aplicación concreta, generalmente en casos individuales – de naturaleza ejecutiva –, la Convención propuso dos regímenes jurídicos distintos, con diferentes procedimientos e instrumentos, para el ejercicio de estas actividades, así como dos definiciones diferentes para los actos resultantes, "actos delegados" y "actos de ejecución", respectivamente.

Esta propuesta tiene el mérito de aclarar y hacer más coherente el sistema de actos de legislación secundaria de la Unión, pero no solo en aras de un interés institucional puramente teórico o estético, ya que también produce consecuencias concretas, tanto para la jerarquía de los actos⁴⁹, como para lo que interesa al fortalecimiento de la *governance* en el sistema jurídico de la Unión, a través de una división más racional

⁴⁷ CONV 424/1/02 de 29 de noviembre de 2002, *Informe final del grupo IX "Simplificación"*.

⁴⁸ COM(2002)728 de 4 de diciembre de 2002, *Comunicación Para la Unión Europea: paz, libertad, solidaridad*.

⁴⁹ En el orden: los actos legislativos, los actos delegados y los actos de ejecución.

de funciones entre las instituciones titulares del poder legislativo y del poder ejecutivo.

La urgente necesidad de introducir esta reforma en el sistema europeo también se evidencia en el hecho de que, durante el estancamiento del proceso de ratificación del Tratado Constitucional, tras los dos referéndums negativos en Francia y Holanda, hubo dudas sobre la efectiva posibilidad de modificar los Tratados. El estado de tensión institucional mencionado anteriormente ha llevado, además, al Consejo a adoptar una enmienda a la Decisión comitología⁵⁰, para introducir un nuevo procedimiento que mire precisamente a otorgar al Parlamento Europeo poderes de control más amplios, sustancialmente equivalentes a los del Consejo, con referencia a las medidas de implementación para actos adoptados en codecisión con un alcance general y con la intención de modificar, completar o derogar elementos no esenciales de tales actos. Por lo tanto, este cambio tuvo el efecto de hacer que ciertos aspectos de la reforma en cuestión ya fueran aplicables en el sistema antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

La necesidad de ampliación de poderes normativos del Parlamento Europeo y de modificación del esqueleto del *law-making*, se confirmó con el Tratado de Lisboa, que además de modificarlo, aclaró dicho esquema orgánico – ya bastante complejo en sí mismo – que rige la Unión Europea y que determina la distribución de la jurisdicción y la función normativa interna. Uno de los cambios más conocidos fue sin duda la transición del procedimiento de codecisión al procedimiento legislativo ordinario. El procedimiento de codecisión se introdujo en 1992 y su uso se extendió en 1999. Posteriormente, con la adopción del Tratado de Lisboa, la codecisión pasó a llamarse procedimiento legislativo ordinario y se convirtió en el principal procedimiento de toma de decisiones utilizado para adoptar la legislación de la UE. Se aplica a alrededor de 85 áreas políticas.

En resumen, el esquema orgánico que determina la distribución de la función legislativa interna contempla al Consejo de la UE y al Parlamento Europeo como

⁵⁰ Mediante la Decisión 2006/512/CE del Consejo de 17 de julio de 2006 (DOUE L 200 de 22 de julio de 2006, 11-13).

legisladores, mientras que atribuye el derecho de iniciativa legislativa a la Comisión Europea. De hecho, esta puede presentar una propuesta al Consejo y al Parlamento Europeo, que adoptan una propuesta legislativa, en primera o segunda lectura. Posteriormente, si las dos instituciones no llegan a un acuerdo después de la segunda lectura, se convoca un comité de conciliación. Si el texto aprobado por el Comité de Conciliación es aceptable para ambas instituciones en tercera lectura, se adopta el acto legislativo. Si una propuesta legislativa se rechaza en una etapa del procedimiento o si el Parlamento y el Consejo no llegan a un acuerdo, la propuesta no se adopta y el procedimiento finaliza. Dicho procedimiento encuentra su base jurídica en los artículos 289 y 294 TFUE.

Dados los mecanismos que regulan la legislación comunitaria, es apropiado comprender cómo y cuánto se ha distribuido esta función reguladora a cada una de las tres instituciones mencionadas anteriormente, a lo largo de los años, hasta la situación actual. Específicamente, aunque el Parlamento Europeo no nace como un órgano normativo real⁵¹, el Tratado de la Unión Europea reformado en Lisboa reconoce expresamente en su artículo 14 que el Parlamento Europeo ejerce, junto con el Consejo, las funciones legislativas y presupuestarias, así como las funciones de control político y consultivo. En realidad, estas funciones ya las ejercía el Parlamento Europeo, pero la novedad más importante está representada por la lista sistemática que el texto del nuevo Tratado prevé en la actualidad.

Este poder es indirecto, ya que el Parlamento Europeo no puede presentar un proyecto al Consejo personalmente y muestra su lado débil en el hecho de que la inercia de la Comisión Europea no parece ser reprobable, excepto en el caso de una propuesta obligatoria. El artículo 225 del TFUE conlleva el deber para la Comisión, en

⁵¹ Como señala Luca Mezzetti, gradualmente vio cómo su participación en el proceso de toma de decisiones aumentaba gradualmente a lo largo de los años. De hecho, si con el Acta Única Europea y con el Tratado de Maastricht el ámbito de las atribuciones y el alcance de la acción han crecido, es solo con el Tratado de Amsterdam que los poderes del Parlamento Europeo y del Consejo se asimilan al procedimiento legislativo, aunque limitado a la creación y articulación del mercado interior, en P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014.

el caso de que no haya seguido la solicitud del Parlamento, de comunicarle los motivos que subyacen a su decisión; lo que parece excluir la posibilidad de que el Parlamento actúe ante el TJUE si la Comisión da ejecución a su solicitud.

Siempre con los cambios introducidos, el Tratado de Lisboa pretendía simplificar la legislación secundaria, reduciendo las categorías de actos que pueden adoptar las instituciones. Aparte de la especificidad del sector PESC/PESD, que parece responder a una lógica que no está totalmente vinculada a un diseño unitario, la categoría de acuerdos internacionales entre Estados miembros ya no está incluida, mientras que el de los acuerdos interinstitucionales codificados sí, enriqueciendo así el marco de las fuentes subordinadas a los Tratados⁵². Otra de las innovaciones más interesantes es la articulación dual de la ley secundaria, dividida en actos legislativos y no legislativos⁵³, a fin de introducir formalmente un criterio jerárquico en el sistema de fuentes⁵⁴. Ya en los primeros años de actividad de la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia había considerado que las fuentes del derecho secundario y en particular las regulaciones tenían un carácter esencialmente legislativo⁵⁵, al menos en términos de su carácter general e indeterminado de los destinatarios. El debate sobre la inclusión de una categoría de actos que se declararon "legislativos" dentro de una jerarquía clara entre las fuentes de la legislación secundaria no es nuevo y, de hecho, se remonta al menos al período inmediatamente posterior a la primera elección

⁵² R. BARATTA, *Sulle fonti delegate ed esecutive dell'Unione Europea*, en *Il Diritto dell'Unione Europea*, Anno XVI, Fasc. 2, Giuffrè Editore, Milán, 2011.

⁵³ Durante las negociaciones de Lisboa, cayó la hipótesis de agregar la calificación correspondiente al título del acto legislativo. Además, el Reglamento interno del Consejo (DOUE L 325 de 11 de diciembre de 2009, p. 36) incluye el concepto de "acto legislativo" y "deliberaciones legislativas" (artículo 7), pero también de "propuesta no legislativa" De particular importancia (artículo 8), en el primer caso para imponer la sesión pública del Consejo y, en el segundo, para proporcionar la apertura al público de las sesiones, dejando un margen de discreción a la Presidencia, el Consejo y el COREPER (art. 8, párrafo 1, párrafo 2).

⁵⁴ M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, en *Common Market Law Rev.*, 2008.

⁵⁵ *Producteurs de Fruits v. Consejo* (asuntos 16-17/62).

directa del Parlamento Europeo en 1979. En particular, en los círculos federalistas fue casi automático ver un paralelismo entre la legitimidad democrática recientemente adquirida y la dimensión funcional de los parlamentos nacionales, lo que lleva a un replanteamiento del papel y la naturaleza de aquellos productos legislativos que – a diferencia de los demás – recibieron una aprobación parlamentaria en el sistema legal de fuentes⁵⁶.

Este proceso evolutivo del derecho primario ha conducido inexorablemente a cambios sustanciales en la legislación delegada: el nuevo artículo 290 del TFUE, insertado por el Tratado de Lisboa, reemplaza las disposiciones del antiguo art. 202.3⁵⁷, del Tratado de Niza⁵⁸, que se analizará a continuación. El artículo 290 y el siguiente artículo 291 del TFUE definen los actos inter legislativos y aclaran su articulación con los actos legislativos, completando así el marco de las innovaciones del Tratado de Lisboa sobre las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo y jerarquía de normas. El nuevo artículo 290 permite al legislador delegar a la Comisión la facultad de completar el marco reglamentario definido por un acto legislativo específico – alineándose con las tendencias legislativas de los Países miembros – en relación con ciertos elementos que no se consideran tan esenciales

⁵⁶ G. PICCIRILLI, *Atti legislativi dell'Unione europea*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI aggiornamento, Turín, 2015.

⁵⁷ Para garantizar la consecución de los fines establecidos en el presente Tratado, el Consejo, de acuerdo con las disposiciones del mismo:

[...]

- atribuirá a la Comisión, respecto de los actos que el Consejo adopte, las competencias de ejecución de las normas que éste establezca. El Consejo podrá someter el ejercicio de estas competencias a determinadas condiciones. El Consejo podrá asimismo reservarse, en casos específicos, el ejercicio directo de las competencias de ejecución. Las condiciones anteriormente mencionadas deberán ser conformes a los principios y normas que el Consejo hubiere establecido previamente por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previo dictamen del Parlamento Europeo.

⁵⁸ Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001, *Diario Oficial n° C 080 de 10/03/2001 p. 0001 – 0087*.

para ser tratados en esa ley. Por lo tanto, la noción de "acto delegado" se define con referencia a su naturaleza, alcance y contenido.

En primer lugar, es un tipo de acto de alcance general y de naturaleza no legislativa, características que implican *ipso facto* su carácter jerárquicamente subordinado a los actos legislativos, adecuadamente traducido, en términos de técnicas de redacción, a partir de la adición del adjetivo "delegado" en el título de cada acto adoptado por la Comisión sobre la base de la disposición en cuestión. Además, como antes mencionado, la delegación debe referirse únicamente a elementos no esenciales del asunto en cuestión: de hecho, aunque se admita pacíficamente que el legislador tiene un amplio margen de discreción para definir el contenido de los actos que adopta, la disposición en cuestión se reserva explícitamente la regulación de los elementos esenciales del acto legislativo. Por lo tanto, debe considerarse que la delegación no puede cubrir aspectos que tengan por objeto la fijación de directrices fundamentales de la materia⁵⁹, o que en cualquier caso estén reservadas para el acto legislativo en virtud del derecho primario⁶⁰. En particular, el legislador puede establecer que la Comisión adopte un acto delegado para alterar ciertos elementos no esenciales del acto legislativo, por ejemplo, para modificar un anexo de ese acto, o para complementar estos elementos en el marco regulatorio propuesto. En este último caso, el acto delegado sigue siendo, a nivel material, bastante distinto del acto legislativo de delegación, pero las normas que establece de hecho complementan la disciplina introducida por el acto legislativo. Desde el punto de vista conceptual, este instrumento presenta – como se podrá comprobar más adelante – algunas similitudes con el instituto de la *legge-delega* y de los relativos decretos legislativos relacionados, previstos en el art. 76 de la Constitución italiana – un hecho que no es

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1989, *Reino de España y República Francesa contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Pesca marítima - Declaraciones de capturas de pesca. Asuntos acumulados 6/88 y 7/88; Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 1992, *República Federal de Alemania contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Política agrícola común – Sector de la carne de ovino. Asunto C-240/90.

⁶⁰ Véase el artículo 52 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

sorprendente, considerando que entre los promotores más activos de esta reforma estaban – como ya repetido más veces – Giuliano Amato, como vicepresidente de la Convención sobre el futuro de Europa y Romano Prodi, como presidente de la Comisión Europea – pero también algunas diferencias significativas, que incluyen la naturaleza no legislativa de los actos delegados y, sobre todo, la naturaleza mucho más precisa y circunstancial de la delegación. De hecho, está previsto que los actos legislativos que confieren a la delegación delimiten el alcance con precisión, debiendo determinar explícitamente los objetivos, el contenido y el alcance de las normas que la Comisión debe adoptar en el ejercicio de la delegación. El legislador puede hacer uso del poder para delegar facultades a la Comisión por razones de conveniencia, por ejemplo, cuando la naturaleza técnica del asunto sugiere limitar el debate político a las cuestiones de principio y posponer el examen de las cuestiones de detalle a un nivel inferior o los casos en los que los avances tecnológicos en el sector deben integrarse en el marco regulatorio sin esperar el tiempo necesario para llevar a cabo el procedimiento legislativo. La posibilidad de utilizar este instrumento normativo debería generar distintos efectos: primero, la simplificación de los actos legislativos; segundo, un aumento de la calidad técnica del marco regulatorio; y tercero, una mayor capacidad de adaptación de dicho marco a los asuntos actuales⁶¹. Por lo tanto, la enorme era de cambio a través de la cual ha pasado el sistema de fuentes en el ordenamiento europeo, tanto a nivel de derecho primario⁶², como a nivel de derecho secundario y delegado, fue sin duda causada en su mayor parte por

⁶¹ C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione Europea operativo*. Edizioni Giuridiche Simone, Nápoles, 2012.

⁶² El Consejo Europeo, mediante el informe 11197/97 [Bruselas, 22 de junio de 2007 (25.06) (OR. En) (JUR 60)] del servicio jurídico tuvo la oportunidad de observar y subrayar como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la primacía del derecho de la UE es un principio fundamental del propio derecho de la UE. Según el TJUE, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Unión Europea. En el momento del primer fallo de esta jurisprudencia consolidada (*Costa c. ENEL*, 15 de julio de 1964, 6/641) no se mencionaba la primacía en el tratado, sin embargo, el hecho de que el principio de primacía no se incluyese en los tratados no altera en modo alguno la existencia del principio en sí y la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia.

las numerosas reformas a los Tratados, realizadas a lo largo de los años, que apuntaban a estabilizar el sistema normativo y de derecho de una manera que se adecuara con los parámetros regulatorios de la Unión Europea y sus instituciones. Antes del Tratado de Lisboa, no existía una jerarquía formal entre los distintos actos de la Unión Europea. La jerarquía es un *ranking* de actos según la legitimidad democrática de sus respectivos autores y los procedimientos de adopción⁶³. En otras palabras, supone la supremacía de los actos legislativos sobre los ejecutivos en caso de conflicto. Sin embargo, *a latere*, un amplio fenómeno jurisprudencial se ha vuelto cada vez más interesante en el ámbito del derecho delegado, con el Tribunal de Justicia "forzado" a delinear las directrices de este tipo de fuentes, aún poco maduras en ese momento, como se observará más adelante.

La encrucijada de la interpretación del concepto de implementación del derecho de la Unión Europea es, por tanto, comprender si, para reconectar con la mencionada dicotomía schmittiana, éste se basa realmente en el modelo de federalismo de ejecución – como se ha dicho tradicionalmente – observando que el poder de ejecución de la Unión no está centralizado, como en el sistema estadounidense, en el que el gobierno federal tiene el poder de ejecutar las leyes federales, sino que está descentralizado, como en el sistema alemán, en el que los Estados federales son responsables de implementar la ley federal. Como primera aproximación, se puede decir que la Unión Europea ejerce principalmente tareas legislativas, mientras que la implementación del derecho europeo suele ser responsabilidad de los Estados miembros. No obstante, si por ejecución entendemos el conjunto de actos normativos y administrativos destinados a garantizar la eficacia del derecho europeo, como el Tribunal de Justicia ha aclarado desde hace tiempo, la opinión debe ser desarrollada y analizada.

Esta tesis, por tanto, partiendo de la razón de ser original de la delegación legislativa, quiere analizar, desarrollar y comentar el punto de llegada de la teoría de la delegación y de la legislación delegada, así como en qué se ha convertido, en un

⁶³ K. LENAERTS, M. DESOMER, *Towards a hierarchy of legal acts in the European Union? Simplification of legal instruments and procedures*, en *European Law Journal*, 2005.

camino teórico que permita releer la realidad de los hechos. Para que este camino se aborde de forma coherente, con el fin de alcanzar una comprensión completa y universal de lo que es el actual sistema de legislación delegada a nivel supranacional, será necesario recorrer el mismo camino a nivel nacional, abordando los sistemas de dos Estados miembros: Italia y España.

De hecho, como ya se ha visto anteriormente, el sistema europeo de delegación legislativa tiene claras similitudes – pero también diferencias – con los sistemas italiano y español, también por quienes colaboraron en su propuesta e implantación. Sin embargo, por ejemplo, en Italia este sistema legislativo nació con una función y llegó, legislatura tras legislatura, a tener otra, mientras que a nivel europeo ha tenido un camino diferente. Incluso antes, será necesario analizar el momento genético de la delegación legislativa, su legitimidad ontológica, pasando así por sus raíces teóricas y prácticas en el tiempo.

El *fil rouge* de este trabajo será, por tanto, el análisis de los puntos de convergencia y de las diferencias institucionales entre la delegación en los ordenamientos jurídicos italiano, español y europeo, para releer, en este recorrido teórico – y datos en mano – la realidad de los hechos.

CAPÍTULO I – La teoría de la delegación

“La maggior parte degli uomini sono come una foglia secca,
che si libra nell’aria e scende ondeggiando al suolo.
Ma altri pochi sono, come stelle fisse,
che vanno per un loro corso preciso, e non c’è vento che li tocchi,
hanno in se stessi la loro legge e il loro cammino.”

(HERMAN HESSE, *Siddhartha*, New Directions, Cambridge, 1922
tr. it. M. Mila, *Siddhartha*, Adelphi, 1945)

I.1 – Estado de derecho y principio de separación de poderes

El Estado de Derecho es la piedra angular de la democracia constitucional contemporánea⁶⁴, como evidencia su papel en la consolidación de las transiciones recientes de regímenes autoritarios o totalitarios⁶⁵ a democracias constitucionales en Europa del Este y en otros lugares⁶⁶.

En términos más amplios, el Estado de Derecho requiere que el Estado solo someta a la ciudadanía a leyes promulgadas públicamente, que la función legislativa del Estado esté separada de la función ejecutiva y judicial y que nadie dentro de la política esté por encima de la ley. Las tres características esenciales del constitucionalismo moderno son la limitación de los poderes del gobierno, la

⁶⁴ M. ROSENFELD, *Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity*, en *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, Michael Rosenfeld ed., 1994.

⁶⁵ Para una discusión sobre la diferencia entre regímenes autoritarios y totalitarios, véase J. J. LINZ, A. STEPAN, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, The Johns Hopkins University Press, 1996.

⁶⁶ M. F. BRZEZINSKI, L. GARLICKI, *Judicial Review in Post-Communist Poland: The Emergence of a Rechtsstaat?*, *Stanford Journal of International Law*, 1995; K. MORVAI, *Retroactive Justice Based on International Law: a Recent Decision by the Hungarian Constitutional Court*, *E. Eur. Const. Rev.*, 1993/1994; Special Report: *Retroactivity Law Overturned in Hungary*, *E. Eur. Const. Rev.*, 1992.

adhesión al Estado de derecho y la protección de los derechos fundamentales⁶⁷. En ausencia del Estado de derecho, la democracia constitucional contemporánea sería imposible. Más allá de eso, sin embargo, no está claro qué características precisas debe poseer el Estado de Derecho para ayudar a sostener la democracia constitucional, qué papel específico debe asumir para asegurar una democracia constitucional que funcione, o cómo podría finalmente contribuir a la legitimidad de la democracia constitucional.

Aunque se cree ampliamente que el Estado de derecho y la democracia constitucional van de la mano, un examen más detenido revela que el constitucionalismo y la democracia pueden no siempre estar en armonía⁶⁸, resultando un choque entre el Estado de derecho y la democracia. Además, el papel y el alcance adecuados del Estado de derecho dentro del constitucionalismo es en sí mismo ambiguo en la medida en que el Estado de Derecho puede extenderse a las otras dos características esenciales del constitucionalismo, en lugar de figurar exclusivamente como una de las tres. De hecho, una constitución escrita puede tener fuerza de ley⁶⁹ y, por lo tanto, sus disposiciones que limitan los poderes del gobierno y los dedicados a la protección de los derechos fundamentales pueden convertirse en parte integrante del Estado de Derecho instituido por el régimen constitucional pertinente. Además, el Estado de Derecho puede abarcar todo el campo que entra dentro del ámbito del

⁶⁷ M. ROSENFELD, *Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity*, en *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, Michael Rosenfeld ed., 1994.

⁶⁸ Como atentamente observa A. M. BICKEL, esto se manifiesta en la famosa dificultad "contramayoritaria": aunque este problema se considera con mayor frecuencia en el contexto de la interpretación judicial de los derechos constitucionales, también puede plantearse en relación con al menos algunos de esos derechos mismos, en *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University ed., 1962; sobre el mismo tema, véase también J. H. ELY, *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, *Valparaiso University Law Review*, vol. 15, n. 3, 1980.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, el caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), en el que se trata la Constitución como legalmente exigible y como la ley más alta del país.

constitucionalismo⁷⁰ o puede que solo juegue un papel limitado en el mantenimiento de un orden constitucional prescrito⁷¹.

Para acentuar las dificultades anteriormente mencionadas, está el hecho de que no hay consenso sobre lo que significa "Estado de Derecho", incluso si está bastante claro a qué se opone. Una parte importante del problema es que "el Estado de derecho" es un concepto esencialmente discutible, con contenido tanto descriptivo como prescriptivo, sobre el cual no existe un acuerdo generalizado⁷². Como los conceptos de "libertad" o "igualdad", el significado descriptivo de "Estado de Derecho" depende del significado prescriptivo que se le atribuya; en el contexto de los complejos sistemas políticos contemporáneos, es probable que haya fuertes desacuerdos sobre los estándares prescriptivos relevantes en juego⁷³. De acuerdo

⁷⁰ Esto ocurriría si la Constitución definiera la naturaleza y el alcance de los poderes gubernamentales y los derechos humanos y si estos fueran implementados mediante leyes o interpretados y elaborados judicialmente como normas legales.

⁷¹ Este sería el caso si la Constitución seleccionara un conjunto de derechos fundamentales para una protección especial, dejando su implementación real a la discreción de los poderes políticos del gobierno en oposición al poder judicial o si estableciera una división de poderes, pero dejara al proceso político su implementación; véase a este respecto el caso *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985), donde se indica que las disputas relativas a los límites entre los poderes federales y estatales deberían de dejarse a la legislatura nacional, ya que los intereses estatales están incorporados en la composición misma de esa legislatura.

⁷² R. H. FALLON JR., "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, *Columbia Law Review*, 1997.

⁷³ Se expresó sobre este punto Rosenfeld, afirmando que, si bien es importante para propósitos analíticos mantener separados los aspectos prescriptivos y descriptivos de conceptos esencialmente discutibles, ninguna formulación de tales conceptos puede ser convincente a menos que abarque tanto elementos prescriptivos como descriptivos. Por ejemplo, es imposible determinar en abstracto si la aplicación mecánica de normas legales rígidas equivale a la implementación del "Estado de Derecho". Si el objetivo prescriptivo relevante es asegurar la previsibilidad, entonces la respuesta bien podría ser afirmativa. Sin embargo, si el principal objetivo prescriptivo fuera asegurar la equidad, lo más probable es que la adherencia mecánica a reglas rígidas no esté a la altura de los requisitos del estado de derecho, en M. ROSENFELD, *The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy*, *Southern California Law Review*, 74, 2001.

con esto, el Estado de derecho ha llegado a significar cosas diferentes para varias tradiciones legales, como demuestran los contrastes entre el *rule of law* angloamericano, el *Rechtsstaat* alemán y el *État de droit* francés⁷⁴. Incluso dentro de

⁷⁴ El *Rechtsstaat* alemán, el *État de droit* francés y los conceptos británicos y estadounidenses correspondientes respaldan el Estado de Derecho en sentido estricto, pero por lo demás divergen significativamente entre sí. El Estado de Derecho en sentido estricto tiene un pedigrí mucho más antiguo que las tradiciones consideradas, ya que se remonta al menos hasta Aristóteles. Para E. J. EBERLE, en *Human Dignity, Privacy and Personality in German and American Constitutional Law*, *Utah Law Review*, 71, 1997, el *Rechtsstaat* se trata a menudo como el equivalente alemán al concepto de *rule of law* en la tradición angloamericana. Ambos conceptos comparten algunos elementos importantes en común: el principal de ellos es la relación entre el Estado y la institucionalización de un régimen legal o, en otras palabras, el deber del Estado de ejercer su poder a través de leyes de acuerdo con los principios fundamentales de la legalidad, incluida la implementación coherente de normas de aplicación general y difundidas públicamente que los ciudadanos notifican qué conducta está sujeta a sanciones legales, junto con las garantías procesales de la ley. Más allá de eso, sin embargo, los dos conceptos difieren significativamente, particularmente en términos de su comprensión de la relación entre el Estado y la ley. Mientras que la concepción estadounidense del Estado de derecho tiene sus raíces en una relación un tanto antagónica entre el Estado y el *rule of law*, que da prominencia a la paradoja antes mencionada entre la ley como dependiente e independiente del estado, la contraparte se basa directamente en una verdadera simbiosis entre la ley y el Estado. En términos más amplios, en el *Rechtsstaat*, la ley se vincula inextricablemente al Estado como el único canal legítimo a través del cual éste puede ejercer su poder. En consecuencia, "*state rule through law*" sería una aproximación mucho mejor en inglés para "*Rechtsstaat*" que "*rule of law*". El *État de droit* francés es mucho más reciente que el alemán. Sin embargo, aunque el término francés, "*État de droit*", es una traducción literal del alemán "*Rechtsstaat*", los franceses adaptaron y transformaron el concepto que encontraron en el pensamiento jurídico alemán del siglo XIX tan a fondo que la expresión francesa adquirió un significado completamente diferente de *Rechtsstaat* y originalmente se derivó de este último, que connota el *Rechtsstaat* positivista. De hecho, tal como se entiende en la teoría jurídica francesa e institucionalizado en el orden constitucional francés contemporáneo, "*État de droit*" no significa "*state rule through law*", sino más bien "Estado constitucional como garante legal de los derechos fundamentales", contra las infracciones derivadas de la ley promulgada por el parlamento. Al igual que sus homólogos alemanes o angloamericanos, el concepto francés de *État de droit*, entonces, es dinámico y muy controvertido. Sin embargo, dado el objetivo de identificar características esenciales para fines de análisis conceptual y comparación, es inútil en este marco explicar la mayoría de los matices o cuestiones de controversia. Sobre este último punto, véase M. J.

una sola tradición, no está claro si el Estado de Derecho debería ser en gran medida, si no exclusivamente, procesal o sustantivo o si debería preocuparse principalmente por la previsibilidad o la equidad. Por último, al menos en el contexto de la democracia constitucional, el Estado de Derecho parece basarse en una paradoja. En términos del marco institucional necesario para la democracia constitucional y de la implementación de la voluntad de la mayoría a través de la ley, el Estado de derecho parece estar decididamente del lado del Estado y, a menudo, en contra del ciudadano⁷⁵. Por el contrario, en relación con la protección de los derechos constitucionales fundamentales, el Estado de derecho parece estar del lado del ciudadano, al menos en la medida en que los ciudadanos pueden invocar el derecho constitucional contra las leyes y políticas del Estado.

Para determinar si, y cómo, el Estado de Derecho puede contribuir a establecer la legitimidad de la democracia constitucional en una sociedad pluralista contemporánea, con respecto al objeto de esta investigación – y a saber, con respecto a la legislación delegada – es necesario distinguir y analizar separadamente Estado de Derecho en sentido material y en sentido formal⁷⁶.

Por un lado, por lo que concierne el Estado de Derecho en sentido material, una restricción al cumplimiento de las leyes sería inútil e ineficaz si no fuera posible garantizar que las propias leyes garantizan los derechos fundamentales. Por tanto, los elementos formales del Estado de Derecho se desarrollan y amplían a partir de los elementos materiales del mismo, en particular mediante la adopción de normas que protejan los derechos fundamentales⁷⁷.

REDOR, *De l'État légal à l'État de droit: l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française*, 1992.

⁷⁵ Este parece ser el caso siempre que un ciudadano es obligado a acatar leyes que él o ella considere injusto u opresivo, sin perjuicio de que dichas leyes hayan sido aprobadas por mayorías legislativas debidamente elegidas.

⁷⁶ M. ROSENFELD, *The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy*, Southern California Law Review, 74, 2001.

⁷⁷ A modo de ejemplo, en la Constitución de la Confederación Suiza, el principio del Estado de derecho está así consagrado:

Por otro lado, en cambio, el Estado de derecho en sentido formal implica el principio de legalidad, la jurisdicción ordinaria y administrativa y la separación de poderes. Para el desarrollo de este camino teórico, será necesario centrarse en el último de los tres recordados elementos, la separación de poderes.

La separación de poderes (o división de poderes), además de ser, como ya se ha mencionado, uno de los principios legales fundamentales del Estado de Derecho y de la democracia liberal, es en sí misma una metáfora, que se refiere a ideas tremendamente diversas y contingencias históricas. Se distinguen dos líneas conceptuales, una interesada en las distinciones analíticas entre funciones y la otra en el equilibrio y contrapeso de poderes o instituciones. El argumento del equilibrio se origina en la teoría de las constituciones mixtas: su relato clásico temprano es la descripción de Polibio de la República Romana. El historiador griego declaró que lo que hizo la grandeza de la Roma republicana fue la mezcla de elementos monárquicos, aristocráticos y democráticos, tal como se plasman en las instituciones del consulado, el Senado, y las asambleas populares, respectivamente, y como lo demuestra el ejercicio coordinado de diferentes atribuciones del poder estatal (el Senado propone leyes, que las asambleas populares pueden rechazar o aprobar, los cónsules tienen el control sobre el despliegue de tropas y el mando en el campo, el Senado controla todos los gastos, mientras que el pueblo solo decide sobre guerra y

Art. 5 Estado de derecho.

1. La ley es la base y el límite de la actividad del Estado.
2. La actividad del Estado debe responder al interés público y ser proporcionada al propósito.
3. Los órganos, autoridades y particulares del Estado actúan según el principio de buena fe.
4. La Confederación y los Cantones respetan el derecho internacional.

Ejemplos de implementación en sentido material del Estado de derecho (tomados del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución Federal de la Confederación Suiza de 18 de abril de 1999):

- Art. 7 Dignidad humana. La dignidad de la persona debe ser respetada y protegida.
- Art. 8 Igualdad jurídica. Todos somos iguales ante la ley [...]

Sobre este punto véanse R. CRISTI, *Hayek, Schmitt y el Estado de derecho*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, No. 2, 1991; P. DOBNER, M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford university Press, 2010; *L'État de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996.

paz, etc.) El énfasis está en la fragmentación del poder mediante el diseño institucional y controles mutuos. En ningún momento la suma total del poder estatal está completamente concentrada y sus diversos ejercicios nunca quedan sin control⁷⁸. No obstante, como se tendrá ocasión de observar más adelante en el desarrollo del análisis, la defensa teórica de la separación de poderes que influyó en el constitucionalismo más moderno se encuentra en el *De l'esprit des lois* de Montesquieu⁷⁹.

En la separación de poderes hay que considerar dos puntos de vista: en primer lugar, la introducción de una separación de las autoridades superiores del Estado y de su competencia; en segundo lugar, el establecimiento de una vinculación de influjo y contrapeso recíprocos de las facultades de estos poderes separados. Una cierta separación es necesaria, y con ella se hace posible una diferenciación. Si bien no cabe practicar un pleno y absoluto aislamiento, por lo pronto es preciso considerarlo, no obstante, como punto de vista independiente dentro de este principio de organización.

El esquema de una separación rigurosamente practicada lleva a concebir al Legislativo, el Ejecutivo y la Justicia como tres organizaciones de la actividad del Estado aisladas entre sí. Ninguna autoridad ni ningún miembro de uno de estos sectores podría pertenecer al mismo tiempo a otro sector, existiendo así la más rigurosa incompatibilidad entre el puesto de un diputado del Parlamento legislativo y el de un funcionario de la administración del Estado, incluso un ministro; ningún funcionario administrativo puede actuar como juez; ningún juez como funcionario administrativo; ninguna autoridad de un sector puede ejercer una competencia que con arreglo a su contenido objetivo pertenezca a otro sector. Consecuencia de esta separación rigurosamente practicada sería la de que los cuerpos legisladores no podrían tener influjo ninguno en el gobierno parlamentario, es decir, dependiente de

⁷⁸ K. VON FRITZ, *The Theory of Mixed Constitution in Antiquity: A Critical Analysis of Polybius' Political Ideas*, Columbia University Press, New York, 1954.

⁷⁹ B. IANCU, *Legislative Delegation. The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012.

la confianza de la mayoría de la corporación legislativa; contradiría esta rigurosa separación, y por tal causa está excluido en la constitución de los Estados Unidos de América. Se podría obtener también de la necesidad de la separación la consecuencia de que tampoco podría tener lugar ningún control judicial sobre actos del Legislativo, así que la comprobación judicial de la constitucionalidad de las leyes, según la práctica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, frente al Legislativo es contraria al esquema que después se hace de una separación de poderes. En estos ejemplos se muestra ya que con el sistema de una “separación de poderes” no se trata de una organización histórica completa que se hubiera practicado en cualquier algún momento y lugar con todo detalle, sino sólo de un esquema teórico cuya construcción aclara el principio de organización⁸⁰.

Según todo lo que se acaba de desarrollar y exponer, es entonces necesario abordar los diferentes esquemas teóricos que se han formado a lo largo de los años en los varios sistemas legales nacionales y supranacionales objeto de este análisis: como ha sido observado por Schmitt, dado que no se trata de una organización histórica completa que se hubiera aplicado objetivamente, independientemente del ordenamiento jurídico receptor, convendrá – más adelante a lo largo de este estudio, después de haber detallado la evolución del principio de separación de poderes en objeto – comprender cuáles son los principios regulatorios y los principales factores de los sistemas individuales, que llevaron a la organización, *ergo* separación – y por tanto el uso de la delegación legislativa – tanto en el proceso genético u original como en el estado y uso en el que se ha convertido hoy. Ante todo, sin embargo, como se acaba de mencionar, será imprescindible observar la evolución del principio de separación de poderes y su llegada a los sistemas jurídicos hodiernos.

⁸⁰ C. SCHMITT, *Constitutional Theory*, Translated and edited by J. SEITZER, Duke University Press, Durham and London, 2008.

I.1.1 – La evolución de la teoría de la división de poderes: de sus orígenes a la filosofía de John Locke

En la amplia y profunda revisión de las doctrinas y principios del derecho público, ya anunciada en el período anterior a la guerra mundial y puesta en práctica desde entonces, paralelamente al surgimiento de nuevas Constituciones, tras la conclusión de la guerra y, todavía hoy, en pleno auge para muchos países de Europa y también en otros continentes, no son muchos los teóricos que han sabido escapar de las críticas y los intentos de revisión, mientras que incluso aquellos principios jurídicos fundamentales, sobre los que parecía que no debían surgir más discusiones, se convirtieron y están siendo objeto de contraste doctrinal y la propia concepción del Estado, en su estructura, en sus ordenamientos jurídicos y en sus órganos fundamentales, puede parecer amenazada o profundamente innovada por formas recientes, en ocasiones absolutamente rebeldes a los viejos esquemas y clasificaciones antiguas, e incluso capaces de negar sistemas e institutos ya consagrados por experiencias seculares.

Entre los principios sometidos a críticas más continuas, fundamental para esa forma de Estado llamada constitucional está el de separación de poderes⁸¹; un principio absolutamente negado por la Constitución soviética y por la doctrina comunista actual⁸², combatido por Kelsen como un dogma cuyo origen puede justificarse, pero que ya no puede ser reconocido como valioso⁸³, y juzgado por muchos como un principio obsoleto por experiencias políticas recientes o, más aún, considerada una

⁸¹ *Ex multis*: A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, UTET, Turín, 1896; P. CHIMIENTI, *Manuale di diritto costituzionale fascista*, UTET, Turín, 1934; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, 1920; L. DUGUIT, *Traté de droit constitutionnel*, vol. II, Ancienne Librairie Fontemoing & C. Editeurs, Paris, 1924.

⁸² DE FRANCESCO G. M., *Lo Stato sovietico nella dottrina generale dello Stato*, Cedam, Padua, 1932; ORLANDO V. E., *Metodo e tecnica giuridica nella dottrina sovietica*, en *Scritti della Facoltà giuridica di Roma in onore di Antonio Salandra*, Vallardi, Milán, 1928.

⁸³ H. KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, en A. CARRINO, *Jus publicum europæum*, Giappichelli, 2004.

afirmación abstracta que nunca podría encontrarse en la realidad de ningún sistema institucional, ni de ningún orden jurídico positivo⁸⁴. Tampoco faltan quienes, como ya en otras épocas y por otros autores, niegan la famosa división tripartita de poderes para sumar en la estructura del Estado actual a los tres poderes tradicionales, legislativo, administrativo y judicial, un cuarto poder ahora llamado político, ahora corporativo⁸⁵.

No se desconoce la distinción entre poderes, pero las relaciones entre éstos se sitúan ahora en general sobre bases diferentes, tanto desde el punto de vista político como jurídico, ya que la primacía, que era del legislativo, ha pasado al administrativo o ejecutivo y, consecuentemente, el poder regulador de la Administración se amplía sobre todo por el reconocimiento explícito de que la administración puede dictar reglas, con fuerza formal de ley, cuando existen razones de necesidad y urgencia⁸⁶; o se niega el principio como principio absoluto y obligatorio y si, por un lado, se admite como fundamental en el orden del Estado constitucional, por otro, se agrega que no debe destruir ni debilitar la unidad orgánica del Estado y su soberanía⁸⁷; o el principio es considerado como una afirmación teórica pura, nunca corroborada por la implementación práctica, ya que era necesario reconocer en casos de necesidad y conflicto la oportunidad de permitir que el ejecutivo sustituyera al legislativo y porque la distinción entre administrativo y judicial ha sido corrompida por la intervención de la Administración en la jurisdicción de litigios de derecho público⁸⁸; o el principio se considera, si se aplica plena y rigurosamente, peligroso y nocivo e

⁸⁴ C. COSTAMAGNA, *Elementi di diritto costituzionale corporativo fascista*, Bemporad R. & figlio, 1929.

⁸⁵ G. BORTOLOTTO, *Lo Stato e la dottrina corporativa*, vol. 1, 1931; S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, Libreria del Littorio, Roma, 1929.

⁸⁶ A. GIANNINI, *L'equilibrio dei poteri dello Stato*, Educazione fascista, Roma, 1932.

⁸⁷ A. ROCCO, *La trasformazione dello Stato: dallo Stato liberale allo Stato fascista*, "La Voce" Anonima Editrice, Roma 1927. Informe al proyecto de ley sobre el derecho del poder ejecutivo a dictar normas legales. En cuanto a esta ley, conviene recordar que la Comisión del Senado reconoció que no afectaba la división de poderes.

⁸⁸ M. LA TORRE, *Considerazioni critiche sul principio della divisione dei poteri*, Rivista di diritto pubblico, 1929.

incluso irreconciliable con la soberanía del Estado, ya que desmembraría la soberanía misma: esta última crítica, que se remonta a Rosseau, es repetida por Duguit y se encuentra reproducida incluso en autores más recientes⁸⁹. Ahora bien, de estas observaciones se desprende que las principales críticas, si no todas, dirigidas al principio de división de poderes se derivan del hecho de que ese principio fue considerado esencialmente en el ámbito político y más como una forma de organización institucional del Estado, que no un criterio para la división normal de competencias entre los órganos del Estado.

El principio de división de poderes se ha afirmado, como es sabido, con un sentido más preciso y ha entrado a ser parte de la doctrina política y jurídica del Estado con Montesquieu, cuyos argumentos podrán examinarse extensamente más adelante, pero se pueden rastrear los orígenes más lejanos de este principio, como ya se ha tenido ocasión de mencionar, incluso en la época de las civilizaciones griega y romana, en las instituciones políticas de esa época, así como en algunas elaboraciones doctrinales: ya en la división de la autoridad política, en Atenas, entre los arcontes, el Consejo de los Quinientos, la asamblea popular y el areópago; y, en Roma, entre los cónsules, el senado y el pueblo en los tres órdenes de reuniones: curiates, centuriates y tributos; e incluso puede rastrearse en la India antigua⁹⁰; en las doctrinas políticas, se remonta a Aristóteles e incluso antes a Platón. No obstante, se ha querido individuar en Aristóteles el primero en afirmar con suficiente claridad el concepto de división de poderes y, de hecho, ese principio se expone en la "Política"⁹¹, donde se dice que en cada Estado hay tres partes diferenciadas: la

⁸⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, 1762, Hatier, 2011; DUGUIT L., *Traté de droit constitutionnel*, vol. II, Ancienne Librairie Fontemoing & C. Editeurs, Paris, 1924.

⁹⁰ E. FUZIER-HERMANN, *La séparation des pouvoirs, d'Après l'Histoire et le Droit Constitutionnel*, Hachette BNF, 1880.

⁹¹ Ya en el siglo IV a.C. Aristóteles habla varias veces de estas "funciones del gobierno", afirmando que hay tres elementos de todas las constituciones en torno a los cuales el legislador sabio debe estudiar lo que es redundante en beneficio de cada ciudad. Ahora bien, si estos elementos son saludables, la constitución necesariamente funcionará bien y así la diferencia entre constitución y constitución se reducirá a una diferencia entre cada uno de los elementos que se corresponden entre sí. De estos tres

asamblea general que delibera sobre asuntos públicos, el cuerpo de magistrados y el poder judicial. El primero, correspondiente, aunque con diferencias, al poder legislativo actual, decide sobre la guerra y la paz, estipula tratados, hace leyes; el segundo corresponde al ejecutivo y Aristóteles comprende toda su importancia para la vida del Estado, planteando que, al respecto, es necesario ver cuál debe ser el árbitro y cómo debe procederse a la elección de los titulares de esos poderes; y el tercero corresponde al poder judicial.

Tampoco se puede decir que la separación de poderes fue totalmente ignorada en los sistemas públicos y doctrinas de la Edad Media, ya que, por un lado, encontramos en la historia de los municipios, por ejemplo, la aparición y desarrollo de órganos con competencias limitadas y específicas (cónsules, consejos y parlamentos) y, por otro lado, el principio encontró ilustres partidarios desde Santo Tomás hasta Marsilio⁹².

Una concepción más clara – aunque todavía por ciertos aspectos cercana y por otros muy distante de la actual – del principio de división de poderes se encuentra en Locke, quien en su “Tratado sobre el gobierno civil” distingue un poder legislativo, un poder ejecutivo y un poder confederativo⁹³. Ya se ha afirmado que la concepción de Locke es muy lejana de la hodierna y, de hecho, basta con señalar el hecho singular – y probablemente el elemento diferenciante más relevante – de que Locke ignora el poder judicial y, en su lugar, emplaza el poder confederativo, que luego inducirá al

elementos, uno es el que decide sobre los asuntos públicos, el segundo el del Poder Judicial (es decir, su naturaleza, su competencia, las normas que los regulan), el tercero el órgano judicial, en ARISTÓTELES, *Política*, Libro IV, Cap. XI, 14.

⁹² Por un lado, Santo Tomás de Aquino trató este tema en la “Summa”, justificando la separación de poderes y particularmente la separación entre el legislativo y el judicial; por otro lado, Marsilio de Padua distinguió claramente la función legislativa, que debe pertenecer a todo el pueblo, para ser confiada al Príncipe, bajo su propia responsabilidad personal frente al pueblo, pero llama a este último *secundaria, instrumentalis, seu ejecutiva pars*, mientras que el pueblo sería el *valentior pars* y, por tanto, hay que deducir que quizás más que una división real quiere afirmar una subordinación necesaria del ejecutivo al legislativo.

⁹³ J. LOCKE, *Two Treatises of Government – Essay concerning the true Original, Extent and End of Civil Government*, cap. XII, 1689.

propio Montesquieu a cierta incertidumbre en la designación de los tres poderes. No se puede, sin embargo, negar la considerable influencia ejercida sobre el autor de *De l'esprit des lois* por Locke y, quizás más aún, por Bolingbroke⁹⁴, quien en muchos estudios políticos había considerado el problema de los controles y del necesario equilibrio de los diferentes poderes, así como es cierto que Montesquieu extrajo su teoría del análisis de los sistemas constitucionales ingleses, que eran o, mejor dicho, que se le presentaban y le aparecían en la mente⁹⁵.

I.1.2 – La doctrina de los tres poderes de Montesquieu

En teoría política, Niccolò Machiavelli, Jean Bodin y Thomas Hobbes generalmente se consideran las tres fuentes más relevantes para el discurso sobre el Estado moderno⁹⁶. Quentin Skinner, por ejemplo, destaca que Machiavelli y Bodin lidian principalmente con la pregunta acerca de la organización de la soberanía, y dan la respuesta de que el poder de tomar decisiones políticas y ejercer la soberanía debe recaer en el gobernante, rey o príncipe. Hobbes, señala Skinner, esboza la primera teoría del Estado moderno como una *persona ficta* abstracta que ejerce la soberanía⁹⁷.

⁹⁴ H. S. J. BOLINGBROKE, *The Philosophical Works of the Late Right Honourable Henry St. John, Lord Viscount Bolingbroke*, 1776.

⁹⁵ A. CARENA, *Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale*, Annali di scienze politiche, Vol. 5, No. 4, Rubbettino Ed., 1932.

⁹⁶ Sobre este tema han escrito numerosos autores: véanse *ex multis* Q. SKINNER, *A Genealogy of the Modern State*, Proceedings of the British Academy, 2009; P.J. STEINBERGER, *Hobbes, Rousseau and the Modern Conception of the State*, Journal of Politics, 70, 2008; L. FOISNEAU, *Sovereignty and Reason of State: Bodin, Botero, Richelieu and Hobbes*, en *The Reception of Bodin*, ed. H. Lloyd, Leiden, 2013; J. MCCORMICK, *Prophetic Statebuilding: Machiavelli and the Passion of the Duke*, Representations, 2011; A. M. ARDITO, *Machiavelli and the Modern State*, Cambridge, 2015; I. HONT, *The Permanent Crisis of a Divided Mankind: Contemporary Crisis of the Nation State in Historical Perspective*, Political Studies, 42, 1994.

⁹⁷ Q. SKINNER, *A Genealogy of the Modern State*, Proceedings of the British Academy, 2009.

Reduciendo el concepto de Estado en el espíritu de la historia moderna temprana a una institución que ejerce la soberanía sobre un territorio, y al limitar así la genealogía del Estado moderno a este tema, podemos argumentar que Hobbes es el primero que intentó proporcionar una teoría política, anticipando la personalidad abstracta del Estado⁹⁸. Pero el Estado moderno no es solo una persona abstracta que ejerce la soberanía, que siempre está dirigida principalmente contra agentes externos. También es una entidad que ejerce autoridad contra sus electores, los ciudadanos. Si bien una de las cuestiones constitutivas de la teoría política moderna es, entonces, cómo la agencia que ejerce la autoridad puede convertirse en una institución pública abstracta que ejerce la soberanía, una segunda cuestión, no menos definitoria, es cómo este cuerpo político abstracto puede ejercer la autoridad sin convertirse en un instituto autoritario y arbitrario que solo sirve a los poderosos. Hobbes puede ser el pensador más sistemático con respecto a la primera pregunta; sin embargo, Montesquieu es el primer pensador y el más consecuente con respecto a la segunda cuestión. Acepta el *dictum* de Hobbes sobre la persona abstracta del Estado, pero piensa en los medios para hacer que esta institución sea justa y legítima en el ejercicio de su autoridad⁹⁹: búsqueda de legitimidad que lo llevará a teorizar sobre la separación de los poderes como fundamento lógico-ontológico de la legitimidad misma.

A pesar de los antecedentes doctrinales de varias y distintas épocas, ya debidamente mencionados, el francés Charles-Louis de Secondat, barón de La Brède y Montesquieu (1689-1755) fue el primero en expresar plenamente la llamada teoría de los tres poderes en su obra *De l'esprit des lois*, publicada en Ginebra en 1748. Montesquieu entró en contacto con estas ideas durante su viaje a Inglaterra en 1734 y quedó profundamente impresionado. Francia en ese momento estaba gobernada por una monarquía absoluta, flanqueada por un parlamento formado por miembros de la gran nobleza y el alto clero. La pequeña nobleza, compuesta principalmente por

⁹⁸ Q. SKINNER, *A Genealogy of the Modern State*, Proceedings of the British Academy, 2009.

⁹⁹ F. PETERSEN, *Montesquieu's Concept of the Rational (Non-Arbitrary) Modern State*, Hebrew University of Jerusalem, The Richard Koebner Minerva Center for German History, 2019.

funcionarios locales de la Administración pública – la llamada nobleza de toga – tenía enormes dificultades para acceder a las oficinas más prestigiosas del Estado; para la clase burguesa, el Tercer Estado, esto era casi imposible. En este clima políticamente estático, en el que parecía difícil una renovación institucional, Montesquieu comenzó a trabajar en el “Espíritu de las leyes”, con el que pretendía dar una imagen lo más completa posible del pensamiento político de su tiempo. El supuesto básico del trabajo es que los hombres y las sociedades, así como todos los seres vivos, siguen ciertas leyes que regulan su evolución, por lo que, aunque los diversos pueblos del mundo hayan dado origen a sociedades y civilizaciones diferentes, hay reglas que cada uno de ellos debe seguir, si quieren mantenerse con vida y evitar la ruina.

En cuanto a Francia, la única forma de gobierno posible y real es, según Montesquieu, la monarquía. El tamaño territorial, el clima, las estructuras sociales, las leyes morales dominantes y la cultura en su sentido más amplio hacen de Francia, por la naturaleza de sus leyes, una monarquía. Esta monarquía, precisamente por ser un sistema perfecto y científicamente conocible, debe respetar sus leyes, de lo contrario, correría el riesgo de desaparecer. Para Montesquieu, la monarquía a la inglesa, atemperada por la presencia de un parlamento y una constitución, es la mejor forma de gobierno, ya que está a medio camino entre el despotismo, en el que un solo individuo gobierna según su capricho, y la república – entendida por su significado original, como la *polis* griega o la Roma republicana, donde el gobierno se confía directamente al pueblo; esto, sin embargo, tiene el defecto, según Montesquieu, de dar demasiado espacio a los intereses individuales y al egoísmo, que a la larga lleva a los ciudadanos más poderosos a convertirse en déspotas.

Por tanto, si, como escribe, "el poder corrompe, el poder absoluto corrompe absolutamente", hay que evitar confundir libertad con arbitrariedad: conviene, para que no haya abusos, que el poder absoluto se divida en varios poderes parciales, cada uno de los cuales debe contrarrestar al otro. “En todo Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas que dependen de la ley del pueblo y el poder ejecutivo de los que dependen de la ley civil. En virtud del primero, el príncipe o magistrado hace las leyes por un tiempo determinado o para

siempre, y corrige o deroga las que ya se han promulgado. En virtud del segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, establece seguridad, previene invasiones. En virtud del tercero, sanciona delitos o juzga disputas privadas. A este último lo llamaremos poder judicial, y al otro simplemente poder ejecutivo del Estado”.

Por tanto, los poderes no deben estar concentrados, ni en la misma persona, ni en el mismo grupo de personas, de lo contrario no habría libertad para los ciudadanos. Sigue el politólogo francés afirmando que “cuando en la misma persona o en el mismo órgano del poder judicial, el poder legislativo se une al poder ejecutivo, no hay libertad, ya que se puede temer que el mismo monarca, o el mismo senado, haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo. Si estuviera unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario: de hecho, el juez sería un legislador. Si estuviera unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se perdería si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de mayores, o nobles, o personas, ejercieran estos tres poderes: él de hacer leyes, él de ejecutar decisiones públicas y él de juzgar delitos o disputas de justicia privada”. Por lo tanto, en la teoría desarrollada por Montesquieu, para que el Estado pueda funcionar, sus leyes deben ser creadas no por el pueblo directamente, sino por un cuerpo legislativo compuesto por representantes especialmente elegidos a nivel local, mientras que el ejecutivo debe ser ejercido por una sola persona, ya que requiere decisiones rápidas¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Observa Montesquieu – en unos de los fragmentos más significativo de su obra maestra – que “dado que, en un Estado libre, cualquier individuo que se presume que tiene un espíritu libre debe gobernarse a sí mismo, el cuerpo del pueblo debe tener poder legislativo. Pero como esto es imposible en los Estados grandes y está sujeto a muchos inconvenientes en los Estados pequeños, la gente debe hacer a través de sus representantes todo lo que no pueden hacer por sí mismos. Las necesidades de la propia ciudad se conocen mucho mejor que las de otras ciudades, y la capacidad de los vecinos se juzga mejor que la de otros compatriotas. Por lo tanto, no es necesario que los miembros del cuerpo legislativo provengan en general del cuerpo de la nación, pero es aconsejable que en cada lugar principal los habitantes elijan un representante [...] El poder ejecutivo debe estar en manos de un

A pesar de que en las consideraciones de Montesquieu persistan, por lo tanto, todavía residuos de absolutismo "iluminado" – por ejemplo, en asignar el poder ejecutivo exclusivamente al monarca, en lugar del parlamento, o en la restricción del derecho de voto a quienes no están en un Estado de inferioridad que pueden considerarse carentes de voluntad propia – el concepto de “separación equilibrada” de los poderes fundamentales del Estado y la idea de representación política han tenido gran fortuna en la filosofía de la política moderna y contemporánea. Sin embargo, nótese que el avance de la burguesía en Francia y Europa ya en la segunda mitad del siglo XVIII y la Revolución Francesa provocaron cambios sociales que pronto pusieron en tela de juicio las ideas de Montesquieu.

La principal oposición vino del filósofo suizo Jean-Jacques Rousseau, quien rechazó la idea de representación política, considerándola una "falsa democracia", a la que contraponer la soberanía popular, entendida como facultad, por el pueblo en su conjunto, de elaborar las leyes discutiéndolas a través de asambleas colectivas específicas; por tanto, el gobierno electo conservaría únicamente los poderes ejecutivo y judicial. Los representantes del pueblo, en cambio, no deberían hacer leyes, porque actuarían no en interés de todos, sino sólo en vista de sus intereses particulares.

La teoría de los tres poderes también ha sido objeto de revisiones. Por un lado, el filósofo de la política y jurista austriaco Hans Kelsen consideró – en su obra *Teoría general del derecho y del Estado* de 1950 – superflua la distinción entre poder ejecutivo y poder judicial, considerando más importante la distinción entre creación y aplicación de las leyes: solo se puede aplicar una regla existente, por lo que primero llega el momento de crear la regla y solo en ese punto surge la posibilidad de su aplicación. Por otro lado, Sun Yat-sen, revolucionario y político chino, ha añadido en cambio a los tres poderes de Montesquieu otros dos, extraídos de la tradición política milenaria de su país: el poder de control, es decir, la capacidad de vigilar la adherencia

monarca para ello. una parte del gobierno, que casi siempre necesita una acción instantánea, es mejor administrada por uno que por varios” en C. L. S MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, 1748, Garnier Flammarion, vol. I, Paris, 1979.

del gobierno a las leyes fundamentales del Estado, y la facultad de examen, que es la selección, mediante concursos especiales, de los mejores ciudadanos para el empleo en la administración pública¹⁰¹.

A pesar de las críticas recibidas *a posteriori*, al origen de la doctrina de la separación de poderes, en los términos en que se han formulado las constituciones de los dos últimos siglos, está la "gran y ambigua obra"¹⁰² de Montesquieu: una gran y ambigua obra, se añadiría, también y sobre todo, en este sentido. Como se mostrará esquemáticamente a continuación, de hecho, hoy al menos, tres tesis diferentes se sustentan bajo el mismo nombre de separación de poderes, cada una de las cuales tiene alguna base textual en la obra de Montesquieu. La primera tesis, que podría llamarse distinción de poderes, es una teoría (cognitiva) de las funciones del Estado; la segunda y la tercera, que podrían denominarse respectivamente equilibrio de poderes y separación de poderes en sentido estricto, son en cambio doctrinas (normativas) relativas a la distribución de tales funciones a diferentes órganos¹⁰³.

La primera tesis conocida como la separación de poderes, pero que más bien debería llamarse la distinción de poderes, es una clasificación de las funciones estatales y tiene una base textual en el pasaje inicial del capítulo seis del libro undécimo del *De l'esprit des lois* – ya mencionado anteriormente –, que dice que hay en cada Estado tres tipos de poderes: legislativo, ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de la gente, luego renombrado como ejecutivo, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil, luego renombrado poder de juzgar o judicial; Montesquieu define este último como la facultad de sancionar delitos o juzgar disputas entre particulares¹⁰⁴. Es una teoría cognitiva, aunque no empírica sino

¹⁰¹ A. GRUSSU, *La teoria dei tre poteri di Montesquieu: formulazione, critiche, sviluppi*, en <https://www.alessandrogrussu.it/schede.html>, 2020.

¹⁰² G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, en *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998.

¹⁰³ De este uso de "doctrina", en un sentido normativo al menos – aunque débilmente – comprensivo de las *doctrines* de los jueces de *common law* habla S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004.

¹⁰⁴ C. L. S. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Garnier Flammarion, vol. I, Paris, 1979.

analítica, de las funciones del Estado: en el término "separación de poderes", aquí, "poder" se usa en el sentido de función y "separación" en el sentido de distinción. Más específicamente, es una clasificación de funciones estatales que permite describir el funcionamiento de cualquier Estado, sin importar cómo esté organizado, en términos de tres funciones: legislación, o producción (libre) de reglas generales, ejecución o implementación (discrecional) de tales reglas, jurisdicción o aplicación (obligada) de las mismas¹⁰⁵. Como teoría de clasificación de las funciones estatales, la distinción de poderes no se presta a críticas normativas, sino solo a críticas cognitivas, que la oponen a diferentes clasificaciones. Pensemos, por dar sólo un ejemplo, en la clasificación de Kelsen de las funciones estatales, distinguiendo solo entre creación y aplicación de la ley, subordinando la segunda a la primera, pero también argumentando que todos los actos estatales, en diversos grados, son al mismo tiempo creativos y aplicaciones de la ley¹⁰⁶. De manera más general, se sabe cómo, ya en el Estado liberal del siglo XIX, y luego en la transición al Estado social del siglo XX, surgieron nuevas funciones estatales: o, mejor, se propusieron más distinciones a las tres de Montesquieu. Así, se habló del poder "neutral" del jefe de Estado, del control de la legitimidad constitucional, del poder de dirección política: todas funciones que caen dentro de las categorías Montesquivianas con dificultad. En este análisis, sin embargo, continuaremos refiriéndonos a la "originaria" separación de poderes, ejemplificada por el Estado liberal del siglo XIX, y no a la

¹⁰⁵ Para la distinción entre teoría y doctrina de la separación de poderes, véanse G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998 y G. TARELLO, *Organizzazione giuridica e società moderna* en G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984; para el nombre "distinción de poderes" véase C. SCHMITT, *Verfassungslehre (Dottrina della costituzione)*, Giuffré, Milán, 1984.

¹⁰⁶ H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (1959), trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milán, 1966. Incluso para la teoría hermenéutica, la interpretación es siempre una mezcla de creación y aplicación: a este propósito véase G. ZACCARIA, F. VIOLA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

"nueva" ejemplificada por el Estado social del siglo XX¹⁰⁷. Ambas teorías, o distinciones o clasificaciones de poderes, por otro lado, no dicen cómo estas funciones deben distribuirse entre los diferentes órganos. Como mera teoría, cualquier distinción de poderes se limita a establecer cuáles y cuántas funciones existen, no a quién deben atribuirse; esta atribución dependerá entonces no de la misma teoría (cognitiva), sino de diferentes doctrinas (normativas), inspiradas por diferentes fines políticos, y también por distintos criterios técnicos para el logro de estos fines. En el caso de Montesquieu, el objetivo era la libertad política, en el sentido de la seguridad ciudadana frente a otros ciudadanos, incluidos los titulares del poder estatal¹⁰⁸; en cuanto al criterio técnico para lograr este fin, osciló entre dos criterios – no especialización y especialización de los órganos – que se utilizarán en los dos próximos puntos para caracterizar, respectivamente, otras dos tesis conocidas como separación de poderes en sentido amplio: equilibrio de poderes y separación de poderes en sentido estricto.

La segunda tesis conocida como separación de poderes, pero que más bien debería llamarse equilibrio de poderes, se refiere a la atribución de las tres funciones individuadas por la primera tesis a cuerpos que se equilibran el uno con el otro; aquí, "poderes" significa órganos, y "separación", precisamente, equilibrio. La segunda tesis tiene una doble base textual en el *De l'esprit des lois*: en el famoso pasaje del capítulo cuarto del libro undécimo, donde se afirma que sólo el poder puede detener al poder, y en todo el capítulo sexto del mismo libro, donde las funciones legislativa y ejecutiva se atribuyen a órganos no especializados. En el capítulo cuarto, en primer lugar, Montesquieu afirma que es una experiencia eterna que quien tiene el poder es llevado a abusar de él, llegando hasta donde no encuentra límites y que para no

¹⁰⁷ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1994; G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, en *Digesto*, IV ed., Discipline pubblicistiche, Utet, Torino, 1996.

¹⁰⁸ Sobre el hecho de que, a diferencia de lo que comúnmente se cree, Montesquieu concibió la libertad como la libertad de otros ciudadanos, más que del Estado, como harán los liberales posteriores, véanse M. BARBERIS, *Libertà*, Il Mulino, Bolonia, 1999 y más ampliamente M. BARBERIS, *Libertà, liberalismo e costituzionalismo en Teoria política*, 2000.

abusar del poder es necesario que, para el ordenamiento de las cosas, el poder detenga al poder¹⁰⁹. En todo el capítulo sexto, Montesquieu aplica la idea del equilibrio de poderes distribuyendo las funciones estatales, o más bien las dos funciones específicamente políticas, la legislación y la ejecución, según el criterio de no especialización de los órganos. Por especialización de órganos se entiende lo que Emmanuel Sieyès y los demás constituyentes franceses significaron a finales del siglo XVIII, y que en el siglo XX significaron Charles Eisenmann y Michel Troper en sus estudios sobre Montesquieu: el ejercicio exclusivo, por cada órgano o grupo de órganos, de la única función reservada a ellos¹¹⁰. Los órganos se definen especializados donde cada uno ejerce su propia función – legislativa, ejecutiva o judicial – sin la intervención de los demás: un modelo similar a la constitución francesa de 1791. Para “no-especialización” de los órganos, al revés, se entiende la participación de cada órgano constitucional para ejercer funciones distintas a las propias: como ocurre en Montesquieu, precisamente, para los órganos y las funciones políticas, legislativas y ejecutivas; en particular, no solo los cuerpos legislativos (Cámaras alta y baja) contribuyen a la función legislativa, sino también el cuerpo ejecutivo (el monarca). Lo que quiere lograr Montesquieu, equilibrando los órganos legislativo y ejecutivo, no es la separación de poderes en sentido estricto, es decir, el ejercicio de sus respectivas funciones por órganos especializados, sino la participación en su ejercicio por órganos no especializados; el objetivo es, obviamente, obligar a cada órgano, que en sí mismo sólo tenderá a aumentar su poder, a ejercitarlo en concierto con otros. Que el equilibrio de poderes, o la no especialización, y la separación de poderes en sentido estricto, o la especialización, son conceptualmente distintos, y que Montesquieu, al menos en lo que concierne al legislativo y al ejecutivo, apoyó al primero y no al segundo, puede resultar más o

¹⁰⁹ C. L. S MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Garnier Flammarion, vol. I, Paris, 1979.

¹¹⁰ C. EISENMANN, *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, 1933; C. EISENMANN, *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, 1952; ambos en *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'histoire des idées politiques*, ed. Ch. Leben, Panthéon-Assas, Paris, 2002; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, trad. it. *Per una teoria giuridica dello Stato*, Guida, Nápoles, 1998.

menos evidente, pero, sin embargo, ha sido subrayado por muchos, tanto entre constitucionalistas¹¹¹, como entre teóricos políticos¹¹². Lo que no siempre se ha notado, sin embargo, es la actitud de Montesquieu hacia la función y los órganos no políticos, distintos del legislativo y ejecutivo: en definitiva, precisamente respecto al poder judicial. En cuanto a la organización de este poder, de hecho, todo permitiría a Montesquieu configurar el poder Judicial como un contrapoder y no solo por coherencia con lo que argumentó sobre los otros dos poderes. Según la interpretación histórica más plausible de las ideas de Montesquieu, típica de un exponente de la pequeña nobleza de toga d'*ancien régime*, excepto por el ingenioso truco de reformularlas en términos de la constitución inglesa¹¹³, debería haber apoyado las afirmaciones políticas de los *Parlements*, el único contrapoder, en Francia, con respecto al absolutismo monárquico. No sólo, por tanto, Montesquieu debería haber configurado el poder judicial como un contrapoder con respecto al legislativo y al ejecutivo, sino que debería haberle atribuido esa función de producir derecho que los jueces siempre habían tenido pacíficamente, tanto en el continente como en Inglaterra. Sin embargo, esto no sucede. Sobre el poder judicial, las

¹¹¹ C. EISENMANN, *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, 1933; C. EISENMANN, *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, 1952; ambos en *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'histoire des idées politiques*, ed. Ch. Leben, Panthéon-Assas, Paris, 2002; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, trad. it. *Per una teoria giuridica dello Stato*, Guida, Napoli, 1998; R. GUSATINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2001.

¹¹² N. MATTEUCCI, *Alla ricerca dell'ordine politico. Da Macchiavelli a Tocqueville*, Il Mulino, Bologna, 1984; B. MANIN, *Les deux libéralismes: la règle et la balance*, en C. BIET, I THÉRY, *La famille, la loi, l'État: de la Révolution au Code civil*, Éditions du Centre Georges Pompidou, 1989; B. MANIN, *Freni, contrappesi e confini: la separazione dei poteri nel dibattito costituzionale del 1787*, en P. COMANDUCCI, R. GUSATINI, *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Turín, 1994; P. PASQUINO, *Uno e trino. Indipendenza della magistratura e separazione dei poteri*, Anabasi, Milán, 1994; M. BARBERIS, *Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001.

¹¹³ L. ALTHUSSER, *Montesquieu. La politique et l'histoire* (1959), Puf, Paris, 1985; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998; T. TODOROV, *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine*, Seuil, Paris, 1989.

posiciones de Montesquieu parecen corresponder a la tercera tesis: la doctrina de la separación de poderes en sentido estricto.

La tercera tesis conocida como separación de poderes, y que efectivamente podría denominarse separación de poderes (pero en sentido estricto), es, como la segunda, una doctrina (normativa) sobre la forma de atribuir funciones estatales a los diferentes órganos. Sin embargo, a diferencia del segundo, estas funciones se distribuyen entre cuerpos especializados en sus respectivas funciones: aquí “poderes” todavía significa órganos, pero “separación” ya no significa equilibrio, sino división o separación en sentido estricto. Buscar una base textual para esta tesis en el *De l'esprit des lois* – que también se ha considerado la fuente principal de esta doctrina durante al menos un siglo – también es imposible, siempre que se mire solo a los poderes específicamente políticos (legislativo y ejecutivo): como se acaba de ver, se organizan según la doctrina diferente del equilibrio de poderes. Si se quiere buscar una base textual para la separación de poderes en sentido estricto en el *De l'esprit des lois*, hay que fijarse precisamente en lo que dice Montesquieu sobre el poder judicial: los famosos pasajes del capítulo seis del undécimo libro sobre el "poder de juzgar". Lo primero que uno advierte es que mientras el legislativo (por ejemplo, la cámara alta) y el ejecutivo (por ejemplo, el rey, en el ejercicio del poder de indulto) participan excepcionalmente en las funciones judiciales, los órganos judiciales nunca participan en funciones legislativas y ejecutivas. El poder judicial, en Montesquieu, es el único poder al que se aplica el criterio técnico de especialización en funciones, característico de la doctrina de la separación de poderes en sentido estricto, y también el único al que se aplicarán las tesis montesquivianas al comienzo de la Revolución¹¹⁴. Lo segundo de que uno se da cuenta, siempre mirando los

¹¹⁴ Lo que no ocurre, sin embargo, con las tesis relativas al equilibrio. Todo el constitucionalismo revolucionario francés, y paradigmáticamente Sieyès, respeta el criterio técnico de especialización, y mira con hostilidad la doctrina del equilibrio de poderes, percibida como un instrumento de conservación del *ancien régime*, como observado por M. BARBERIS en *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Il Mulino, Bolonia, 1988 y también en *I limiti del potere: il contributo francese* en G. DUSO, *Il potere. Per la storia della filosofia política moderna*, Carocci, Roma.

famosos pasajes del capítulo seis, libro undécimo, sobre el poder de juzgar, es que el poder judicial no se atribuye a jueces profesionales o burocráticos, sino a jueces populares, llamados a administrar justicia entre sus pares, en homenaje a la tradicional división en clases: una solución a la que Montesquieu se refiere en una nota – ni siquiera al *jury* inglés, sino – a los tribunales atenienses, y que será experimentada al inicio de la Revolución para volver, casi de inmediato, a una organización burocrática del poder judicial. De esta manera – observa Montesquieu – el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, al no estar atado a una determinada condición profesional, se vuelve, por así decirlo, invisible y nulo. No tenemos jueces constantemente delante de nuestros ojos: y tememos a la magistratura, no a los magistrados¹¹⁵. Lo tercero que uno advierte, siempre mirando estos pasajes más citados que leídos, es que Montesquieu puede calificar al poder judicial como "nulo" precisamente porque no atribuye la función de juzgar a un poder judicial organizado burocrática o profesionalmente, sino a ciudadanos comunes. Sólo con esta condición, que luego resultó irreal, puede afirmar que los juicios deben fijarse hasta el punto de limitarse a reproducir el texto de la ley y que los jueces de la nación solo son la boca que pronuncia las palabras de la ley: seres inanimados que no pueden moderar su fuerza ni su rigor¹¹⁶.

Sea como fuere, la idea de que los jueces no deben producir derecho se origina aquí mismo: de la combinación de la teoría de la distinción de poderes (primera tesis) y la doctrina de la estricta separación entre poderes judiciales y otros poderes (tercera tesis). De hecho, si se abordan ahora mismo las tres tesis conocidas como separación de poderes, distinguidas en este apartado, y la idea jurídico-realista de producción judicial del derecho, se pueden anticipar algunas hipótesis. La primera tesis, la teoría de la distinción entre funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, parece ser una condición necesaria pero no suficiente de la doctrina de que los jueces no deben

¹¹⁵ C. L. S. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Garnier Flammarion, vol. I, Paris, 1979.

¹¹⁶ C. L. S. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Garnier Flammarion, vol. I, Paris, 1979; en el mismo sentido A. PANEBIANCO, *Il potere, lo stato, la libertà. La gracile costituzione della società libera*, Il Mulino, Bolonia, 2004.

producir derecho. Al menos para quienes respetan la ley de Hume, que prohíbe la deducción de doctrinas de meras teorías, para derivar esta doctrina, la teoría de la distinción de funciones debe combinarse con la doctrina de la separación de poderes en sentido estricto. Por sí misma, la teoría de la distinción de funciones sería compatible con la participación de los jueces en funciones legislativas: como vemos en relación con la segunda tesis. La segunda tesis, la doctrina (normativa) del equilibrio entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, no solo es compatible con la producción judicial del derecho, sino que requeriría estrictamente la participación de los jueces en la función legislativa. Esta participación, además, se había dado varias veces antes de Montesquieu, y se seguirá produciendo incluso después: en el continente, con el registro de las leyes por los *Parlements* y con la *interpretatio* judicial como fuente suplementaria de la *lex*¹¹⁷; en Inglaterra, con el *common law* y luego, en Estados Unidos, también con el *judicial review of legislation*. Es oportuno mencionar que el control de la legitimidad constitucional se originó precisamente en los Estados Unidos: es decir, precisamente en el sistema constitucional que se inspiró más directamente a la doctrina montesquiviana del equilibrio de poderes¹¹⁸. Por tanto, es sólo la tercera tesis, la doctrina de la separación de poderes en sentido estricto – por supuesto, en combinación con la primera, la teoría de la distinción de poderes – la que excluye la participación de los jueces en la legislación: excluirla como tesis que afirma – no que los jueces no produzcan ley, sino más bien – que los jueces no deben producirla¹¹⁹.

¹¹⁷ G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942*, en *Foro italiano*, V, 1969.

¹¹⁸ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist* (1787-1788), trad. it. *Il Federalista*, Il Mulino, Bologna, 1980; M. TROPER, *Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990.

¹¹⁹ M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, *Analisi e diritto 2004*, Giappichelli, Turín, 2004.

I.1.3 – Las transformaciones de la delegación legislativa

Como se ha tenido ocasión de observar en los párrafos anteriores – de huella puramente teórica – y sobre todo operando una conexión funcional entre la teoría schmittiana¹²⁰ y la teoría montesquiviana – ambas difusamente expuestas a lo largo de este trabajo – resulta evidente como cualquier distinción de poderes solo se limita a establecer cuáles y cuántas funciones existen y no a quién deben de atribuirse: esta atribución dependerá entonces no de la misma teoría cognitiva, sino de diferentes doctrinas normativas, inspiradas por diferentes fines políticos y también por distintos criterios técnicos para el logro de estos fines. En este sentido, los diferentes fines políticos vuelven entonces a reanudarse con la voluntad política que Schmitt ponía como fundamento de la constitución.

Las diferentes doctrinas normativas de las que hablamos, inspiradas por diferentes propósitos políticos y criterios técnicos, han ido cambiando, como es normal y (sociológicamente) natural, a lo largo de los años y períodos históricos: de hecho, si por un lado los propósitos políticos – *rectius*, las orientaciones políticas – son dictados por los pueblos y por tanto por los grupos políticos que gobiernan un País en un período determinado, por otro lado, los criterios técnicos suelen ser dictados y determinados tanto por la forma de Estado en la que deben aplicarse, que por la de los sistemas político-económicos dentro en los cuales se han desarrollado los países en cuestión.

Un ejemplo – además objeto de este análisis – es el traspaso del poder legislativo al ejecutivo, ante incipientes necesidades político-normativas, que pueden ser situaciones de crisis o urgencia, así como dificultades particulares y tecnicismos de estandarización. En este sentido, para volver a conectarse con el principal tema de investigación de este trabajo, es normal que las diferentes doctrinas normativas

¹²⁰ Téngase en cuenta que, como hemos visto anteriormente, Carl Schmitt sostenía que el sistema de separación de poderes no se trata de una organización histórica completa que se hubiera practicado en cualquier sitio con todo detalle, sino sólo un esquema teórico cuya construcción aclara el principio de organización.

hayan ido cambiando a lo largo de los años ante la sucesión de diferentes fenómenos socioculturales y económico-jurídicos, así como puramente temporales. Por tanto, la consecuencia natural de esto es que incluso el propio instrumento de la delegación legislativa ha experimentado una evolución y una transformación a lo largo de los años, que conviene observar.

Son numerosos los motivos que hacen que la investigación en sí misma sea relevante: en primer lugar, en relación con la implementación de las disposiciones constitucionales y la interpretación que se ha dado. De hecho, será posible valorar si y cómo la ley que delega al parlamento opera una adecuada identificación del objeto o si, por el contrario, está mayoritariamente formulada en términos genéricos y casi indeterminados; si al mismo tiempo se identifican correctamente los principios y criterios rectores, o si, por el contrario, las constataciones generales indicadas anteriormente también se aplican a ellos y si aún más existe un solapamiento entre la identificación del objeto y la enumeración de los principios y criterios. En otro plano, el tema que nos ocupa nos lleva a cuestionarnos tanto la estructura general de las fuentes del derecho en los distintos sistemas analizados como, de manera más general, el sistema de relaciones parlamento-gobierno en las conformaciones actuales. Relevancia que tiene especial trascendencia en el caso de los poderes, por ejemplo,– como ha sucedido – el caso de gobiernos de un color político que han tenido que implementar los poderes contenidos en leyes aprobadas por mayorías anteriores y de colores diferentes. Y, de hecho, la investigación muestra cómo esos motivos de interés se ven reforzados por la evaluación de la producción legislativa tomada en consideración, comenzando por una reflexión sobre los datos cuantitativos relativos a la delegación legislativa, que ve un aumento general sustancial, tanto en el número de leyes aprobadas que contienen al menos una delegación en relación con los demás actos reglamentarios primarios, la del número de delegaciones con referencia a los distintos tipos (primario y correctivo / suplementario; delegaciones periódicas; delegaciones sectoriales), y finalmente, y en consecuencia, del número de actos delegados adoptados.

Es fundamental la consideración global de la importancia de este fenómeno y de las consecuencias en cuanto a la relación con el estado de la legislación en su conjunto. La transformación del instrumento en examen también ha sido posible gracias a una jurisprudencia muy generosa a lo largo de los años, tanto hacia el legislador delegador como hacia el delegado, con numerosas intervenciones "ortopédicas" sobre el derecho delegante: por ejemplo, cómo habrá oportunidad de analizar en detalle, mediante el uso extensivo de la razón o propósito de la delegación para llenar el excesivo carácter genérico de la formulación de principios y criterios rectores en las leyes de delegación, especialmente en aquellos sectores – como los afectados por la adopción de leyes únicas e implementación de directivas comunitarias – en los que los principios y criterios rectores son frecuentemente establecidos por relación, así como la jurisprudencia que se ha ocupado de la cuestión de los decretos legislativos emitidos en materia de competencia compartida, también en lo que respecta a las innovaciones introducidas, que plantean el problema del carácter de los principios rectores, que tienen la función para orientar la identificación de principios fundamentales.

La impresión general que se desprende del análisis de la evolución y transformación de la legislación delegada es la de un instrumento que, por un lado, ha tenido y sigue teniendo un gran uso en la práctica legislativa (como para hacer su predicción en los textos constitucional) y, en cambio, marca una distancia cada vez mayor entre el "modelo" constitucional y su aplicación, sin que la jurisprudencia haya logrado (o querido) – al menos hasta hoy – devolver la práctica a esquemas constitucionales estrictamente entendidos: los conocidos problemas vinculados no solo a la calidad y procedimientos de la producción legislativa en su conjunto, sino también a las relaciones entre los distintos órganos constitucionales que determinan la forma de gobierno, no son ajenos a esta evaluación. Y si este último ha ido cambiando a lo largo

de los años, era inevitable que una transformación similar también involucrara el instrumento de la delegación legislativa¹²¹.

1.1.3.1 – La evolución de la delegación durante el siglo XX: la teoría constitucional de Carl Schmitt

Antes de pasar al análisis de la delegación legislativa en los ordenamientos jurídicos únicos objeto de este relevamiento, es interesante y oportuno observar la evolución del instrumento de delegación durante el siglo XX: de hecho, en los principales ordenamientos jurídicos ha tenido un desarrollo algo similar y de alguna manera diferente; sin duda, los acontecimientos socioculturales del siglo corto, como las guerras mundiales, tuvieron una gran influencia.

Todas las jurisdicciones objeto de escrutinio a continuación tienen una serie de características comunes con respecto al problema de la delegación que las distinguen de la contraparte estadounidense. Antes de continuar con los detalles, se deben identificar las similitudes de grupo.

En sistemas parlamentarios maduros, el delegado institucional es un gobierno políticamente responsable y, por lo tanto, dependiente de la confianza de la legislatura. De igual modo, el delegado teórico controla en la práctica al delegador-legislador, también en el ejercicio de las funciones legislativas de este último. El parlamentarismo del siglo XIX todavía evidenciaba una medida de autonomía individual de los diputados de la máquina del partido y también un grado de independencia de las facciones parlamentarias del gobierno en el poder. A medida que los sistemas electorales y de partidos alcanzaron la mayoría de edad, partiendo gradualmente de los supuestos iniciales de Burke, con respecto a la

¹²¹ Sobre este punto, ampliamente E. ROSSI, *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e nella XV Legislatura*, Quaderni della Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di perfezionamento, Cedam, Pisa, 2009.

representación¹²², el problema de la delegación comenzó a adoptar una forma común que en Estados Unidos no estaba presente en la misma medida. El carácter distintivo estadounidense se debe tanto a la autosuficiencia institucional de las ramas políticas del poder – un criterio constitucional – como a la perpetuación de un “primitivo” sistema electoral y de partidos – una peculiaridad política¹²³.

En un sistema parlamentario, por el contrario, el gobierno suele iniciar y controlar eficazmente la elaboración de leyes, mientras que el proyecto de ley suele ser redactado por expertos de un ministerio. Ciertamente, este estado de hechos no es un argumento en contra de una reserva legislativa prescrita constitucionalmente que se opone al parlamento: hasta cierto punto, el caso contra la delegación puede ser incluso más sólido. El proceso legislativo garantiza publicidad, apertura y transparencia en la toma de decisiones. Así, una reserva constitucionalmente arraigada, al menos en asuntos importantes, incluso al margen de la legitimidad general y los beneficios de la ley, también se convierte en una garantía institucional. Protege el derecho de la minoría parlamentaria, que de otra manera sería eludida habitualmente por la mayoría a través de procedimientos acelerados, incluidas promulgaciones fantasma que delegan la legislación subordinada al ejecutivo¹²⁴. Este papel de la reserva legislativa de garantizar los derechos de las minorías y promover los valores democráticos y del Estado de derecho asociados con la publicidad y la transparencia parlamentarias, sigue siendo muy relevante en la actualidad.

¹²² Como observa atentamente A. SAJÓ, la teoría del gobierno representativo parlamentario se basa en el supuesto del sistema electoral restrictivo de principios del siglo XIX, en *The Transformations of Parliament*, 1999.

¹²³ El calificativo "primitivo" no se usa aquí en un sentido peyorativo, sino sólo para señalar el hecho de que el congresista individual sigue dependiendo mucho más de su electorado que del partido. Dado que el sistema electoral y de partidos estadounidense no evolucionó completamente hacia formas modernas comunes (toma de decisiones simplificada, disciplina partidaria rígida), los miembros del Congreso disfrutaban de un grado mucho mayor de autonomía.

¹²⁴ J. TRÉMEAU, *La réserve de loi-compétence législative et Constitution*, Presses Universitaires d'Aix-Marseilles, Aix-en-Provence, 1997.

Las limitaciones sobre la especificidad y el tema de los estatutos (y, en consecuencia, sobre las delegaciones) se introdujeron a menudo en las constituciones europeas de posguerra como una respuesta directa al colapso del parlamentarismo antes de la Segunda Guerra Mundial. El artículo 80 de la *Grundgesetz* alemana, por ejemplo, según el cual el "contenido, propósito y alcance" (*Inhalt, Zweck und Ausmaß*) de una autorización para adoptar legislación subordinada (*Rechtverordnungen*) debe ser determinado por el parlamento en la ley de delegación, es una clara reacción a los caprichos de los parlamentos de Weimar. Más particularmente, es una respuesta constitucional a la *Ermächtigungsgesetz* de marzo de 1933, en virtud de la cual el gobierno del Reich (es decir, Hitler) recibió un cheque en blanco, por tiempo indefinido, para adoptar legislación ejecutiva. Asimismo, el art. 13 de la Constitución francesa de 1946, que establece que "la Asamblea Nacional solo adopta la legislación. No puede delegar este derecho"¹²⁵ fue una respuesta a la autorización otorgada a Marshall Pétain por el último parlamento de la Tercera República para adoptar medidas de efecto legislativo e incluso modificar la propia constitución mediante decreto ejecutivo. Si las disposiciones de la posguerra han cumplido de hecho las funciones que se esperaba que cumplieran y si cumplen un papel diferente en la estructura general del constitucionalismo europeo contemporáneo, es una cuestión general que se abordará más adelante en esta sección¹²⁶. Pero si los modelos de reserva legislativa requeridos constitucionalmente, hasta las grandes transformaciones de la ley y el estado de finales del siglo XIX y principios del XX, cumplieron una función constitucional diferente en el contexto europeo (y, por lo

¹²⁵ "L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit" (Solo la Asamblea Nacional vota la ley. Ella no puede delegar este derecho).

¹²⁶ Sin embargo, analizando los desarrollos franceses del periodo posguerra bajo la Constitución de la Cuarta República de 1946, ya que son en efecto una continuación del paradigma constitucional y los problemas político-constitucionales de la Tercera República, puede notarse que el momento real de la ruptura contemporánea con el pasado, en el contexto constitucional francés, es la Constitución de la Quinta República de 1958.

tanto, si la respuesta constitucional contemporánea abordó adecuadamente la cuestión fenomenal) es un asunto histórico preliminar e igualmente importante¹²⁷. El caos político del período de entreguerras estuvo íntimamente conectado con los desafíos de la guerra y de la crisis económica y social. La experiencia de la Primera Guerra Mundial, como ha escrito el historiador británico Alan Milward, requirió que el Estado-nación europeo emprendiera hazañas de organización en una escala mucho mayor que cualquier otra que hubiera intentado anteriormente, mientras que al mismo tiempo obligaba al Estado a pedir la lealtad de sus ciudadanos en un grado que no había intentado anteriormente¹²⁸. Los sacrificios que el Estado exigió a los ciudadanos europeos en la Primera Guerra Mundial no hubieran sido posibles, continúa, sin una extensión de las obligaciones del Estado hacia ellos, ni sin los cambios en el sistema político que eso implicaba¹²⁹. La inestabilidad política y económica en el período de entreguerras se derivó directamente del hecho de que pocos Estados europeos se encontraron capaces de hacer con éxito la transición a una nueva forma de gobierno basada de forma segura en esta variedad más amplia de obligaciones¹³⁰.

Milward no se expande, al menos en términos legales o institucionales, sobre lo que implicaba precisamente esta "nueva forma de gobierno". Sin embargo, estas generalizaciones proporcionan un punto de entrada útil a las luchas políticas y constitucionales del período de entreguerras, así como a sus fundamentos sociales y económicos, de los cuales emergió una nueva forma de gobierno después de 1945. Inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, la cuestión constitucional clave a la que se enfrentaba Europa era la siguiente: ¿cuál debería ser el papel de las

¹²⁷ B. IANCU, *Legislative Delegation. The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012.

¹²⁸ A. S. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, Routledge – Taylor & Francis Group, Londres, 1992.

¹²⁹ A. S. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, Routledge – Taylor & Francis Group, Londres, 1992.

¹³⁰ A. S. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, Routledge – Taylor & Francis Group, Londres, 1992.

instituciones representativas, en particular los parlamentos, en un Estado que se enfrenta a demandas públicas de intervención social y económica en una escala nunca antes vista en tiempos de paz? Para muchos actores políticos y observadores académicos por igual, la respuesta adecuada a esta pregunta fue razonablemente clara: serían necesarios cambios fundamentales en la distribución constitucional de poderes. Lo más importante es que los parlamentos nacionales, cuyo carácter generalista y engorrosa deliberación se habían adaptado perfectamente al Estado liberal más limitado del siglo XIX, ahora tendrían que ceder amplios poderes normativos al ejecutivo y a las esferas "tecnocráticas" emergentes, tal como lo habían hecho durante la guerra en interés de la defensa nacional¹³¹.

¹³¹ En el contexto alemán, véase *Gesetz über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen und über die Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts im Falle kriegerischer Ereignisse*, v. 4.8.1914 (RGBl. S.327), que otorgó al gobierno del Reich, bajo la supervisión del Bundesrat, la autoridad "para tomar aquellas medidas legislativas que, durante la guerra, se establezcan como necesarias para aliviar el daño económico". Cuatro días después que el *Reichstag* alemán aprobó esta ley de delegación (*Ermächtigungsgesetz*), el parlamento inglés aprobó el primer *Defence of the Realm Act* (DORA), el 8 de agosto de 1914. El DORA contenía amplios poderes similares a los contenidos en su contraparte alemana, declarando en la sección 1 que "Su Majestad en el Consejo tiene poder durante la continuación de la presente guerra para emitir regulaciones [...] para asegurar la seguridad pública y la defensa del reino." Curiosamente, al comienzo de la Primera Guerra Mundial, el Parlamento francés, a diferencia de sus homólogos alemán y británico, resistió en gran medida la tentación de transferir todos los poderes legislativos efectivos al gobierno, optando en cambio por transferencias más limitadas para fines más específicos. A este respecto véase *L. 5/8/1914, Journal Officiel de la République Française, Lois et Décrets [J.O. Lois et Décrets], Aug. 6, 1914, p. 7128; D.P. 1914, IV, 98*, autorizando al gobierno, mientras el Parlamento no estaba en sesión, a abrir nuevas líneas de crédito por decreto, sujeto al requisito de que el gobierno buscara la aprobación parlamentaria posterior durante las dos primeras semanas de la próxima sesión legislativa; *L. 5/8/1914, J.O. Lois et Décrets, Aug. 6, 1914, p. 7126; D.P. 1914, IV, 88*, que autorizaba al gobierno a actuar por decreto para suspender o alterar de otro modo las obligaciones contractuales privadas durante la guerra, por ejemplo, los pagos adeudados por un soldado a un banco en virtud de una hipoteca. No fue hasta 1918 que Francia adoptó una ley que pudiera caracterizarse como una delegación general de poderes legislativos en relación con la guerra. *L. 10/2/1918, J.O. Lois et Décrets, Feb. 12, 1918, p. 1515; B.L.D. 1918, 79*. En cuanto a Austria, la legislación correspondiente fue

Tales cambios eran necesarios para que los Estados europeos tuvieran alguna posibilidad de resolver los innumerables desafíos sociales y económicos que enfrentaba, especialmente con el inicio de la Depresión. Como informó el *Committee on Ministers' Powers*, un comité especial del Parlamento británico, en 1932, la verdad es que, si el Parlamento no estuviera dispuesto a delegar el poder legislativo, el no podría aprobar el tipo y la cantidad de legislación que la moderna opinión pública requería¹³². Esta declaración podría haberse aplicado igualmente bien a los parlamentos francés y alemán del mismo período.

Esta necesidad de delegación, sin embargo, planteó una pregunta subsidiaria: ¿cómo fue posible conciliar la concentración del poder normativo en el ejecutivo con las concepciones tradicionales de democracia parlamentaria heredadas del pasado? John Locke, como ya se ha dicho, había definido la posición clásica dos siglos antes, en un famoso pasaje afirmando que el poder del legislativo, derivando del pueblo por una concesión e institución voluntaria positiva, no puede ser otro que lo que esa concesión positiva ha transmitido, que siendo sólo para hacer leyes, y no para hacer legisladores, el legislativo no puede tener poder para transferir su autoridad de hacer leyes y ponerla en otras manos¹³³. Algunos observadores de entreguerras en Europa Occidental – tanto de derecha como de izquierda – veían la delegación en términos esencialmente “lockeanos”, como fundamentalmente en conflicto con los principios de gobierno parlamentario. En 1926, el socialista francés Léon Blum argumentó que la práctica emergente en Francia de *pleins pouvoirs y décrets-lois* ("plenos poderes"

adoptada en 1917. Autorizaba al gobierno a aprobar las regulaciones necesarias para restablecer y promover la vida económica, evitar daños económicos y asegurar la subsistencia de la población en las circunstancias económicas extraordinarias causadas por la guerra, en *Gesetz vom 24 Juli 1917, Kriegswirtschaftliches Ermächtigungsgesetz, RGBl. 307/1917*. En Italia, el primer recurso a los "plenos poderes" tuvo lugar antes, en mayo de 1915, bajo el gobierno de Salandra; véase sobre este último ámbito S. MERLINI, *Il governo costituzionale*, en *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Raffaele Romanelli ed., 1995.

¹³² *Committee on Ministers' Powers Report*, Cmd. 4060, 23, 1932.

¹³³ J. LOCKE, *Two Treatises of Government – Essay concerning the true Original, Extent and End of Civil Government*, 1689.

y "decretos leyes") era no sólo una violación de la Constitución, sino una violación de la soberanía nacional, de los cuales los miembros del parlamento son los representantes, pero no los dueños y que no tienen derecho a delegar en otros sino en ellos mismos¹³⁴. Viniendo del otro extremo del espectro, Lord Hewart, el *Lord Chief Justice of England*, publicó un libro de 1929 titulado provocativamente *The new despotism* – el nuevo despotismo – que argumentó que la delegación de poderes legislativos al ejecutivo en el Estado administrativo moderno representaba una grave amenaza para las dos características principales de la constitución británica, la soberanía del Parlamento y el *rule of law*.

En Gran Bretaña, el *Committee on Minister's Powers* se formó en 1929 directamente en respuesta a la crítica de Hewart a la delegación legislativa. Los miembros del *Committee*, entre los que se podían encontrar excelencias políticas y académicas como Harold Laski, procedían de todos los partidos parlamentarios para reforzar su credibilidad frente al creciente malestar parlamentario con los supuestos excesos de la burocracia¹³⁵. La conclusión general del comité fue que el sistema de legislación delegada es legítimo y constitucionalmente deseable para determinados fines; hizo hincapié en las presiones sobre el tiempo parlamentario, el tecnicismo de los temas regulatorios, la necesidad de flexibilidad ante contingencias imprevistas e incluso las oportunidades para la experimentación regulatoria¹³⁶. Por lo tanto, el comité rechazó las amplias denuncias de personas como Lord Hewart, encontrando que tales críticas, en lugar de destruir el caso de la delegación, simplemente demostraron que existen peligros en la práctica, que es susceptible de abuso y que se requieren garantías¹³⁷. La *formula* legal y política para la legitimación del poder legislativo delegado en el futuro, sugirió el comité, sería una combinación de supervisión legislativa directa de la acción administrativa, responsabilidad ministerial y participación corporativista en

¹³⁴ *Journal Officiel de la République Française, Chambre des Députés, Débats [J.O., Chambre des Députés, Débats]*, afirmación de Léon Blum, p. 2773, 7 de julio de 1926.

¹³⁵ J. WILLIS, *The Parliamentary Powers of English Government Departments*, V, 1933.

¹³⁶ *Committee on Ministers' Powers Report*, Cmd. 4060, 51, 1932.

¹³⁷ *Committee on Ministers' Powers Report*, Cmd. 4060, 54, 1932.

la toma de decisiones regulatorias, así como revisión judicial de actores ejecutivos y administrativos que ejercen poderes delegados.

Mientras que algunos observadores de entreguerras creían, particularmente en Gran Bretaña, que era posible una fusión viable del parlamentarismo tradicional y del gobierno administrativo, otros argumentaron que las instituciones parlamentarias eran incapaces de dominar las tensiones sociopolíticas de la época. El deterioro de cualquier apariencia de gobierno parlamentario o incluso semiparlamentario, primero en Italia entre 1922 y 1925¹³⁸, y luego en Alemania entre 1930 y 1932 – seguido por la toma del poder por los nazistas en 1933 – parecía sugerir que la época de la democracia parlamentaria, al menos como se entendía tradicionalmente, de hecho, había pasado. Desde esta perspectiva, la persistente inestabilidad del sistema parlamentario en Francia, hasta su colapso definitivo, con la ayuda alemana, en 1940, simplemente parecía ofrecer una confirmación adicional de la tendencia constitucional¹³⁹.

Quizás el exponente más articulado de la visión negativa de las capacidades parlamentarias fue Carl Schmitt¹⁴⁰, el eminente teórico constitucional conservador

¹³⁸ A. LYTTTELTON, *The seizure of power: fascism in Italy, 1919-1929*, 1987.

¹³⁹ A. TARDIEU, *la revolution à refaire: la profession parlementaire*, 1937.

¹⁴⁰ En las últimas décadas, ha habido una notable explosión de estudios de Carl Schmitt en la teoría político-constitucional occidental. Varias razones pueden explicar el renovado interés por la obra de este controvertido pensador. Por un lado, la siempre popular crítica del liberalismo ha atraído a los académicos a Schmitt, convencidos de que las dimensiones antiliberales de su pensamiento podrían ser útiles en los esfuerzos por avanzar en nuestra comprensión de la democracia. Otros han visto motivos para revisar la teoría del gobierno de emergencia de Schmitt. La situación política actual, explican, exige un poder ejecutivo fuerte y eficaz, considerado necesario para afrontar eficazmente los riesgos económicos y de seguridad de la era globalizada. Además, la infame distinción amigo-enemigo de Schmitt se ha convertido en un eslogan interpretativo popular, empleado para describir la naturaleza de la política global contemporánea. Finalmente, el interés en hacer avanzar las versiones políticas (y democráticas) del constitucionalismo liberal ha provocado un redescubrimiento de las reflexiones más filosóficas de Schmitt sobre el constitucionalismo moderno. Independientemente de los intereses que lo inspiren, el debate en constante expansión sobre la importancia y las implicaciones del trabajo de Schmitt ha puesto en primer plano la noción de delegación y de legislación delegada. A

bajo la República de Weimar y más tarde el "jurista de la corona" en los primeros años del régimen nacionalsocialista. Para Schmitt, los preceptos tradicionales de separación de poderes heredados del derecho público europeo del siglo XIX – cuyo núcleo era el parlamento deliberativo y elegido – simplemente no podían conciliarse con las exigencias de la gobernanza moderna y las demandas intervencionistas del "Estado total"¹⁴¹. Schmitt fue, en cierto sentido, un teórico de la inevitabilidad de la dictadura ejecutiva en una era de gobierno administrativo, aunque racionalizó este estado de cosas como un retorno a una forma más tradicional de gobierno europeo. En 1938, Schmitt contribuyó con un artículo – publicado originalmente en Alemania en 1936 – a una colección de ensayos en honor al gran estudioso del derecho comparado de Francia, Edouard Lambert, utilizando esto como una oportunidad para difundir a un público más amplio sus escritos en Alemania sobre la reciente evolución

este respecto, véanse *ex multis*: E. KENNEDY, *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, Duke University Press, Durham, 2004; W. E. SCHEUERMAN, *Carl Schmitt: The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1999; D. DYZENHAUS, *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Duke University Press, Durham, 1998. Más recientemente, Schmitt también ha atraído también la atención de quienes trabajan en la teoría política internacional, *ex multis*: L. ODYSSEOS, F. PETITO, *The International Political Thought of Carl Schmitt: terror, Liberal War and the Crisis of Global Order*, Routledge, Abington, 2007; W. HOOKER, *Carl Schmitt's International Thought: Order and Orientation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

¹⁴¹ El estado del siglo XX era esencialmente el "Estado total", creía Schmitt, independientemente de si era una democracia o una dictadura. La característica principal del Estado total en el siglo XX fue, a los ojos de Schmitt, la interpenetración de Estado y sociedad: dominios hasta esos entonces ostensiblemente neutrales – religión, cultura, educación, economía – dejan finalmente de ser neutrales, en el sentido de que no pertenecen al Estado y a la política. Como concepto polémico contra tales neutralizaciones y despolitizaciones de dominios importantes aparece el Estado total, que potencialmente abarca todos los dominios. Esto da como resultado la identidad del Estado y de la sociedad, en C. SCHMITT, *The Concept of the Political*, 1932, George Schwab trad., Rutgers University Press, 1976; sobre la irreconciliación de la concepción de Schmitt de "Estado total" y las nociones de separación de poderes, véase G. BALAKRISHNAN, *The Enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt*, 2000.

del problema de las delegaciones legislativas¹⁴². Su argumento básico fue que, después de la Primera Guerra Mundial, los acontecimientos no solo en Alemania y Francia, sino también en Gran Bretaña y Estados Unidos – las cuatro "grandes potencias" en las que eligió centrarse – reflejaron un colapso similar en el marco constitucional, entre el poder legislativo y ejecutivo, en beneficio evidente de este último. Schmitt señaló cómo la mayoría de los Estados había reputado cada vez más necesario "simplificar" los procedimientos normalmente requeridos para la adopción de reglas legislativas para permanecer en armonía con los constantes cambios en la situación política, económica y financiera¹⁴³. La delegación de un amplio poder normativo al ejecutivo fue, a juicio de Schmitt, el principal instrumento de esta "simplificación"; sin embargo, sólo Alemania, en su opinión, había llevado este

¹⁴² C. SCHMITT, *Une étude de droit constitutionnel comparé: l'évolution récente du problème des délégations législatives*, Paul Roubier & H. Mankiewicz trad., en *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 1938. El artículo apareció originariamente en Alemania como C. SCHMITT, *Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung der Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen)* en *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1936.

¹⁴³ C. SCHMITT, *Une étude de droit constitutionnel comparé: l'évolution récente du problème des délégations législatives*, Paul Roubier & H. Mankiewicz trad., en *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 1938.

Esta afirmación se aplicó igualmente bien al caso italiano: Charles Maier describió lo que él llama el "transformismo corruptor" del gobierno constitucional perseguido por los fascistas a finales de 1922: salvo los socialistas, la Cámara se mantuvo en general obediente ante Mussolini y rápidamente aprobó una concesión de "plenos poderes" durante un año, supuestamente en la garantía informal de que la subvención del ejecutivo se utilizaría únicamente para reducir la burocracia o racionalizar las leyes fiscales; solo unos pocos oradores se quejaron. Sin embargo, como señaló un diputado socialista, desde la guerra se había aceptado el sistema de eludir el parlamento mediante decretos legislativos en C. S. MAIER, *Recasting Bourgeois Europe: stabilization in France, Germany and Italy in the decade after World War I*, 1975; véase también Merlini, describiendo la concesión de "plenos poderes" al gobierno de Salandra en mayo de 1915, como parte de un "trastorno radical" en la sustancia constitucional de la forma de gobierno italiana, que se repetiría siete años después, con el advenimiento de fascismo en S. MERLINI, *Il governo costituzionale*, en *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Raffaele Romanelli ed., 1995.

proceso a su conclusión lógica al eliminar por completo cualquier apariencia de separación de poderes, optando en cambio por un sistema de legislación gubernamental¹⁴⁴.

Schmitt parecía muy consciente de su dependencia del eufemismo para suavizar la imagen de la dictadura nacionalsocialista en Alemania. Creía que "la palabra peyorativa dictadura" debería evitarse en la descripción del sistema alemán después de 1933¹⁴⁵. Más bien, ese sistema simplemente reivindicaba el pensamiento de Aristóteles y Tomás de Aquino – ya analizados anteriormente en este trabajo – sobre el lugar adecuado del poder legislativo, demostrando la superioridad de estas nociones aristotélicas y tomistas sobre los conceptos de legislación y constitución propios de los regímenes de separación de poderes¹⁴⁶. Schmitt sugirió así que este retorno a formas de gobierno europeas supuestamente tradicionales era inevitable entre las naciones industrializadas. El constitucionalista alemán razonó que simplemente existía una oposición insuperable entre el concepto de legislación en un régimen parlamentario y la evolución de la vida pública a lo largo de las últimas décadas, lo que demandaba no la deliberación del legislativo sobre las normas generales, sino la acción decisiva del ejecutivo en casos concretos¹⁴⁷. Fue esta

¹⁴⁴ C. SCHMITT, *Une étude de droit constitutionnel comparé: l'évolution récente du problème des délégations législatives*, Paul Roubier & H. Mankiewicz trad., en *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 1938. Por supuesto, después de 1940, Francia se unió a Alemania e Italia en este campo, véase con respecto a este tema D. RUSU, *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875*, 1942, citando Schmitt con aprobación.

¹⁴⁵ C. SCHMITT, *Une étude de droit constitutionnel comparé: l'évolution récente du problème des délégations législatives*, Paul Roubier & H. Mankiewicz trad., en *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 1938.

¹⁴⁶ C. SCHMITT, *Une étude de droit constitutionnel comparé: l'évolution récente du problème des délégations législatives*, Paul Roubier & H. Mankiewicz trad., en *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 1938. Para una crítica de este aspecto del razonamiento de Schmitt, véase G. BALAKRISHNAN, *The Enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt*, 2000.

¹⁴⁷ C. SCHMITT, *Une étude de droit constitutionnel comparé: l'évolution récente du problème des délégations législatives*, Paul Roubier & H. Mankiewicz trad., en *Introduction à l'étude du droit*

necesidad de una acción decisiva y concreta lo que, en opinión de Schmitt, requirió la delegación cada vez más amplia del poder legislativo a las esferas ejecutiva y administrativa en los años transcurridos desde el final de la Primera Guerra Mundial, durante el siglo XX.

Schmitt había hecho su carrera en la década de 1920 criticando el sistema parlamentario por su supuesta discusión e indecisión interminables¹⁴⁸. Como Schmitt señaló con precisión, durante la década de 1920 y hasta la década de 1930, Gran Bretaña, Francia y Alemania experimentaron concentraciones cada vez más amplias de autoridad legislativa en la rama ejecutiva como un medio para superar los bloqueos parlamentarios que hacían el *lawmaking* difícil, y hasta imposible. En Francia y Alemania especialmente, la legislación de emergencia adoptada durante la Primera Guerra Mundial sirvió como una especie de modelo constitucional, y siguiendo este modelo, cada acto habilitante sucesivo (*Ermächtigungsgesetz, loi d'habilitation*) transferiría al ejecutivo, en un grado u otro, los poderes necesarios para abordar la crisis percibida del momento (inflación, estabilización monetaria, depresión económica). En Alemania, además, el recurso a los poderes de

*comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938. Las afirmaciones de Schmitt en 1936 sobre el inevitable declive de la democracia parlamentaria ampliaron el argumento que había articulado una década antes, en Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, en el que afirmaba que incluso si se reprime el bolchevismo y se mantiene a raya al fascismo, la crisis del parlamentarismo contemporáneo no se superaría en lo más mínimo, porque esa crisis no ha aparecido como resultado de la aparición de esos dos oponentes; estaba allí antes que ellos y persistirá después de ellos, en C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, 1926, Ellen Kennedy trad., MIT Press, 1985.*

¹⁴⁸ G. SCHWAB, *The Challenge of the Exception: an Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, 1989; véase también como Balakrishnan, citando C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1926, observa que, en opinión de Schmitt, la idea de que el ideal del gobierno mediante la discusión como el centro de una esfera pública educada pudiera ser borrado sin afectar la viabilidad histórica del gobierno parlamentario era absurda. Según Schmitt, era precisamente esta creencia en la racionalidad discursiva institucionalizada la que se estaba evaporando en la Europa contemporánea, en G. BALAKRISHNAN, *The Enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt*, 2000.

"emergencia" del presidente del *Reich* en virtud del artículo 48 de la Constitución de Weimar reforzó este proceso: aunque originalmente se entendió que esta disposición otorgaba autoridad al presidente solo para abordar los conflictos civiles¹⁴⁹, se convirtió en una excusa para que el ejecutivo ejerciera poderes legislativos de amplio alcance. A principios de la década de 1930, el artículo 48 se convirtió, de hecho, en el supuesto fundamento constitucional para un gobierno extraparlamentario y, finalmente, antiparlamentario¹⁵⁰.

La Constitución de Weimar, con sus características parlamentarias y presidenciales aparentemente contradictorias, fue en muchos sentidos simplemente un ejemplo extremo de la confusión constitucional que se apoderó de gran parte de Europa en el período de entreguerras. Las crecientes demandas políticas de intervención estatal en los asuntos económicos y sociales perturbaron seriamente la comprensión de la democracia parlamentaria "normal", dejando a Europa buscando a tientas la "nueva forma de gobierno" a la que aludía Alan Milward¹⁵¹. Todos los principales Estados europeos intentaron responder de manera similar, concentrando una amplia autoridad en el ejecutivo, mientras también luchaban por justificar estos cambios en el lugar del poder legislativo efectivo hacia fuera del ámbito parlamentario. En

¹⁴⁹ Según Caldwell – citando W. APELT, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, 1946 – la disposición se consideró "simplemente como una transferencia" de una similar contenida en la Constitución Imperial de 1871 y la Constitución Prusiana de 1850, en P. C. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: the Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, 1997; H. J. HENEMAN, *The Growth of Executive Power in Germany: A Study of the German Presidency*, 1934.

¹⁵⁰ El papel de Schmitt en proporcionar la base conceptual para el gobierno presidencial antiparlamentario en Alemania a principios de la década de 1930 fue decisivo. Schmitt observaba que el artículo 48 otorgaba autoridad implícita e ilimitada en el presidente para suspender la constitución durante un estado de emergencia, siempre que la restaurase cuando finalice la emergencia. Para un resumen sucinto de la influencia política que la teoría de Schmitt alcanzó en los círculos conservadores y nacionalistas a fines de la década de 1920 y principios de la de 1930, véanse G. BALAKRISHNAN, *The Enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt*, 2000; J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, 1983; W. L. PATCH JR., *Heinrich Brüning and the Dissolution of the Weimar Republic*, 1998.

¹⁵¹ A. S. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, Routledge – Taylor & Francis Group, Londres, 1992.

Alemania en 1933 y más tarde en Francia en 1940, sin embargo, estos esfuerzos terminarían en un trágico fracaso – en cierto sentido siguiendo el ejemplo de Italia desde principios de la década de 1920 – con la delegación proporcionando el mecanismo legal, si no la causa política y cultural, para el colapso del sistema parlamentario en dictadura.

1.1.3.2 – Antiguas y nuevas tendencias en el poder de delegación

Antes de iniciar un examen más a fondo de los principios que regulan la atribución del poder legislativo al gobierno en los ordenamientos jurídicos objeto específico de este trabajo, parece útil mencionar algunas consideraciones sobre la función legislativa y su forma de ser en general en nuestra época. Se trata de consideraciones histórico-sociológicas útiles para la comprensión exacta del contexto histórico y social en el que se determina la necesidad de un recurso cada vez más amplio a las formas jurídicas de la delegación legislativa y para concretar fenómenos o aspectos que de otro modo quedarían en la sombra o no serían completamente entendidos.

En la experiencia de la función legislativa que se nos ha presentado y que ha ido evolucionando después de la Segunda Guerra Mundial, dos fenómenos parecen emerger claramente con respecto a los demás: el de la transformación que sufre el propio concepto de derecho y el de la creciente intervención del Estado en la economía y en la vida social. Casi como consecuencia, un tercero está relacionado con estos dos aspectos de la legislación: el de la naturaleza cada vez más técnica de la legislación, que las ideas de derecho y de función legislativa que estuvieron presentes en la mente de los pensadores políticos, tanto conservadores como progresistas, de los últimos siglos ha sido profundamente modificada, de acuerdo con las transformaciones que ha sufrido la sociedad, ha sido destacado por muchos.¹⁵²

¹⁵² Esto aparece incluso en reconstrucciones que, como aquella de K. VOGEL, *Gesetzgeber u. Verwaltung*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 24, Berlín, 1967, parecen devaluar los aspectos económicos y sociales que fueron la base del conflicto inicial entre el parlamento y el ejecutivo. Según este autor, el sentido de la delimitación de funciones, actualmente

La primera consideración que se puede hacer es que a un concepto de derecho caracterizado por la solemnidad y dignidad propias del contenido de formulaciones – que, en la mente de quienes las elaboraron, estaban destinadas a perdurar en un futuro indefinido – ha sido, a lo largo del siglo XX y con más vigor después de la Segunda Guerra Mundial, absorbido por la imagen de un derecho que debe cambiar continuamente, para seguir el ritmo de un cambio igualmente continuo en el equilibrio o, si se quiere, en la relación de fuerzas existente en un momento determinado entre los grupos sociales interesados en cambiar esas leyes y los grupos interesados, en cambio, en su conservación o cambiar en un sentido completamente diferente. No es ningún misterio que la labor del legislador actual se reduce más que nunca a plasmar y sancionar legalmente el resultado de compromisos que, en la mente de los distintos interesados, se alcanzan con la convicción de que pronto serán superados y reemplazado por nuevos acuerdos más ventajosos para una de las partes¹⁵³. En todo ello, las categorías y los grupos sociales han cobrado gran

en crisis, entre legislación y administración, debe buscarse en la evolución del pensamiento filosófico y jurídico del siglo pasado: en el idealismo y en el iluminismo, sólo se podía pensar en la "moral". en términos generales, la doctrina de hace un siglo veía un grado diferente de ética en el contraste entre proporcionar normas concretas y generales. Con el crecer del positivismo, el derecho prevalece sobre los actos administrativos no porque exista una jerarquía sustancial o una relación de naturaleza lógica entre normas generales y normas concretas, sino por una elección política aceptada por la constitución. La evolución del concepto de derecho se aborda en primer lugar por G. BURDEAU, *Etude sur l'évolution de la notion de la loi en droit français*, en *Arch. de phil. du droit*, 1939; J. M. COTTERET, *Le pouvoir législatif en France*, Paris, 1962; H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Hamburg, 1960.

¹⁵³ Basándose en estas consideraciones, H. KRÜGER, en *Allgemeine Staatslehre*, Hamburg, 1960, ha desarrollado una nueva teoría de la representatividad del derecho que tiene en cuenta su contenido. Esta reconstrucción, aunque no parezca muy convincente, tiene el mérito de destacar en particular el carácter menos estable y relativo de transitoriedad de la legislación moderna. Este autor cree que es propio del *Weltanschauungsstaat*, que identifica Estado y sociedad, buscar una correspondencia de las leyes con las necesidades objetivas de la libertad y, es decir, de las leyes materialmente justas. En el Estado contemporáneo de tipo liberal democrático (que en cambio parte del principio opuesto de no identificación) el carácter fundamental del derecho estaría constituido por la "representatividad", que deriva del principio de mayoría. Esto no sucedería porque la minoría pretenda dar su

importancia, tanto como componentes de la opinión pública, como en la medida en que, estando más o menos organizados, son capaces de influir más de cerca en el proceso formativo del derecho, interviniendo directamente en la conducción de las negociaciones que preceden a las decisiones más importantes del legislador¹⁵⁴. El otro aspecto que suelen señalar los juristas modernos es el extraordinario aumento de la legislación de carácter técnico. A ello se suma otro factor, el de la multiplicidad y compleja fragmentación de la legislación vigente, algunos sectores de la cual no pueden ser plenamente comprendidos, salvo por los propios interesados y por personas especializadas¹⁵⁵. Por tanto, son los funcionarios quienes tienen la tarea de redactar los textos legislativos; y, de hecho, a menudo, cuando se trata de leyes especialmente complejas, surge la necesidad de coordinar el trabajo de varios funcionarios pertenecientes a diferentes administraciones o de crear comisiones

consentimiento, sino porque es seguro que toda ley representa *hic et nunc* la decisión más justa posible, en un orden en el que el Estado y los grupos sociales no pueden identificarse.

¹⁵⁴ Sobre la influencia de los grupos de presión en las decisiones tomadas en el Estado parlamentario democrático, véase H. KRÜGER, en *Allgemeine Staatslehre*, Hamburg, 1960; R. T. MCKENZIE, *Pressure groups in British Government*, en *Journal of Sociology*, 1955; S. H. BEER, *Pressure Groups and Parties in Britain* en *American Political Science Review*, 1966; B. HENESSY, *Trade Unions and the British labor Party*, 1955; J. D. STEWART, *British Pressure Groups*, Oxford, 1959; M. MAZZIOTTI, *Libertà e socialismo nell'attuale diritto pubblico inglese*, II, en *Rassegna di diritto pubblico*, 1950.

¹⁵⁵ En esta multiplicidad y fragmentación, H. EICHLER, en *Das Wesen des Gesetzes*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Milán, 1962, ve una amenaza para la seguridad jurídica y el principio de legalidad; por otro lado, el mismo autor afirma que el aumento de la legislación está motivado por reflejar la inseguridad ante la multiplicación de los conflictos de interés. En este punto véase también M. WEBER, *Parlament un Regierung im neugeordneten Deutschland*, *Gesammelten politische Schriften*, Tübingen, 1921. Eichler observa además que la fragmentación legislativa ha dado lugar a la necesidad de que los comités examinen toda la legislación para determinar qué leyes siguen en vigor; por ello cita las leyes bávaras del 12 de mayo de 1966 y del 15 de julio de 1957, mediante las cuales se estableció que todas las leyes y reglamentos aún vigentes al 1 de enero de 1957 se reunieron por sujeto en uno *Sammlung des Bayerischen Landesrechts* y la ley federal de 10 de julio de 1958 (*Gesetz über die Sammlung des Bundesrechts*), que encomendó al Ministro Federal de Justicia la preparación, en colaboración con los *Länder*, una colección reorganizada de legislación federal.

específicas, en las que participan "expertos" externos a la administración y representantes de las categorías¹⁵⁶.

Estas consideraciones trascienden el tema de la delegación legislativa y están vinculadas a un discurso más amplio, el de la crisis del parlamento, que hoy efectivamente ha perdido la posición – transformada a lo largo del siglo XX – de legislador por excelencia, limitándose a asumir, más que en otras ocasiones, un papel menor: monitorear y posiblemente enmendar los proyectos de ley del gobierno¹⁵⁷. Por otro lado, se habla cada vez más de "preeminencia ejecutiva"¹⁵⁸ y otros señalan que el gobierno no solo ha asumido la parte más importante de la iniciativa legislativa, sino que en la práctica es responsable de la decisión sobre el resultado de los proyectos de ley no gubernamentales¹⁵⁹. Además, no es necesario ser un experto en sociología política para ser consciente de todo esto y ver cómo, en este contexto,

¹⁵⁶ Sobre la participación de "expertos" y comisiones asesoras o de coordinación en la actividad legislativa y en general en la actividad política y administrativa del Estado moderno, la literatura en lengua inglesa es muy extensa, como por ejemplo H. FINER, *Officials and the Public*, en *Public Administration*, 1931, según el cual la multiplicidad de intereses a satisfacer y el conocimiento insuficiente de los funcionarios ante la complejidad de la legislación moderna, hacen necesarios los contactos tanto informales como formales con el público (con determinadas organizaciones). Más optimista es la afirmación de que la ley deja el carácter de imposición injustificada si se establecen colaboraciones con expertos y partes externas interesadas. Sobre la participación de categorías interesadas en la formación de leyes, véase también M. MAZZIOTTI, *Libertà e socialismo nell'attuale diritto pubblico inglese*, II, en *Rassegna di diritto pubblico*, 1950.

¹⁵⁷ A este respecto véase J. JENNINGS, *Cabinet Government*, Cambridge, 1959, según la cual la función del parlamento no es gobernar, sino criticar y que también observa que no es falso decir que la parte más importante del parlamento es la oposición en la Cámara de los Comunes. Para una reafirmación más decisiva del papel que aún le corresponde al parlamento como punto central de la formación de la opinión pública, véase E. FRIESENHAHN, *Parlament und Regierung im modernen Staat*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 16, Berlín, 1958.

¹⁵⁸ W. J. MEERSCH, *La primauté de l'exécutif*, Informe general al VII Congreso de Derecho Comparado de Uppsala, Bruselas, 1966.

¹⁵⁹ Según Mortati la necesidad de unidad de acción política significa que la iniciativa parlamentaria logra prácticamente un resultado positivo solo cuando el gobierno lo permite, en C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padua, 1969.

el recurso a la delegación ha perdido todo carácter excepcional para convertirse en un instrumento ordinario de legislación¹⁶⁰.

Las consideraciones hechas hasta ahora, sin embargo, no deben hacernos creer que la tendencia de los propósitos del uso del instrumento de delegación legislativa durante el siglo XX fue la de dejar definitivamente fuera de discusión al parlamento en el campo legislativo y de consagrar ese "protagonismo ejecutivo" – de que mucho se hablaba – a nivel formal. Por el contrario, el instrumento de la delegación legislativa, lejos de representar una alienación de la función legislativa por parte del parlamento, debe constituir, según lo regula la constitución vigente, uno de esos momentos de colaboración sustancial entre parlamento, gobierno y administración, que caracterizan el funcionamiento de los sistemas de tipo parlamentario. La necesidad de recurrir cada vez más a este instrumento legislativo no depende solo de la necesidad de una elaboración más técnica de determinadas disposiciones, sino que también está vinculada a las posibilidades que ofrece la delegación de crear un procedimiento legislativo diferente de vez en cuando¹⁶¹. En primer lugar, como

¹⁶⁰ Todavía a principios del siglo XIX, el recurso a la delegación se consideraba bastante excepcional y solo se justificaba por la presencia de situaciones extraordinarias, como guerras o una crisis económica. Hoy en día, aunque gran parte de la doctrina sigue hablando de la excepcionalidad de la delegación, se hace un uso extensivo de este instrumento y precisamente en los sectores más importantes de la legislación (descentralización administrativa, mercado común, reorganización de la función pública, tramitación de aranceles, reforma de los códigos, nacionalización de la electricidad, sector tributario, solo por dar ejemplos); la única necesidad que aún se siente es la de dar una razón general, de vez en cuando, en el informe o discusión relativa al proyecto de ley que contiene la delegación, de las razones que justifican la atribución de poderes legislativos al gobierno. Para más consideraciones sobre el desarrollo de la legislación delegada en Inglaterra y sobre las reacciones al respecto en la opinión pública y la doctrina, véase M. MAZZIOTTI, *Libertà e socialismo nell'attuale diritto pubblico inglese*, II, en *Rassegna di diritto pubblico*, 1950.

¹⁶¹ Sobre las razones que justifican el uso de la delegación véase E. CHIELI, *L'ampliamento dei poteri normativi nei principali ordinamenti occidentali*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1959; véase también C. SCHMITT, *Vergleichendere Überblick über die neuuste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigung legislative Delegation*, en *Zeitschrift für aus. öffentl. Recht. Und Völkerrecht*, 1936, en el que el autor alemán remonta el fenómeno de la delegación a la difusión de

hemos visto, la delegación permite que el gobierno y las oficinas administrativas se pongan en contacto con los interesados y expertos, de una forma impensable en el contexto del procedimiento legislativo parlamentario. En ocasiones, las leyes de delegación ni siquiera contienen indicaciones precisas al respecto y sin embargo el parlamento, al aprobar la delegación, compromete al gobierno a escuchar a determinados órganos u organizaciones.

Para subrayar aún más la diversidad sustancial de estructuras entre los dos tipos de poder legislativo, el más amplio e indeterminado que pertenece al parlamento y el otro – la competencia legislativa atribuible al gobierno de vez en cuando – es especialmente importante señalar la diferencia entre los dos tipos de procedimiento. El procedimiento parlamentario es fundamentalmente cerrado externamente, tanto en el sentido de que su estructura no permite, ni siquiera en la fase preliminar, si no formas muy limitadas de injerencia externa¹⁶², como en el sentido de que el cumplimiento de las normas procesales sólo puede ser dentro del parlamento¹⁶³. Por

medidas de planificación económica y financiera, que requieren un nuevo tipo de estandarización jurídica y a obligaciones internacionales, cuyo cumplimiento requiere formas de *vereinfachte Gesetzgebung*; M. A. SIEGHART, *Government by decree*, Nueva York, 1950.

¹⁶² Sobre la práctica reciente de escuchar a los "expertos" ante los comités (*hearings*) véase la carta del presidente de la Cámara al presidente de la II comisión de la Cámara de los Diputados, leída en la sesión de 27 de septiembre de 1966 (en *Bollettino della II comm.*), en el cual se observa que, en estas ocasiones, la comisión no tiene facultades de comisión investigadora ni ejerce la función fiscalizadora. Aquí realiza una actividad de información y estudio necesaria para la elaboración de leyes; de ello se desprende que los ciudadanos particulares que sean convocados como peritos o por otro motivo siempre tendrán libertad para aceptar o no la convocatoria de la comisión y responder a las preguntas dentro de los límites que estimen oportunos; contra esta práctica, si y en la medida en que tiende a invalidar los órganos consultivos previstos por la ley, véase A. PREDIERI, *La produzione legislativa, in Il parlamento italiano*, Nápoles, 1963. Las limitaciones mencionadas en el texto no excluyen, por supuesto, que los parlamentarios no aprueben efectivamente leyes que, al menos en sus líneas básicas, hayan contado con el consentimiento de los partidos en la arena política. Sobre el tema, además, véase V. DI CIOLO, *Aspetti teorici e pratici delle udienze legislative in Italia, in Rassegna parlamentare*, 1968.

¹⁶³ Véase el comentario a la sentencia n. de 9 de marzo de 1959 del Tribunal Constitucional italiano de P. BARILE, *Il crollo di un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente)*

el contrario, el principio de máxima libertad de acción se aplica a la delegación legislativa, tanto para los órganos llamados a intervenir en el procedimiento como para las dependencias internas del aparato administrativo, que pueden hacer uso de sus propias estructuras técnico-burocráticas y realizar negociaciones directas con las partes interesadas¹⁶⁴.

A ello se suma otra nueva tendencia, es decir la importancia de que siempre las limitaciones procesales sean impuestas por disposiciones específicas a tal efecto contenidas en las leyes de delegación y que el cumplimiento de estas esté plenamente abierto a la revisión de los tribunales supremos a los que, en los diferentes ordenamientos jurídicos, se atribuye este papel. De hecho, estos órganos han asumido, como se verá mejor más adelante, un papel de primordial importancia en el control de la legislación delegada: tanto el ordenamiento jurídico italiano, que el español, como el supranacional de la UE han otorgado cada vez más importancia al Tribunal Supremo en cuanto al papel de definición de la legislación delegada. Como veremos más tarde en el desarrollo de este análisis, en los tres sistemas se ha investido al poder judicial de la facultad de delinear los límites e iluminar los rincones más oscuros de este instrumento, asumiendo a lo largo de los años un papel cada vez más importante para declarar su legítimo o ilegítimo uso, ante una nueva derogación de la separación de poderes, con el poder judicial llamado a expresar una opinión sobre el uso del poder legislativo por parte del poder ejecutivo.

sentenza, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959; C. ESPOSITO, *La corte costituzionale in parlamento*, 1962.

¹⁶⁴ A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972.

1.2 – La teoría de la delegación como consecuencia de la separación de los poderes del Estado

De la lectura de las disposiciones constitucionales que prevén la posibilidad de que el parlamento asigne, de forma temporal y limitada, poderes legislativos al gobierno, se desprende, en primer lugar, que la constitución ha mencionado expresamente el carácter "delegado" de los poderes legislativos que el parlamento puede conferir al gobierno. Para calificar estos poderes, hizo uso de una expresión que muchas veces se repite en el derecho constitucional de países regidos por un sistema que puede denominarse genéricamente parlamentario y que también es utilizado por la doctrina más antigua con aparente referencia a una figura común a todo derecho público. Partiendo de esta premisa, podría parecer fácil llegar a la conclusión de que el estudio de la delegación legislativa puede, de alguna manera, aprovechar los resultados alcanzados por la doctrina del derecho público para determinar el concepto general de "delegación". Sin embargo, si es cierto que el uso de esta expresión es antiguo, más antiguo que los sistemas parlamentarios, es igualmente cierto que ha adquirido significados todo menos unívocos en el curso de la historia. Además, las definiciones más conocidas elaboradas por los juristas modernos, con referencia al derecho vigente, parecen, en su mayor parte, adecuadas para captar aspectos de casos individuales de delegación, pero resultan inadecuadas en cuanto se intenta generalizarlas, para reconstruir conjuntamente el instrumento jurídico de la delegación en derecho público.

En un primer sentido, el uso del término "delegación" se encuentra en todos los sistemas regidos, aunque idealmente, por un principio monocrático, ya se trate de un soberano titular *iure proprio* de todas las competencias, o en cambio, es una cuestión de soberanía popular¹⁶⁵. En un sentido que parece ligado a este primer

¹⁶⁵ Esta es la doctrina de la delegación de la soberanía popular a los órganos del Estado, afirmada por la constitución francés de 3 de septiembre de 1971, título III, artículos 1, 2, 3, 4 y 5. Para una crítica de esta concepción, véase M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1910; DUGUIT L., *Traté de droit constitutionnel*, vol. II, Ancienne Librairie Fontemoing & C. Editeurs, Paris, 1924.; H. TRIEPEL,

significado, parece incluso utilizado, por juristas de otras épocas, para explicar la transición de sistemas jurídicos en los que sujetos investidos de autoridad actúan como meros representantes del soberano o emperador, a sistemas en los que estos sujetos se convierten en poseedores de sus propios poderes que, sólo idealmente, continúan siendo referidos al soberano que los delegó¹⁶⁶. El rasgo común de todos los diversos fenómenos que luego fueron recuperados bajo el nombre de delegación fue el hecho de que esta última se presentó, por un lado, como un acto real de disposición de su propia competencia por parte del delegador y, por otro, como atribución de competencia al destinatario del mismo: en este sentido la delegación se opuso claramente al mandato con representación, en el que tradicionalmente se cree que el representante no actúa en virtud de su propio poder, sino que ejerce una competencia que no le pertenece, en nombre y en interés del principal¹⁶⁷.

Posteriormente, en los ordenamientos jurídicos en los que comienza a imponerse el principio de legalidad de los poderes públicos y en todos aquellos que han adoptado una constitución rígida, tiende a afirmarse un nuevo principio, el de la indisponibilidad de competencias. Por tanto, el recurso al esquema de delegación responde mayoritariamente a la necesidad de encontrar una regla de igual rango con respecto a la competencia que atribuye, que legitime una derogación de esta última y del principio de separación de poderes, permitiendo al sujeto investido de cierta facultad para atribuir, con su propia competencia, a otros una competencia que la ley o la constitución le han atribuido en principio.

En esta época, por lo tanto, adquiere un significado más concreto la afirmación del carácter de "derogación" del principio de separación de poderes – *rectius*, del orden

Delegation un Mandat im öffentlichen Recht, Stuttgart, 1952. Para una exposición de la análoga concepción zanjada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos y expresada con la máxima *delegata potestas non potest delegari*, véase H. EHMKE, *Wirtschaft un Verfassung*, Karlsruhe, 1963; M. PATRONO, *Delegated law-making power e Corte suprema federale*, Bolonia, 1969.

¹⁶⁶ Sobre este punto, Triepel también destaca como la afirmación del carácter delegado de la jurisdicción va acompañada del nacimiento y desarrollo de la independencia de los jueces frente al soberano, en H. TRIEPEL, *Delegation un Mandat im öffentlichen Recht*, Stuttgart, 1952.

¹⁶⁷ H. TRIEPEL, *Delegation un Mandat im öffentlichen Recht*, Stuttgart, 1952

de competencias – de otro modo vigente, que cualquier delegación representaría y en consecuencia, asistimos a la concentración de los esfuerzos de la doctrina en un intento de explicar cuál sería la estructura de todos estos cambios de competencia en derogación de las leyes o principios constitucionales relacionados con la división entre los órganos de la función legislativa.¹⁶⁸

1.2.1 – Delegación y principio de colaboración leal

A pesar de la sencillez del modelo planteado, el procedimiento para el ejercicio de las delegaciones legislativas suele ser agotador. Una de las principales razones es la complejidad del sistema de división del poder legislativo entre el Estado y las regiones – dentro de un Estado – o entre instituciones y Estados miembros – a nivel supranacional –, lo que requirió el desarrollo de herramientas de coordinación. Una de ellas es el principio de colaboración leal, que, creado para garantizar la flexibilidad, corre el riesgo de convertirse en un factor de rigidez.

En general, cuando una persona u organismo confiere un poder a otro – ya sea un poder de quien lo otorga, como en el caso de la delegación, o un poder diferente, como en el caso de la atribución de un poder administrativo por la ley -, surge la necesidad de limitar o regular este poder. Dicha necesidad puede satisfacerse con reglas sustanciales, inherentes al contenido de la decisión a adoptar, o con reglas procesales, inherentes a la formación de la propia decisión. Las unas y las otras no son incompatibles.

En el caso de la delegación legislativa, sin embargo, en la mayoría de los casos optan por imponer solo reglas sustanciales: debe haber límites de objeto y tiempo (no se puede habilitar al Ejecutivo para legislar sobre lo que quiera por un período determinado, ni para legislar sobre algo por tiempo indefinido) y la delegación no puede estar “en blanco” (se necesitan principios y criterios rectores). Se trata de previsiones importantes, porque en el ámbito público, la delegación es – como hemos

¹⁶⁸ A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell’istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972.

visto ampliamente durante este trabajo y sobre todo en el párrafo anterior – una excepción a la división normal de competencias, que debe ser limitada. La Constitución italiana, por ejemplo, como se verá en el próximo capítulo, no quiso imponer reglas de procedimiento, evidentemente creyendo que el procedimiento normal de adopción de los actos del Consejo de Ministros también era adecuado para el ejercicio de la función legislativa delegada. No se pretende señalar, con esto, que el legislador delegante no pueda establecer legítimamente restricciones adicionales al legislador delegado, incluidas las reglas de procedimiento (que tal vez podrían remontarse a los criterios directivos¹⁶⁹), pero es significativo que la Constitución no lo haya hecho.

Si es así, es legítimo preguntarse: ¿por qué la adopción de legislación delegada a veces se convierte en un suplicio? Es un camino lleno de obstáculos. Antes de adoptarlo, en base a estas disposiciones, el Gobierno deberá recabar la opinión o acuerdo de la Conferencia Estado – Regiones o cualquier otra opinión, como la del Garante de datos personales, sindicatos o comisiones parlamentarias competentes, (que tienden a multiplicarse); a nivel supranacional, en cambio, se busca la uniformidad de ejecución en los distintos Estados miembros, de acuerdo con las necesidades de cada uno. Todo este procedimiento debe evaluarse teniendo en cuenta la existencia de un término perentorio, dentro del cual se debe ejercer la delegación. Este término, en ocasiones, significa que las opiniones de las comisiones parlamentarias son de hecho determinantes, porque, si la elaboración y presentación del decreto legislativo no han sido lo suficientemente rápidos, los tiempos no permiten la nueva ronda, por lo que el Gobierno se ve obligado adaptarse a las primeras opiniones. Entre otras cosas, el resultado es una atribución indebida del poder legislativo a las comisiones parlamentarias. Evidentemente, no se trata de negar el papel fundamental de las comisiones en el proceso legislativo. Sin embargo,

¹⁶⁹ Sobre la naturaleza vinculante de estos "límites adicionales", sin embargo, siempre se han expresado dudas: el debate relacionado está bien resumido por G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo. Studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milán, 2016.

especialmente si la ley de delegación ha sido aprobada por la asamblea, los dictámenes de las comisiones parlamentarias no deben modificar ni complementar los principios y criterios rectores contenidos en la misma, sino indicar únicamente de manera específica aquellas disposiciones que no se correspondan con las directrices de la ley de delegación. Es decir, los dictámenes de las comisiones parlamentarias deben servir para asegurar el cumplimiento de los principios rectores y criterios originales, no para introducir nuevos o, incluso, como a veces sucede, para imponer los procedimientos de ejercicio de la delegación, con la formulación precisa de reglas detalladas¹⁷⁰.

Como puede verse, para muchas delegaciones legislativas, el procedimiento normal para la adopción de actos se ve considerablemente complicado por las disposiciones de las leyes de delegación. ¿Cuáles son los motivos de esta agravación procesal? Se pueden identificar varios.

El primero está vinculado a la relación entre el poder legislativo y el poder ejecutivo: el primero es, quizás inevitablemente, un "delegante reacio", que advierte su limitación al no ser capaz de elaborar reformas complejas y que, por consiguiente, tiene que delegarlas en el ejecutivo, aun cuando no pueda separarse completamente de su función legislativa y, entonces, se reserve una o más intervenciones posteriores¹⁷¹. Este fenómeno también evoca problemas más amplios: las fuentes legislativas se utilizan a menudo para tomar decisiones administrativas, que deben dejarse en manos de las administraciones. El resultado es un exceso de normas legislativas detalladas, de alto contenido técnico, que el poder legislativo ya no es capaz de gobernar: en consecuencia, para intervenir en los asuntos relacionados, debe apoyarse en el poder ejecutivo, es decir, en la práctica, en las administraciones

¹⁷⁰ No es sorprendente que la admisibilidad de las opiniones vinculantes de las comisiones parlamentarias sobre planes para decreto legislativo: en este sentido, G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo. Studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milán, 2016.

¹⁷¹ Se trata de una tendencia muy antigua, como documentado por N. LUPO, *Il parere parlamentare sui decreti legislativi e sui regolamenti del Governo*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1999.

que se han apoderado de la fuente legislativa. El exceso de leyes acaba limitando finalmente la capacidad del poder legislativo para legislar. También debe considerarse la tendencia del ejecutivo a ejecutar su programa utilizando la delegación legislativa como herramienta privilegiada, tendencia particularmente marcada en períodos más recientes. Obligado o inducido a delegar la función legislativa, el legislador aún intenta mantener el control del proceso, a través de las opiniones de las comisiones. En este caso, se deriva un nuevo tipo de legislación, se delega formalmente y se negocia sustancialmente. No es en sí mismo un fenómeno a valorar negativamente: la complicación del trámite puede ser un precio razonable a pagar para superar la reticencia antes mencionada y, por tanto, para facilitar el recurso a la delegación legislativa¹⁷². Sin embargo, debemos ser conscientes de que se trata de un coste, al menos en cuanto al calendario de actividad legislativa.

Una segunda razón viene dada por la pluralidad de intereses, públicos y privados, que deben ser considerados a los efectos de la legislación delegada. Esto explica, por ejemplo, la participación de varios comités y órganos, como el Garante para la protección de datos personales. Sin embargo, se pudo observar, por un lado, que ya existe en todo caso una ley de delegación, que tiene su procedimiento de aprobación, durante el cual se pueden involucrar los distintos comités, quedando, así, representados los intereses relevantes; por otro lado, que el poder ejecutivo, al estar a su vez dividido en centros de atribución de intereses y pudiendo hacer uso de las administraciones, es a su vez capaz de ponderar los intereses involucrados. De hecho, la agravación del procedimiento para la adopción de legislación delegada produce una multiplicación de los momentos y lugares de representación de intereses: siempre los mismos intereses, cuyos representantes tratan de obtener en un lugar lo que no han obtenido en el otro, o para obtener más de lo que ya han logrado.

Una tercera razón viene dada por la necesidad de buscar una mejor calidad de la legislación y asegurar una ponderación adecuada en las operaciones legislativas

¹⁷² Como observado por N. LUPO, *Le deleghe legislative*, en B. G. MATTARELLA, E. D'ALTERIO, *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milán, 2017.

complejas. De esta forma, se justifica la intervención y opinión de diversos órganos sobre la legislación delegada, lo que sin duda contribuye en gran medida a corregir errores y prevenir problemas de ilegalidad y aplicación. Del uso de esta tendencia se desprende, por supuesto, que no todas las sugerencias fueron compartidas por el beneficiario de la delegación que, legítimamente, a veces decidió no seguir algunas de ellas, dando las razones adecuadas a partir de evaluaciones ya realizadas durante la redacción de los textos: en general, se trata de un cumplimiento procesal cuyos beneficios ciertamente prevalecen sobre sus costes, siempre que siga siendo una opinión técnica y no se utilice como subterfugio para otros fines. En último lugar, a nivel nacional, la complejidad del procedimiento deriva de los problemas de la división del poder legislativo entre el Estado y las regiones.

Lo anterior es una premisa necesaria para introducir el principio que permite el funcionamiento armónico de los órganos e instituciones entre sí, en una colaboración (casi) perfecta que posibilita, entre otras cosas, el éxito de la legislación delegada: el principio de cooperación leal. Dicho principio es uno de los que, a nivel nacional, no tienen una fecha de nacimiento precisa, habiéndose desarrollado paulatinamente en la jurisprudencia constitucional. Desde el principio, ha sido un instrumento con el que se ha intentado, por un lado, obligar a las autoridades estatales y locales a coordinarse y, por otro, remediar la rigidez de la división del poder legislativo por sujetos¹⁷³. Por tanto, es un principio destinado a asegurar la elasticidad, casi para expresar el concepto obvio de que, cuando diferentes instituciones y órganos tienen

¹⁷³ Así, en 1958 la Corte Constitucional italiana, con su sentencia n. 49 de 1958, afirmó que la necesidad de una estrecha colaboración es evidente entre el Estado y las regiones, en presencia de competencias en materias afines. Después de un cuarto de siglo, la misma Corte volvió sobre el tema y expresó, con su sentencia n. 219 de 1984, la esperanza de que, en la aplicación de la ley, las relaciones entre el Estado y las Regiones obedezcan, mucho más que una defensa celosa, minuciosa y formalista de cargos, competencias y prerrogativas, a ese modelo de cooperación e integración en nombre de los grandes intereses unitarios de la Nación.

que trabajar juntos, no basta con respetar las reglas, sino que también hay que comportarse correctamente y con diligencia¹⁷⁴.

Precisamente por su naturaleza, el principio de cooperación leal no debe ser fuente de nuevas reglas: debe ser un parámetro para evaluar el comportamiento. No debe estar rígido y formalizado en requisitos procesales: debe aplicarse caso por caso y dar lugar a soluciones diferenciadas, con un poco de sentido común. Sin embargo, era inevitable que su aplicación se tradujera con frecuencia en alguna medida típica¹⁷⁵.

¹⁷⁴ En términos similares, en el primer intento de teorizar el principio, el autor Bartole observó que el principio de colaboración indica una directriz para el ejercicio de las funciones estatales y regionales y, al mismo tiempo, constituye un criterio para evaluar las elecciones que el Estado y las Regiones hacen sobre el tema, quedando ajena al espíritu de la Constitución cualquier solución que implique separación de actividades y falta de coordinación mutua, en S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e regioni*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 148, 1971.

¹⁷⁵ A nivel supranacional, la Unión Europea, en virtud de las experiencias individuales adquiridas a nivel nacional, ha decidido dar este paso, codificando el principio *de quo* dentro de los Tratados. El artículo 4 del TUE, en el tercer párrafo, establece que, en virtud del principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetan y se ayudan mutuamente en el cumplimiento de las tareas derivadas de los Tratados. El Tribunal de Justicia de la UE ha inferido del deber de cooperación con las instituciones de la Unión que impone a los Estados miembros el citado artículo, una correspondiente obligación de leal cooperación entre las instituciones, cuya violación puede justificar una vulneración de las prerrogativas institucionales. En su sentencia *Grecia v. Consejo de 27 de septiembre de 1988*, asunto C-204/86, el TJUE señaló que el funcionamiento del procedimiento presupuestario, tal como lo contemplan las disposiciones del Tratado en materia financiera, se basa esencialmente en el diálogo interinstitucional y que en las mismas obligaciones recíprocas de cooperación leal prevalecen en este diálogo que, como ha observado la Corte, rigen las relaciones entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias. La Corte, si bien dejó abierto el debate sobre la fuente de donde se deriva el principio de cooperación leal, jugó un papel decisivo en la definición de las relaciones entre las instituciones y, en consecuencia, en la definición de este principio. El principio de cooperación no solo requiere que las instituciones respeten sus respectivas competencias, sino que también autoriza la definición de procedimientos que aseguren el correcto funcionamiento del proceso de toma de decisiones, velando por que éste respete el equilibrio institucional establecido por los Tratados. Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el principio de cooperación leal fue codificado en la declaración aprobada por la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Niza, relativo al artículo 10 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y relativo al deber de cooperación leal

Y, dado que se trata de que las partes se pongan de acuerdo, entre las medidas que ofrece el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia constitucional suele hacer uso del acuerdo. El efecto es permitir al Estado un ejercicio razonable de su poder legislativo,

de las instituciones comunitarias. La Conferencia Intergubernamental, tras recordar – como ya se ha visto *supra* – el origen jurisprudencial del principio de cooperación institucional leal afirma que cuando sea necesario, en el marco de este deber de cooperación leal, facilitar la aplicación de las disposiciones del Tratado que establece la Comunidad Europea, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión pueden celebrar acuerdos interinstitucionales. Dichos acuerdos no pueden modificar ni complementar las disposiciones del Tratado y solo pueden celebrarse con el acuerdo de estas tres instituciones. La relación entre los principios de equilibrio institucional y cooperación leal tiene un carácter controvertido y, a pesar de la presencia de elementos comunes entre los dos principios, que se contrarrestan y equilibran, muchas veces la aplicación de uno u otro principio ha llevado a conclusiones diferentes en la resolución de litigios institucionales sobre la base de la decisión final, reservada al Tribunal de Justicia de la UE. Ambos principios son de carácter jurisprudencial y han sido desarrollados con el fin de interpretar las disposiciones de los Tratados y el buen funcionamiento de las instituciones y su relación con los Estados miembros. Por tanto, a los efectos del presente estudio conviene distinguir: la aplicación del principio de equilibrio institucional tiene como finalidad asegurar el respeto a la autonomía institucional, la separación de las competencias institucionales que les atribuyen los Tratados, mientras que la cooperación leal expresa el valor de la concertación más allá de las reglas procesales establecidas formal y explícitamente por los tratados. Del análisis de la jurisprudencia se desprende que las relaciones entre instituciones están dominadas por dos valores, el de autonomía y el de cooperación. Si bien el principio de equilibrio institucional asegura el respeto mutuo de las instituciones por sus respectivos poderes, el deber de cooperación leal expresa el valor opuesto de que las instituciones deben cooperar más allá de las reglas formales establecidas por los tratados, en C. PAMBIANCO, *L'equilibrio istituzionale nell'Unione Europea*, Alma mater studiorum Università di Bologna, Université de Strasbourg, Bolonia, 2014.

a costa de complicar un poco ciertos trámites¹⁷⁶, equilibrados por el propio principio de leal cooperación¹⁷⁷.

I.2.2 – Ejercicio y titularidad de la delegación legislativa

La distinción fundamental en torno a la cual se desarrollan y divergen las principales reconstrucciones teóricas sobre el poder de delegación se refiere a la naturaleza atribuible al derecho de delegación y, más precisamente, a la cuestión de si este derecho debe entenderse como un acto de transferencia del ejercicio del poder legislativo – quedando como titular el legislativo – o más bien como un acto destinado a la propia transferencia del poder. Rechazada la solución expresada por una parte de la doctrina alemana¹⁷⁸, la orientación predominante en la literatura jurídica se ha adherido, en última instancia, a la primera solución interpretativa. Se trata de un enfoque que ha surgido sobre todo gracias a la considerable influencia ejercida en las últimas décadas por la célebre aportación de Tosato sobre las leyes de delegación¹⁷⁹, que, utilizando la reconstrucción teórica de Triepel¹⁸⁰, ha delineado efectivamente el

¹⁷⁶ Se trata, por supuesto, de procedimientos administrativos, porque la Corte Constitucional italiana, hasta su sentencia n. 251 de 2016, nunca había pensado en aplicar el principio de cooperación leal al procedimiento legislativo. Quizás debido a la conciencia de las limitaciones del sistema de conferencias, que es de naturaleza íntimamente administrativa y, ciertamente, por la cautela que se requiere frente a la disciplina del procedimiento legislativo. A partir de ese momento, el procedimiento para la adopción de legislación delegada preveía, en materias en las que existía un entrelazamiento con materias de competencia regional legislativa o reguladora de las autoridades locales, que la mayor parte de los métodos de implementación se confiaban a acuerdos.

¹⁷⁷ B. G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, en *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2, 179, 2017.

¹⁷⁸ En particular Jellinek y Laband, según los cuales la delegación trasladaría, aunque sea temporalmente, el poder legislativo del legislativo al ejecutivo.

¹⁷⁹ Nos referimos al imprescindible estudio de E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padua, 1931.

¹⁸⁰ H. TRIEPEL, *Delegation un Mandat im öffentlichen Recht*, Stuttgart, 1952. Sobre la reconstrucción de Triepel en materia de delegación, véanse en particular los interesantes hallazgos de M. SCUDIERO, *Caratteri fondamentali della delegazione legislativa del Parlamento*, en *Annali della Facoltà giuridica*

carácter controvertido de la distinción que separa la figura jurídica de la alienación del poder desde la figura de la mera cesión del ejercicio exclusivo del poder legislativo – revocable, como tal, en cualquier momento¹⁸¹.

Así, frente a una tendencia minoritaria, aunque autoritaria, a negar – debido a la naturaleza específica de las delegaciones legislativas – la relevancia jurídica de la distinción entre propiedad y ejercicio de la delegación¹⁸², se ha producido

dell'Università di Macerata, II, 1968 y de S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modelo nella delega legislativa*, Liguori, 1990, que destaca en particular cómo la reconstrucción de Triepel, a lo largo del tiempo, ha manifestado una capacidad flexible para adaptarse a contextos reconstructivos posteriores, obteniendo una renovada utilidad teórica. Según el autor, esto nos permite afirmar que la elaboración de Triepel es un importante vehículo cultural de los conceptos que aún pueden estar en la base de la interpretación del fenómeno de la delegación, pero la fortuna triepeliana también está ligada a los desarrollos más integrales de los sistemas contemporáneos, que nos han hecho creer que se han superado algunas objeciones radicales planteadas por la doctrina contemporánea.

¹⁸¹ Es una opinión casi unánime en doctrina que el legislador puede revocar la delegación en cualquier momento utilizando los mismos métodos utilizados para su otorgamiento, es decir siguiendo el procedimiento ordinario. Sin embargo, nada le impide proceder con una tipología de revocación implícita de la delegación, a través de la aprobación de una ley que regule plenamente la materia delegada, ya que el legislador ha trabajado directamente para intervenir en la misma área material de la delegación, haciendo desaparecer, en consecuencia, la razón del ejercicio del poder delegado. Sobre la revocabilidad de los poderes legislativos, en particular C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Turín, 1985; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale*, en A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario al codice civile*, Bolonia-Roma, 1977; E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padua, 1931; A. CERRI, *Delega legislativa*, en *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988.

¹⁸² En este sentido, G. D. FERRI, *Sulla delegazione legislativa*, en *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milán, 1952, según el cual si se objetara que sería siempre el ejercicio único, ya que el poder delegador conserva en todo caso el derecho a reasumir la competencia transferida antes de que el poder delegado la ejerza, bien podría contestarse que es posible el ejercicio de la misma competencia no porque el poder legislativo emita el acto delegado al ejecutivo, sino porque deroga su acto delegador anterior, es decir, da vida *ab initio* a un procedimiento legislativo nuevo y diferenciado. Sin embargo, la posición de Ferri confirma que ha existido una división real dentro de la doctrina en torno a la cuestión relativa a la relación entre propiedad y ejercicio de la delegación. Pero las reconstrucciones interpretativas imperantes, que tienden a considerar que la distinción entre propiedad y ejercicio de la función legislativa carece completamente de fundamento teórico, ha sido

progresivamente un intento apremiante de reconducir esta institución al más amplio *genus* de la noción jurídica de delegación, siendo en este caso una típica transferencia temporal del ejercicio de la competencia de otro órgano, en virtud de un acto de voluntad del primero, que conserva la titularidad del poder¹⁸³. Un claro contraste destinado a tener plena repercusión también dentro del debate doctrinal de los últimos años, a pesar de los repetidos intentos de una parte de la literatura jurídica

contrastada polémicamente a lo largo de los años por una opinión diferente según la cual la noción jurídica de delegación excluiría *ex se* cualquier referencia a la hipótesis de la alienación sustantiva del poder.

¹⁸³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padua, 1969, que a tal efecto destaca algunos principios comunes a las distintas figuras del mandato, a saber, la revocabilidad *ad nutum*, la responsabilidad del delegado frente al delegador y la obligación de respetar los límites establecidos en el acto de delegación. Sin embargo, el delegado – observa Mortati – a diferencia del agente que opera *en nomine alieno*, actúa en su propio nombre en virtud del poder que le delega y la actividad que presta en lugar del delegador, no requiere ratificación por parte de este último. En posiciones similares, entre otras, M. PATRONO, *Decreti legislativi e controllo di costituzionalità (aspetti problematici)*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Cedam, Padua, 1984; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milán, 1994; G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Modena, 1999, que habla de la cesión por parte del legislador del ejercicio exclusivo de su propio poder del que sigue siendo pleno titular. Véanse también aquellas tendencias doctrinales que llegan a tal conclusión sobre la base de una reconstrucción unitaria, en la estructura jurídica, del instrumento de la delegación. En este sentido, F. FRANCHINI, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950; G. COLZI, *Delegazione amministrativa*, en *Novissimo digesto italiano*, V, Turín, 1957; G. MIELE, *Delega (diritto amministrativo)*, en *Enciclopedia di diritto*, XI, Milán, 1962, para el cual la titularidad del poder también incluye el derecho a delegar a otros la gestión de la propia esfera de poder; G. FAZIO, *La delega amministrativa ed i rapporti di delegazione*, Milán, 1964; M. CAMMELLI, *Delega amministrativa*, en *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988. Sobre el punto, críticamente, A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972, por el cual a la delegación como figura general común a todo derecho público difícilmente se le pueda dar hoy en día una definición unitaria que vaya más allá de la idea de la atribución de un nuevo poder a un sujeto dado, que se da a través del trabajo de otro sujeto, este último poseedor en su mayor parte de una competencia más amplia en la que la nueva competencia del delegado podría considerarse sustancialmente incluida.

de restar importancia a la comparación, identificándola, al final, como una simple cuestión de puntos de vista¹⁸⁴.

Sin embargo, a pesar de estas garantías, la cuestión no parece ser de poca importancia, ni marginal a los efectos de una reconstrucción coherente del instrumento de la delegación. En efecto, se trata de una cuestión destinada a asumir un valor práctico sistémico, cuyas diferentes soluciones interpretativas están destinadas a condicionar inevitablemente los grados de desarrollo de la producción normativa y, más en general, la configuración misma del sistema constitucional de fuentes. Por otro lado, no es casualidad que el propio Tribunal Constitucional italiano haya evitado en las últimas décadas tomar una posición clara y definida sobre esta cuestión, prefiriendo, a la inversa, oscilar entre las dos opciones interpretativas opuestas, hasta el punto de que todavía hoy se alternan alusiones al concepto de traspaso del ejercicio de este poder con decisiones que parecen favorecer el otorgamiento del poder legislativo¹⁸⁵. Sin embargo, mejor estudiada la cuestión, la dinámica subyacente a la noción de delegación parecería negar sustancialmente ambas reconstrucciones doctrinales antes mencionadas. El instrumento de la delegación legislativa no parece imputable ni a la noción jurídica de enajenación temporal del poder, ni a la de mera cesión de su ejercicio, ya que, con base en este caso, el destinatario de la delegación sería formal y sustancialmente investido con un poder legislativo completamente nuevo¹⁸⁶, del cual el ejecutivo es ahora, temporalmente, el titular.

¹⁸⁴ L. PALADIN, *Principi fondamentali*. Art. 76, en G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979.

¹⁸⁵ E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Turín, 1999.

¹⁸⁶ Sobre la teoría del poder delegado interpretado como un “poder legislativo nuevo”, véase E. LIGNOLA, *La delegazione legislativa*, Giuffrè, Milán, 1956; A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell’istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972, según el cual las competencias del delegado son nuevas y jurídicamente distintas de las del delegador, ya que no puede considerarse admisible una separación tan clara entre la titularidad y el ejercicio de una competencia, también porque la tesis de que ésta se transfiere es el único ejercicio de la competencia podría acabar

La citada disputa interpretativa, sobre la naturaleza de la relación entre la propiedad y el ejercicio de la facultad de delegación, corre el riesgo de llevar al intérprete a un callejón sin salida, si no se aborda de manera preliminar y adecuada la cuestión de la base jurídica de la delegación. También en torno a este nudo se ha desarrollado una importante confrontación en la literatura, destinada muy pronto a desembocar en una pluralidad de posiciones, muchas veces irreconciliables, dentro de la doctrina internacional. Así, no son pocas las ambigüedades y los vaivenes que la jurisprudencia ha revelado en este ámbito. Así, aunque se consideraba que la disposición constitucional era parte integrante de la relación de delegación, no se han tenido problemas – por parte de los jueces – para considerar el poder legislativo del ejecutivo jurídicamente basado en la ley de delegación. Según este sistema interpretativo, la legislación delegada derivaría su legitimidad, indirectamente, de la norma constitucional y, directamente, de la norma delegante. Y es precisamente a partir de estos argumentos que la jurisprudencia llegará a la teoría de la norma interpuesta¹⁸⁷, identificando coherentemente sus presupuestos e implicaciones, afirmando que la norma no permanece ajena a la disciplina de la relación entre el organismo delegante y el órgano delegado, sino que es un elemento de la relación de delegación, pues tanto el precepto constitucional como la norma delegante constituyen la fuente de la que deriva la legitimidad constitucional del derecho delegado. La disposición constitucional, que fija los límites de la potestad reguladora

minimizando ese perfil de derogación del orden abstracto de atribuciones, aunque en distintos grados, está presente en todas las hipótesis de delegación en derecho público; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Turín, 1985; A. CERRI, *Delega legislativa*, en *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Turín, 1999.

¹⁸⁷ Sobre la definición de norma interpuesta, véase C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della “manifesta infondatezza”*, Milán, 1957; A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell’istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972; M. SICARI, *Le “norme interposte” nel giudizio di costituzionalità*, Padua, 1992; A. CELOTTO, P. CARNEVALE, *Il paramentro “eventuale”. Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parámetro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Turín, 1998.

delegada, contiene una exclusión de la actividad legislativa y la ley delegada, cuando incurre en exceso de delegación, constituye el medio por el cual el precepto puede ser vulnerado. La inconstitucionalidad del exceso de delegación, que conlleva una usurpación del poder legislativo por parte del ejecutivo, es una confirmación del principio de que solo el legislativo puede hacer leyes¹⁸⁸.

La jurisprudencia finalmente ha dejado claro que el control de los vicios que pudieran verse afectados tanto por la ley delegante como por la legislación delegada corresponde exclusivamente al poder judicial, incluso en el supuesto de que la ley de delegación aún no se haya implementado¹⁸⁹, o que la legislación delegada se haya

¹⁸⁸ La jurisprudencia, durante la segunda mitad del siglo XX, confirmará que el carácter preponderante de la disposición constitucional dentro de la relación de poder nunca será negado por el poder judicial, probablemente también con el propósito subrepticio de "defender" su competencia para juzgar en la legislación delegada. De hecho, la jurisprudencia tenderá a disminuir aún más el carácter constitucional de la ley de delegación y, asumiendo el carácter rígido de la Constitución como base de su proceso argumentativo, llegará a argumentar que, mientras que en el orden anterior a la Constitución, la ley de delegación en coherencia con la flexibilidad de aquel sistema entonces vigente y con el consiguiente orden de fuentes normativas basadas en la ley ordinaria, constituía la fuente del poder ejecutivo de la legislación delegada, en el sistema constitucional vigente, sin embargo, en armonía con la rigidez de que todo acto legislativo con valor de ley sólo puede tener su fuente en normas constitucionales, constituye, más simplemente, el supuesto que condiciona el ejercicio de los poderes delegados del ejecutivo y delimita el desempeño de sus funciones, tal como se reconocen y determinada por la propia Constitución. Sobre el tema, A. ROCCELLA, *Il ricorso regionale alla Corte nel rapporto tra legge di delega e legge delegata*, en *Le Regioni*, 1991.

¹⁸⁹ En el pasado se ha argumentado que la ley de delegación, al no entrar en vigor *erga omnes* antes de la promulgación de la ley delegada, no podría, en consecuencia, estar sujeta al control del poder judicial, si no cuando sus formas hubieran sido incorporadas a la legislación delegada, ya que carecería, en este caso, el interés concreto y actual del recurso al poder judicial, así como la relación de relevancia con el caso judicial, en C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Turín, 1985. En una primera fase, la jurisprudencia también hizo uso de esta solución, admitiendo que si la ley delegante no contiene los requisitos previstos por el precepto constitucional ciertamente puede ser denunciada, pero solo después de la promulgación de la ley delegada. Sin embargo, ya en los años sesenta, la jurisprudencia consideró admisible, aunque sólo dentro de ciertos límites, la revisión directa de la ley delegante, en relación con todas las reglas procesales previstas por ella.

emitido antes de la entrada en vigor del precepto constitucional¹⁹⁰. Por otro lado, dado que la fuente de legitimación del poder delegado reside solidariamente en la disposición constitucional y en la ley de delegación, la falta de conformidad de la legislación delegada con la ley de delegación solo puede repercutir inevitablemente en la disposición constitucional, que constituye el parámetro exclusivo de su control judicial. De ello se desprende, con base en esta jurisprudencia, que, si bien las reglas de delegación no son normas constitucionales, sin embargo, contribuyen a integrar el parámetro en los juicios de legitimidad de la legislación delegada, ya que estas disposiciones son parte integrante de esa relación de delegación que tiene su claro fundamento y su disciplina en la norma constitucional.

Superada la solución restrictiva según la cual la legislación delegada sólo podía ser revisada por el poder judicial, si entraba en conflicto directo con una norma

¹⁹⁰ Y esto se debe a que, incluso cuando no existían esos límites y condiciones que ahora estrictamente imponen las constituciones, había principios constitucionales fundamentales, de los que el ejecutivo en la promulgación de la legislación delegada no podía apartarse de ninguna manera: básicamente dos, a saber, la existencia de una delegación legislativa y la limitación, inherente a la propia delegación, impuesta al ejecutivo de permanecer dentro de los límites de la delegación. Las diversas cartas constitucionales son ahora una expresión de estos principios constitucionales, fundamentales y tradicionales de todo Estado de derecho. Sin embargo, también hubo una jurisprudencia duramente criticada por la doctrina de esos años, en particular véase P. BARILE, *Delegazioni legislative anteriori alla Costituzione repubblicana e competenza della Corte costituzionale*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1966. Sobre el tema, críticamente, G. ABBAMONTE, *Aspetti della delega legislativa*, en *Annali dell'Università di Macerata*, XXXIII, Milán, 1959; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padua, 1969, para el que, en estos casos, el poder judicial tendería exclusivamente a golpear aquellos vicios que pueden ser considerados como tales incluso en comparación con la Constitución, en cambio la jurisprudencia, cuando ordenó la cancelación, lo hizo por violación de las normas contenidas en la misma. Una vez caída la premisa, también caen las consecuencias, ya que cualquiera que fuera el régimen de las leyes y su control en el pasado, lo cierto es que hoy pertenece al único juez competente actualmente, que nunca es el juez ordinario.

constitucional¹⁹¹, la convicción incipiente en doctrina¹⁹² es que el juez de leyes – elevando la regla de delegación a parámetro sustantivo de constitucionalidad – podría haber juzgado legítimamente los defectos presentes en la legislación delegada, porque difiere de las disposiciones de la ley habilitante. Una interpretación, esta, destinada a refutar no solo la tesis minoritaria en doctrina según la cual el parlamento una vez delegado en el ejecutivo habría agotado inmediata y definitivamente su función¹⁹³, sino también aquellas opiniones doctrinales mucho más arraigadas, favorables a admitir el control de constitucionalidad sobre la legislación delegada, debido a que el control del poder judicial está estrictamente delimitado por las normas constitucionales¹⁹⁴.

La identificación de un doble fundamento del poder delegado, en el precepto constitucional y en la ley de delegación, sin embargo, plantea algunas cuestiones de

¹⁹¹ De hecho, durante la segunda mitad del siglo XX se argumentó al respecto que en lo que atiene al control de constitucionalidad, no había motivos para retirar la legislación delegada de este control: en todo caso, habría habido más motivos para solicitarlo. Y esto se debe a que, si bien dicho control no corresponde al poder judicial, la necesidad de este no desaparece, ya que puede cumplir otra función: la de control, tanto formal como sustancial, de las disposiciones de la legislación delegada. Por tanto, queda demostrada la necesidad y no solo la oportunidad de mantener estas disposiciones propuestas.

¹⁹² *Ex multis*, F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milán, 1962; P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padua, 1964; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1972; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale*, Cedam, Padua, 1984.

¹⁹³ En este sentido, P. GIOCOLI NACCI, *Norme interposte e giudizio di costituzionalità*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, que, a tal efecto, distingue la fuente del poder de delegación parlamentario de la fuente del poder ejecutivo para legislar.

¹⁹⁴ C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, en *La Costituzione italiana*, Padua, 1954, quien observa que cada vez que la norma constitucional no regule directamente el contenido de una ley, sino que se refiere para la disciplina a normas no constitucionales y no constitucionalizadas, la divergencia de la ley con estas normas jurídicas o no jurídicas no debe ser detectada por el poder jurídico. Así, por ejemplo, las normas de la legislación delegada que contrastan con los criterios rectores de la ley de delegación no pecan del lado de la ilegitimidad constitucional. Sobre este punto, véase también C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milán, 1964.

método controvertidas que no son fáciles de resolver y que requieren un análisis detenido. Se trata sobre todo de cuestiones relacionadas con la configuración constitucional del carácter trilateral de la relación – precepto constitucional, ley de delegación, legislación delegada – y con la naturaleza jurídica de los actos normativos emitidos por el poder delegante. Porque una cosa es decir que la ley de delegación, en los juicios de constitucionalidad, asume un valor sustancialmente constitucional¹⁹⁵, y otra muy distinta es sostener que es una "fuente atípica intermedia"¹⁹⁶. Así como una cosa es decir que la legislación delegada, como acto derivado, revela una "potencial vocación a ser secundaria"¹⁹⁷, que la vincula

¹⁹⁵ En este sentido, F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milán, 1970, para el cual el derecho de la delegación surge como término para comparar la sentencia no en virtud de la remisión, sino por su propia naturaleza, cuando y en la medida en que constituye una regla para la atribución del poder legislativo o un límite a la función legislativa, tanto en sentido formal, ya sea en sentido sustancial o también de manera particular o indirecta de la propia unión.

¹⁹⁶ Como jerárquicamente superior al delegado, aunque sea a un nivel no constitucional, como observa M. PATRONO, *Decreti legislativi e controllo di costituzionalità (aspetti problematici)*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968. Y, de hecho, según el autor, la legislación delegada sufre con respecto a la ley delegante, un debilitamiento de su propia *vis abrogans* y, por lo tanto, debe ser considerada dentro de estos límites, una fuente intermedia atípica.

¹⁹⁷ La expresión es de E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Turín, 1999, según la cual la delegación adolece, desde un punto de vista, de una innegable ambigüedad inherente entre la colocación, para los actos derivados, en el mismo nivel de la ley y las limitaciones impuestas para su ejercicio por el mismo precepto constitucional. Según la autora, por tanto, se podría hablar de una potencial vocación al carácter secundario de la legislación delegada, que sin embargo se ve impedida en su raíz por la atribución del valor de la ley y por estar sometida a los mismos controles de constitucionalidad. En este punto, en particular, véase A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972, según el cual la ley delegada estaría en un grado intermedio entre las comunes leyes ordinarias y los reglamentos. En este sentido, se ha observado que el poder legislativo del legislador delegado es, al menos por regla general, más amplio que el regulatorio, aunque solo sea porque no estar obligado al cumplimiento formal de todas las disposiciones legislativas anteriores, mientras que es más restringido que el del legislador ordinario porque, a diferencia de este último, el legislador delegado está obligado a cumplir con los límites expresamente

jurídicamente a todas las reglas contenidas en la ley de delegación, otra muy distinta es limitar la relación de subordinación únicamente a disposiciones que, contenidas en la ley, revelan un tono constitucional, siendo parte integrante del contenido esencial de la delegación.

De hecho, se trata de soluciones que, prefigurando caminos argumentativos no coincidentes, y de hecho alternativos entre ellos, preludian inevitablemente planteamientos interpretativos conflictivos, destinados a condicionar, de manera diferente, las formas y el grado de control de la legislación delegada por el poder judicial. Así, si bien en el primer caso nos veríamos inducidos a constatar que todas las normas de la ley de delegación vinculan al ejecutivo, incluso aquellas que no contienen principios y que regulan directamente la materia¹⁹⁸, la segunda solución, por su parte, avala que deba considerarse que los tribunales tienen el deber legal de no extender el control a ninguna "violación de los límites adicionales" que establece la ley de delegación¹⁹⁹, ya que en este caso se trata de disposiciones constitucionalmente descubiertas²⁰⁰ y, por tanto, no garantizadas con respecto a la norma constitucional²⁰¹.

previstos por la ley de delegación y los principios resultantes de la legislación anterior, a la que esta última se refiere, incluso implícitamente.

¹⁹⁸ En este sentido, M. S. GIANNINI, *Delega di norme di attuazione*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1959. Sobre el vínculo jurídico de la legislación delegada a todas las normas – tanto las que integran el contenido esencial, como las adicionales – contenidas en la ley de delegación, véase también L. PALDIN, *Presunzione di preminenza della legge delegante sulla legge delegata*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1960.

¹⁹⁹ S. M. CICONETTI, *I limiti "ulteriori" della delegazione legislativa*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966.

²⁰⁰ A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Giappichelli, Turín, 1993.

²⁰¹ C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Cedam, Padua, 2001.

I.2.3 – Actividad legislativa y necesidad de recurrir a la delegación legislativa

La actividad burocrática y legislativa, por su carácter sociológico, es tanto más eficaz cuanto más capaz de adaptarse continuamente a las distintas conformaciones que asumen las redes de relaciones que mantiene con los lobbies, las organizaciones políticas, las fuerzas económicas y sociales. Es en este sentido que la precariedad²⁰² de la actividad legislativa aparece como consecuencia de su carácter sociológico y como condición previa para su eficacia. Concibiendo la actividad legislativa como caracterizada por el *do it yourself*, por la maraña de circuitos, por la aleatoriedad, por la multiplicación de actores y objetivos, por la heterogeneidad y por la transversalidad de los procedimientos²⁰³, las investigaciones sobre el carácter sociológico de la actividad administrativa han llegado a considerar imprescindible el cambio constante de las herramientas que obliga a las partes a adaptarse continuamente²⁰⁴.

²⁰² Según Geninatti Satè, podemos definir la "precariedad" como el carácter de los procesos de toma de decisiones en virtud del cual su resultado se debe a la concurrencia ocasional y casual de una pluralidad de factores, de manera que una serie de elementos diferentes, una combinación diferente de ellos o la intervención de un factor nuevo determina un resultado diferente. La precariedad de un proceso consiste, por tanto, en el hecho de que siempre puede llegar a un resultado diferente del alcanzado temporalmente, en cuanto cambia una (incluso la más pequeña e insignificante) de las variables intervinientes. Sin embargo, el cambio en el resultado logrado debido a la modificación de los factores que lo determinaron no se considera como un evento puramente hipotético y, por lo tanto, no es solo el resultado de un experimento mental: cada situación, no solo podría haber sido diferente si los factores que contribuyeron a su determinación hubiesen sido otros, pero se expone concretamente a la transformación y al cambio en cuanto interviene un nuevo factor o una nueva combinación de los existentes, en L. GENINATTI SATÈ *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, Giappichelli, Turín, 2011.

²⁰³ M. FOUCAULT, *Omnes et singulatim. Verso una critica della ragion politica*, en *Biopolitica e liberalismo: detti e scritti su potere ed etica*, 1975-1984, Milán, 2001.

²⁰⁴ P. LASCOURMES, P. LE GALÉS, *L'azione pubblica attraverso i suoi strumenti*, en *Gli strumenti per governare*, Milán, 2009.

La precariedad, como carácter de la actividad legislativa, se capta entonces en la necesidad de que, para resultar eficiente, se flexibilice y asuma como método de trabajo ordinario el correr tras las herramientas, es decir, modificar constantemente los dispositivos de su propia actividad²⁰⁵, incluso adaptarse y amoldarse constantemente a los cambios que registran las redes de relaciones e interacciones con el mundo exterior. Por supuesto, respecto a esta concepción de la actividad legislativa, incluso el cambio continuo en las normas que rigen la actividad de los poderes públicos no asumirá la connotación despectiva que se encuentra típicamente en la ciencia jurídica²⁰⁶: observado a través de los paradigmas descriptivos de la sociología de la legislación, este fenómeno se califica más bien como la adaptación inevitable de los instrumentos de acción pública al inestable equilibrio de la gobernabilidad. El hecho de que las decisiones públicas estén sujetas a una revisión ineludible y continua – de ahí su carácter provisional y precario – surge también de los estudios sobre el desarrollo de los procesos de decisión político-administrativos. Las teorías sobre el carácter sociológico de la actividad legislativa presentan la precariedad como consecuencia de una connotación específica de la actividad que se realiza: dado que la actividad legislativa debe ajustarse necesaria y continuamente al entramado de relaciones que mantiene con el mundo exterior, inevitablemente sus productos se rigen por la inestabilidad.

En los estudios sobre procesos de toma de decisiones político-administrativas la perspectiva es diferente: al realizar investigaciones "en campo" y, por tanto, al analizar empíricamente la forma en que las administraciones desarrollan proyectos y toman decisiones, estos estudios encuentran que los procesos de toma de decisiones públicas no se dan de manera lineal, según una secuencia ordenada y preestablecida, sino que aparecen como un cúmulo de elecciones únicas, aunque no necesariamente

²⁰⁵ M. POWER, *La società dei controlli: rituali di verifica*, Turín, 2002; R. DEHOUSSE, *Il metodo aperto di coordinamento: quando lo strumento prende il posto della politica*, en P. LASCOUMES, P. LE GALÉS, *Gli strumenti per governare*, Milán, 2003.

²⁰⁶ R. SAVATIER, *L'inflation législative et l'indigestion du corp social*, en *Foro italiano*, 1977; R. PAGANO, *Introduzione alla legistica, l'arte di preparare le leggi*, Milán, 2004.

orgánicas entre sí, ligadas sólo por el hecho de pertenecer a la concatenación de actos que llevaron a la decisión final²⁰⁷. La precariedad de las decisiones, en estas investigaciones, es, por tanto, resultado de la observación empírica de los procesos de toma de decisiones, y no de un carácter que deriva de las características de la actividad de toma de decisiones: al descomponer estos procesos, nos damos cuenta de que la decisión pública es el resultado – o la resultante – de un conjunto de factores tan poco homogéneos y ocasionales que es muy difícil para un análisis teórico predictivo incluirlos en un modelo explicativo del proceso de toma de decisiones²⁰⁸. Estos tipos de legislaciones resultan ser, por tanto, precarias porque son el resultado de una cadena de acontecimientos, elecciones, segundas reflexiones, obstáculos y reacciones a lo inesperado, de modo que, por un lado – retrospectivamente – la diferente modulación de esa secuencia podría haber llevado a una decisión diferente, y por otro lado, la intervención continua de factores nuevos e impredecibles excluye el carácter definitivo de la decisión, que permanece sujeta a continuas revisiones²⁰⁹. Los estudios²¹⁰ sobre los procesos de toma de decisiones

²⁰⁷ En este sentido, P. BACHRACH, M. S. BARATZ, *Le due facce del potere*, Padua, 1986; G. BERTIN, *Decidere nel pubblico. Tecniche di decisione e valutazione nella gestione dei servizi pubblici*, Milán, 1989.

²⁰⁸ M. CAMPANELLA, *Le decisioni sotto condizione di ambiguità*, en *Rassegna italiana di sociologia*, 1988.

²⁰⁹ J. S. DRYZEK, *Don't Toss Coins in Garbage Cans: a Prologue to Policy Design*, en *Journal of Public Policy*, 1982.

²¹⁰ Entre los ejemplos de estudios sobre procesos de toma de decisiones político-administrativas que, a través de un riguroso análisis empírico, han ayudado a resaltar la precariedad de las decisiones públicas, podemos mencionar la investigación realizada, a lo largo de muchos años, en Italia por Luigi Bobbio, en L. BOBBIO, *Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi*, Roma, 2004; L. BOBBIO, *Come smaltire i rifiuti. Un esperimento di democrazia deliberativa*, en *Stato e Mercato*, 2002; L. BOBBIO, *Gli stadi di "Italia 90": Torino*, en *Archivio ISAP n. 7 – Le decisioni di opera pubblica e di urbanística nelle città*, Milán, 1994; L. BOBBIO, *Di questo accordo lieto. Sulla risoluzione negoziale dei conflitti ambientali*, Turín, 1994; L. BOBBIO, *I progetti territoriali come processi di montaggio*, en R. GAMBINO, M. GARELLI, S. SACCOMANI, *Cento progetti cinque anni dopo*, Turín, 1995; L. BOBBIO, A. BARBAGLIA, *Il nuovo palazzo di giustizia di Torino. Analisi di un proceso*

extraen dos consecuencias principales de este análisis, una de las cuales es un corolario de la otra: por un lado, la forma en que se toman las decisiones, como se observa empíricamente, sugiere la ilusión de la demanda de una planificación meticulosa elaborada *ex ante*; por otro lado, precisamente por eso, la complejidad de los procesos de toma de decisiones debe tomarse en serio, es decir, no pasar por alto como una desviación ocasional – y por lo tanto evitable – de un modelo ideal de toma de decisiones, pero tampoco estigmatizada como síntoma de la incapacidad de los actores²¹¹.

La actividad de producción normativa se vuelve, por tanto, describible como una red de acciones interconectadas, pero heterogéneas, que provienen de la compenetración del entorno "interno" con el "externo". Estos entornos son distinguibles como tales solo al final del proceso legislativo, con la consecuencia de que, durante su desarrollo, es imposible distinguir "el legislador" de los grupos de interés que interactúan con él, porque es precisamente el proceso legislativo el que, al organizar el revoltijo de interacciones en un conjunto relativamente estable de relaciones, finalmente produce un resultado que es reconocible como su producto²¹². El proceso legislativo es, por tanto – o, por lo menos, puede representarse como – un proceso en el que se establecen relaciones – relativamente estables – entre los múltiples factores que, provenientes tanto del "interior" como del "exterior",

decisionale, en M. MORISI, S. PASSIGLI, *Amministrazioni e gruppi di interesse nella trasformazione urbana*, Bologna, 1994.

²¹¹ L. BOBBIO, *La democrazia non abita a Gordio. Studio sui processi decisionali politico-amministrativi*, Milán, 1996; L. GALLINO, P. BORGNA, G. L. BULSEI, R. GRIMALDI, *Teoria dell'attore e processi decisionali. Modelli intelligenti per la valutazione dell'impatto socio-ambientale*, Milán, 1992; C. E. LINDBOLM, *The Science of Muddling Through*, en *Public Administration Review*, 1959; C. E. LINDBOLM, *The Intelligence of Democracy, Decision Making Through Mutual Adjustment*, Nueva York, 1965; A. WIDALSKY, *Budgeting: A Comparative Theory of Budgetary Process*, Boston, 1975; R. ROSE, *L'espansione della sfera pubblica*, Bologna, 1988.

²¹² R. COOPER, *Formal Organization as Representation: Remote Control, Displacement and Abbreviation*, en M. REED, M. HUGHES, *Rethinking Organizations*, Londres, 1992; R. COOPER, *Technologies of Representation*, en P. AHONEN, *Tracing the Semiotic Boundaries of Politics*, Berlín, 1993; J. LAW, *Organizing Modernity*, Oxford, 1993.

convergen y se entrelazan. Este proceso, precisamente porque está dominado por el impulso continuo de estos factores, es sin embargo precario: sus resultados son efectos de equilibrios momentáneos, destinados a revisión y por tanto intrínsecamente inestables. La precariedad de la legislación (es decir, su inestabilidad en el tiempo, su revisión continua y su sujeción a múltiples alteraciones) no se traduce, por tanto, en el desenlace repentino de un legislador incapaz de regular de una vez para todos los casos (incapacidad que, además, debe interpretarse en el contexto de la limitada racionalidad de la legislación), sino en la complejidad del proceso legislativo, entendido como el conjunto de dificultades para ensamblar – u organizar – los múltiples y fragmentados factores en una solución estable, al menos temporalmente. Fenómenos como la prolongación persistente en el tiempo de procedimientos legislativos que no llegan a una decisión, o la continua proliferación de modificaciones de disposiciones legislativas ya vigentes, se convierten así en síntomas de la particular complejidad de la producción legislativa y, como tales, muy bien pueden resistir los intentos – propios de la ciencia de la legislación – de identificar mecanismos o remedios técnico-científicos que pretendan remediar la precariedad de la legislación²¹³.

En este sentido, en virtud de todo lo que se ha expuesto hasta ahora, es evidente que la legislación delegada es uno de los instrumentos legislativos más precarios y, al mismo tiempo, más adecuados al efecto, logrando adaptarse constantemente a los cambios registrados por las redes de relaciones e interacciones con el exterior, transformando su función – sin embargo, bajo el mismo vestido – según el ordenamiento jurídico en el que se aplica y según la necesidad para la que se utiliza. Dado que la actividad legislativa debe, como hemos visto, adaptarse necesaria y continuamente a la red de relaciones que mantiene con el mundo exterior, inevitablemente sus productos se rigen por la inestabilidad. También, de manera irremediable, los instrumentos de legislación delegada adolecen de esas lagunas o deficiencias – que ya se han visto anteriormente desde el punto de vista de la legitimación y que se verán más adelante desde el punto de vista técnico – que son

²¹³ L. GENINATTI SATÈ *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, Giappichelli, Turín, 2011.

la principal razón por la que se considera una legislación de “segunda clase”. De segunda clase, pero, sin embargo, la única capaz de garantizar la convivencia entre acciones interconectadas pero heterogéneas, que derivan de la interpenetración del entorno "interno" con el "externo" y de la colaboración de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial: se ha observado anteriormente cómo es imposible distinguir al legislador "real" de los sujetos que interactúan con él, especialmente a la luz de la división tripartita entre legislador constitucional, legislador delegante y legislador delegado. Ésta es una de las razones por las que la legislación delegada, derivada de la colaboración de estos dos (o tres) poderes, produce efectos de equilibrios momentáneos, destinados a revisión y por tanto intrínsecamente inestables.

Sin embargo, la actividad de delegación legislativa y la necesidad de recurrir a ella se deriva, en definitiva, de la duración de los procedimientos legislativos, de la continua proliferación de modificaciones de disposiciones legislativas ya vigentes, de la particular tecnicidad de la legislación de detalle, así como de situaciones de urgencia, síntomas de la particular complejidad y precariedad de la producción legislativa delegada.

1.2.4 – La relación entre tecnificación y separación de poderes: la ley de delegación como instrumento para adaptar el derecho nacional al derecho europeo

Entre las delegaciones teleológicamente identificadas e identificables, caracterizadas, por tanto, por la posibilidad de identificar, con referencia a ellas, un objetivo político-jurídico unitario, deben analizarse – bajo un punto de vista de mera teoría constitucional – las que se solían llamar “comunitarias” y que ahora mejor se pueden definir como “europeas”. Como es sabido, los mecanismos de transposición a los marcos jurídicos nacionales del derecho europeo han estado marcados desde el principio por un uso coherente de la delegación legislativa²¹⁴. Esta herramienta encontró aplicación también para la ejecución de actos comunitarios derivados, a

²¹⁴ Sobre los orígenes de la implementación de la legislación europea en el derecho interno, véase A. CELOTTO, *Legge comunitaria*, en *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1995.

pesar de las numerosas perplejidades que ha suscitado su uso indiscriminado: tanto de carácter político, en cuanto al alcance de la delegación, como para privar significativamente al órgano parlamentario de competencia en "asuntos comunitarios", estrictamente constitucional, en lo que respecta al cumplimiento de las delegaciones mencionadas con la disciplina constitucional²¹⁵.

Las sugerencias tecnocráticas y los empujes de la anti-política arraigados en casi todas partes, durante la década de los noventa, solo podían reflejarse en el sistema de producción de leyes y, en particular, en lo que concierne a las formas de uso de la delegación legislativa. Y esto en consideración, sobre todo, a la inclinación inherente, por parte del legislador, de recurrir a este instituto para regular, en casos completamente singulares²¹⁶, aquellas materias que tuviesen una particular y compleja dificultad técnica, jurídica o económica²¹⁷, o requiriesen conocimientos excesivamente técnicos para los que el ejecutivo aparece como el organismo más cualificado, también porque puede contar con el trabajo de órganos consultivos técnicos²¹⁸. De hecho, en los últimos años el poder legislativo, más que delimitar las áreas de intervención técnica del ejecutivo, le ha transferido, en varias circunstancias, un poder real de decisión, limitándose, por su parte, a jugar un mero papel de

²¹⁵ E. ROSSI, *Le trasformazioni della delega legislativa*, CEDAM, 2009.

²¹⁶ Tosato observó cómo las leyes de delegación encarnaban inicialmente la voluntad de evitar la ocurrencia de una depresión funcional, en el vano intento de llevar su ejercicio a la culminación de una actividad puramente técnica, por ejemplo, incapaz de afectar el nivel político, en TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padua, 1931.

²¹⁷ P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, 1998.

²¹⁸ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milán, 1994; G. D. FERRI, *Sulla delegazione legislativa*, en *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milán, 1952, para el cual la misma disposición del instrumento de la delegación habría sido impuesta por los requisitos técnicos de los Estados contemporáneos; M. MORISI, P. PAOLI, *Parlamento e Unione europea: l'esperienza della legge comunitaria*, en M. MORISI, P. PAOLI, M. RAITERI, G. REBUFFA, F. ZANNOTTI, *I legislatori e il meccanismo parlamentare: analisi delle interviste agli artefici della legislazione*, Cedam, Padua, 1995, que destacan cómo en estos casos el liderazgo técnico del ejecutivo se debe ante todo a que las asambleas parlamentarias carecen por completo de los conocimientos y recursos de información necesarios para aplicar normas de carácter predominantemente técnico.

apariciencia en este contexto²¹⁹. Este es un epílogo que, además de fortalecer la centralidad del ejecutivo, ha producido en los últimos años no pocos desequilibrios, incluso dentro del delicado encuentro entre el control democrático y el uso de las habilidades técnicas en la sociedad actual²²⁰, cuyos preocupantes resultados de hoy corren el riesgo de afectar en gran medida al grado de protección de las situaciones jurídicas subjetivas²²¹ y de provocar efectos graves y generalizados en la capacidad del sistema para resistir.

Una elocuente confirmación de ello es la cuestión de las delegaciones técnicas adoptadas en los distintos ordenamientos jurídicos de los Países miembros, en aplicación de las directivas europeas²²². En este contexto, como es de esperar, las

²¹⁹ Así Ruggieri expresó a este respecto algunas dudas adicionales sobre la real provisión por parte de los Parlamentos de los equipos necesarios para hacerlos permanecer en el centro de los procesos de producción y no al margen de ellos, confinados al papel de apariciencia o, como mucho, conceder – y en todo caso solo ocasionalmente – de recitar como actores de apoyo para papeles que son interpretados mayoritariamente o incluso exclusivamente por los gobiernos, en A. RUGGIERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, en *Rassegna parlamentare: rivista mensile di studi costituzionali e di documentazione legislativa*, 41, 1999.

²²⁰ A. CERRI, *Delega legislativa*, en *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988; G. GUARINO, *Tecnici e politici nello Stato contemporáneo*, en *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, II, Milán, 1962.

²²¹ P. LAZZARA, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, en *Diritto processuale amministrativo*, 2000.

²²² Un fenómeno, esto, bastante relevante, también desde el punto de vista cuantitativo. Sobre estos aspectos, véanse los interesantes estudios casuísticos presentados por A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, en *Il diritto dell'economia*, Modena, 1996, que señala el amplio impacto de las normas técnicas en la producción comunitaria: en promedio, las directivas comunitarias emitidas, señala el autor, en ocho de cada diez casos contienen normas técnicas. Por último, un ejemplo significativo de ello es la ley comunitaria para el 2000 (Ley n. 422 de 2000) cuyo Capítulo II (Disposiciones particulares de cumplimiento, criterios específicos de delegación legislativa) está dedicado casi exclusivamente a la aplicación de las normas técnicas. Sobre este punto, en particular, M. SICLARI, *Il Parlamento nel procedimento legislativo delegato*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, que reconoce en este contexto la existencia de una reserva real de legislación delegada, a la que se habría recurrido desde hace algún tiempo especialmente para implementar ese complejo, más bien

implicaciones concretas que se derivan de la transposición, a través de una ley de delegación, de normas de contenido técnico tienden inevitablemente a escapar al dominio de lo legislativo que en estos casos deberá limitarse – más o menos pasivamente – a registrar la finalidad y el contenido de las disposiciones comunitarias²²³. Así como tiende inevitablemente a escapar a la fase misma de implementación de estas normas, que se deja mayoritariamente al ámbito de actuación de los poderes ejecutivos y, en particular, al poder normativo de los órganos políticos o político-administrativos²²⁴, dentro del propio ejecutivo, asistido en gran parte, a su vez, por órganos técnicos²²⁵. Tampoco podría haber sido de otra manera, ya que los poderes legislativos que contienen normas técnicas se basan en una comprensión congénita del poder propio del legislador. Y es inútil recordar, como subraya De Valles desde la década de 1950, que las reglas técnicas, una vez contenidas en actos legislativos, se convierten formal e indudablemente en normas legales²²⁶. La posible positivización jurídica de las disposiciones técnicas, directa o

heterogéneo y amplio, de normas de carácter eminentemente técnico, que son las normas comunitarias.

²²³ Tampoco podía ser de otra manera, ya que ante la presencia de delegaciones técnicas el límite de los principios y criterios rectores ve disminuir su efectividad conformativa, ya que los parámetros a los que está ligado el legislador delegado se consideran detectables por las mismas connotaciones intrínsecas de los poderes dislocados, en S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modelo nella delega legislativa*, Liguori, 1990. En este sentido, véanse también, F. GIAMPIETRO, *I decreti legislativi del 1992 sulla tutela della qualità delle acque degli scarichi pericolosi e le nuove competenze della Provincia*, en *Rivista giuridica ambiente*, 1993; R. LIZZUL, F. LIZZUL, *I decreti legislativi sulla Dit e sul crédito di imposta*, en *Boll. Trib. Informaz.*, 1998.

²²⁴ S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1992, que del estudio de estas intrincadas dinámicas institucionales saca una mayor confirmación de cómo hoy cada vez más la construcción de la agenda legislativa se basa principalmente en el ejecutivo. Sobre la centralidad corrupta del poder legislativo y sobre el papel preeminente que desempeñan hoy en los procesos regulatorios los órganos técnicos, véase M. MANETTI, *Il Parlamento nell'amministrazione dall'ingerenza alla co-decisione*, en *Quaderni costituzionali*, 1991.

²²⁵ Véase, por ejemplo, L. 30 de julio de 1990, n. 212.

²²⁶ A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, en *Scritti in onore di Carlo Arturo Jemolo*, III, Milán, 1963, según el que derivaría, de hecho, como se ha señalado adecuadamente en la doctrina,

incluso indirecta – a través de una mera referencia sustancial a ellas – no implica en definitiva más que una encapsulación de la norma técnica en la norma jurídica, ciertamente adecuada para novar la fuente y endurecer el contenido, pero no para disolverla en ella²²⁷. De hecho, siguen siendo normas cuyo contenido ya ha sido

que si la norma jurídica, *rectius* la disposición de fuente acto, contiene y, por así decirlo, repite *sic et simpliciter* la proposición prescriptiva correspondiente a una regla técnica, habrá una norma legal definitiva, es decir, una norma que prescriba un comportamiento específico adecuado para lograr un determinado resultado, encomendando la sanción a la autoridad pública, en caso de omisión de la conducta prescrita. Sobre este tema, véanse también F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)* en *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milán, 1962; V. BACHELET, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milán, 1967, que destaca, en este sentido, cómo las normas técnicas, tomadas directamente del ordenamiento jurídico, tienen la eficacia jurídica de la norma que las transpone materialmente; si se mencionan de otro modo, pueden crear una limitación sustancial de la discreción de la administración pública. Sobre la irreductibilidad ineludible de la técnica a la ley, véase M. GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle "norme armonizzate"*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 317, 1997.

²²⁷ No es casualidad que, según una doctrina autoritaria, la misma dicción normas técnicas sea inadecuada, ya que las normas no son técnicas sino su origen, su fundamento, sus premisas lógicas, en A. M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, en *Studi in onore di Pietro Agostino D'Avack*, Milán, 1976. Su incorporación a la normativa legal tiene, de hecho, el objetivo exclusivo – de nuevo según Sandulli – el de transformar estas limitaciones técnicas en limitaciones jurídicas reales que sean en sí mismas aptas para innovar en el orden normativo existente y a las que todos los sujetos y todas las autoridades obligadas a cumplir en su actuación con las normas dictadas a ese nivel están obligadas a aplicar. Sobre este punto, véanse también V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Cedam, Padua, 1984; F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)* en *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milán, 1962; G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bolonia, 1998. Sobre el carácter controvertido de las normas técnicas, véanse C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, en *Stato e diritto*, 1941; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, en *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, II, Milán, 1987; V. ANGIOLINI, *Attività "tecniche" della pubblica amministrazione e riparto delle competenze tra Stato ed autonomie; in margine alla giurisprudenza costituzionale sulle "omologazioni" industriali*, en P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS, F. A. ROVERSI MONACO, *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, Ed. Andreini, 1995; N. GRECO, *Crisi del diritto, della produzione normativa e democrazia degli interessi Esemplarità della normazione tecnica ambientale*, en *Storia parlamentare e politica costituzionale*,

totalmente predefinido en otros lugares – y precisamente, en el presente caso, en sede europea²²⁸ – según los procedimientos de negociación²²⁹, en estrecha colaboración con el sistema de las empresas²³⁰ y bajo la presión de la irrupción en la

1993; A. NOURY, *Normalisation, règles techniques et environnement: une perspective théorique*, en *Storia parlamentare e politica costituzionale*, 1998.

²²⁸ A. PREDIERI, *Erosione e trasferimento di sovranità con norme tecniche*, en *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996.

²²⁹ Por una reconstrucción articulada y exhaustiva de las formas del procedimiento normativo y las características del proceso comunitario de toma de decisiones, véase L. RONCHETTI, *Sovranazionalità senza sovranità: la Commissione e il Parlamento della UE*, en *Politica del diritto*, 2001. Sobre la controvertida definición de negociación legal, ver la excelente contribución de N. IRTI, *La formazione negoziale del diritto*, en G. PIVA, F. SPANTIGATI, *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Padua, 1988, para el cual reflexionar sobre la formación negociada del derecho significa no tanto resaltar fuentes privadas de reglas que se afirman de manera completamente paralela con respecto a la legal, como identificar leyes que se imponen como resultado de la negociación. Según el autor, esta tendencia se ve favorecida principalmente por la propia falta de mediación jurídica, incapaz de imponer límite alguno a la eficacia de las fuentes normativas, independientemente del contenido de los enunciados. Cuando la interacción de intereses se traduce directamente en un acto dispositivo, cada uno es capaz de decidir por sí mismo, en la lógica de las relaciones de poder, sin recurrir a la mediación de los demás o quizás buscarlos como mera fachada de una solución que de otro modo se adquiriera. Sobre este punto, véase también P. ANTONINI, *Vicende del diritto tributario tra inflazione e crepuscolo della legge*, en *Jus*, 1993, que tiende a atribuir las causas del exceso de legislación a un cambio en el proceso de formación del derecho, que ha ido avanzando hacia formas cada vez más contractuales; E. TUCCARI, *Appunti para una teoría sulla normazione negoziale*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1986, para el cual es cada vez más claro y no discutible cómo toda ley debe ser aceptada, y por tanto implementada, con la confirmación de la voluntad – al menos – de grupos, formaciones sociales, individuos que pactan los fines marcados por el ordenamiento jurídico.

²³⁰ Sobre el impacto de los sistemas comerciales y sus transformaciones sobre el ordenamiento de fuentes, véase F. ROSENSTIEL, *Le Principe de "Supranationalité". Essai sur les Rapports de la Politique et du Droit*, Paris, 1962; R. DAVID, *Sources of Law*, en *The International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubingen, 1984; C. PINELLI, *Le fonti del diritto nell'epoca della internazionalizzazione*, en *Diritto pubblico*, 1995; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, 1998; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1998.

esfera pública de fuertes intereses privados²³¹. El mercado, que se ha convertido en la institución eje del nuevo ordenamiento jurídico, de hecho, en los últimos años, ha conquistado espacios de legitimación inéditos al establecerse como interlocutor privilegiado dentro de los mecanismos político-constitucionales, frente a los cuales las empresas están llamadas a jugar – como se indica en el informe sobre la mejora de la legislación, que tendremos la oportunidad de analizar más adelante – un papel fundamental en la definición de los aspectos técnicos, los estándares técnicos y las soluciones técnicas más adecuadas, en particular instando a las instituciones a adaptar reglas a las transformaciones del mercado provocadas por las nuevas

²³¹ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, 2005, que señala cómo la esfera de la dimensión pública se transforma por la irrupción de intereses privados que se representan a sí mismos de manera privilegiada, aunque no sean en absoluto representativos, *eo ipso*, de los intereses de los particulares como públicos. Sobre la presión indebida que los intereses privados ejercen sobre la esfera pública, M. WEBER, *Parlamento e Governo. Per la critica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Roma, 1982; N. BOBBIO, *Liberalismo vecchio e nuovo*, en *Il futuro della democrazia*, Turín, 1984. Limitadamente a la literatura jurídica italiana, entre muchas otras, las interesantes contribuciones de M. S. GIANNINI, *Struttura e trasformazioni degli assetti di potere negli Stati contemporanei*, en G. PIVA, *Potere, poteri emergente e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana*, Padua, 1986; G. BERTI, *Normatività, leggi dello Stato e diritti della persona*, en *Jus*, 1985.

tecnologías²³². Y es precisamente este nuevo soberano privado y oculto²³³ representado por las grandes multinacionales que dominan el mercado, el que hoy

²³² Informe de la Comisión al Consejo Europeo sobre legislar mejor 2000 de 30 de noviembre de 2000, COM(2000)772. Sobre este punto, N. IRTI, *La formazione negoziale del diritto*, en G. PIVA, F. SPANTIGATI, *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Padua, 1988, para el cual cuando la función legislativa pierde sus terminales y se hace un compromiso anormal entre los intereses económicos (individuales o grupales) y la acción política, se anula toda jerarquía en términos de valores y volvemos, aunque según parámetros a veces diferente, a la clasificación bruta de la fuerza; A. PREDIERI, *Euro poliarchie democratiche e mercati monetari*, Giappichelli, Turín, 1998, quien observa que las grandes empresas siempre se involucran en política, en la medida en que negocian, presionan, deciden con la organización política, pero también porque bajo ciertos aspectos y en particular en ciertos momentos, las grandes empresas interpretan su papel no tanto como la realización del máximo beneficio, sino como estabilización de dividendos, realización de autofinanciamiento, mantenimiento o mejora de la posición en el mercado. Y finalmente, F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, en F. MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, Giuffrè, Milán, 1999, que efectivamente pone de manifiesto cómo la expansión coherente de la regulación negociada en los diferentes niveles, pero también la mayor presencia de legislación básica, tiende a corresponder, en la etapa de implementación, a una presencia notoria de la intervención de la regulación del ejecutivo y, sobre todo, del autonomía de negociación privada. Un proceso, este, diametralmente opuesto al que había llevado en el pasado a la fundación del Estado moderno, descrito por M. WEBER, *Economia e società*, University of California Press, 1922, para el cual el desarrollo del Estado moderno comienza en todas partes cuando, por el príncipe, se pone en marcha el proceso de expropiación de los poseedores privados independientes del poder administrativo.

²³³ J. R. CAPELLA, *Le miserie dell'opulenza*, en P. BARCELLONA, *Morire per Maastricht?*, Roma, 1996. De aquí el surgimiento progresivo de una política que tiene un rostro público y privado a la vez y en la que se entrelazan la voluntad de los ejecutivos y los Estados – al menos algunos de ellos: pensemos en el papel cada vez más significativo que juega el G7 –, de poderosas tecnocracias internacionales (OMC, FMI, Banco Mundial), de empresas transnacionales que dominan sectores estratégicos, como observado por M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, en *Rivista di diritto costituzionale*, 164, 1996. La conclusión, ante todo esto, sólo puede ser entonces – como claramente señala Guarino – una: aunque, hoy en Europa, el ejercicio de la soberanía se reparte entre los Estados miembros, la Unión y el mercado, la cuota de mercado de la soberanía prevalece y es ejercida principalmente por estos grandes grupos, en G. GUARINO, *La sovranità e le sue mutazioni*, en *Studi in onore di Leopoldo Elia*, 1999; en posiciones similares M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, en *Politica e diritto*, 1997, que efectivamente señala que el verdadero anti-

define de forma autónoma las condiciones, los parámetros, las normas de ejecución que posteriormente deben incorporarse a la legislación comunitaria²³⁴. Y todo ello –

soberano no sería entonces la Comunidad Europea, sino el mercado entendido como un agregado de sujetos económicos que demandan el reconocimiento y protección de sus intereses. Es decir, nos enfrentamos a ese fenómeno de alteración de la relación público-privada, adecuadamente destacado ya por Massimo Severo Giannini a mediados de los años ochenta, a raíz del cual incluso las asociaciones profesionales de emprendedores se ocupan directamente de sus negocios con las organizaciones internacionales y comunitarias, así que hoy en día muchas decisiones públicas o decisiones con consecuencias públicas ya no pasan por el Estado, en M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bolonia, 1986; sobre las formas de auto-organización del mercado *versus* el imperio de la ley, véase C. PINELLI, *Le fonti del diritto nell'epoca della internazionalizzazione*, en *Diritto pubblico*, 1995; B. GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, en *Arch. Phil. Dr.*, 1964; R. DAVID, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?*, en *Rivista di diritto civile*, 1976; P. BERNARDINI, *Il diritto del commercio internazionale: una nuova lex mercatoria?*, en G. PIVA, F. SPANTIGATI, *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Padua, 1988, que ve en la *lex mercatoria* el producto espontáneo y progresivo de las mismas partes de los intercambios comerciales internacionales, a través del trabajo de sus organizaciones profesionales. Según el autor, estas reglas serían determinadas, especificadas y elaboradas, según las intenciones de las partes, por los árbitros designados por ellas para la solución de las controversias derivadas de las relaciones en cuestión; M. J. BONNEL, *La moderna lex mercatoria*, en *Diritto commerciale internazionale*, 1992; I. SPRENGER, *La notion de lex mercatoria en droit de commerce international*, en *Recueil des cours*, II, 1992; R. JOCHIMSEN, *L'Europa tra unione economica e unione monetaria*, en P. RIDOLA, *La Costituzione europea tra cultura e mercato*, Roma, 1997; A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, en *Il diritto dell'economia*, Modena, 1996, que pone de relieve cómo, cada vez más, hoy la atribución de poderes a entidades privadas y no a oficinas comunitarias constituye una transferencia de soberanía o competencia regulatoria que conduce a una transferencia más. Para una reconstrucción histórica amplia y detallada de estas tendencias, consúltese I. D. MORTELLARO, *Tecnocrazia nell'Europa di Maastricht*, en *Dem. Dir.*, 1993.

²³⁴ Sobre el tema, véase A. GIARDINA, *Diritto interno e diritto internazionale nella disciplina dei contratti fra Stati e privati stranieri*, en *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milán, 1984; C. VACCÀ, *Lo sviluppo di un "sistema della qualità" nei rapporti fra la grande impresa e le imprese collegate: il ruolo delle norme tecniche*, en U. DRAETTA, C. VACCÀ, *I contratti di subfornitura*, Milán, 1993; B. BORTOLOTTI, D. SINISCALCO, *Le forme private di regolazione*, en M. ARSÌ, M. G. CORONAS, P. DE LUCA, *L'Italia da semplificare. III. Procedimenti amministrativi di interesse delle imprese*, Bolonia, 1998; G. GUARINO, *Concorrenza e impresa "sovrana"*, en BANCA D'ITALIA, *Per un diritto della*

como es inevitable – en detrimento del competidor más débil obligado a sufrir el dominio de los gigantes industriales y mecánicos²³⁵. Una tendencia, fundamentalmente, centrada, desde un punto de vista jurídico formal, en la elaboración de normas técnicas destinadas a resultar la herramienta clave para la construcción del mercado único europeo, el vínculo insustituible entre los sectores público y privado²³⁶.

concorrenza, en *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, 1996; y, sobre todo, la amplia reconstrucción de A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, en *Il diritto dell'economia*, Modena, 1996, que informa con precisión algunos eventos relacionados con la producción de normas técnicas por parte de las entidades corporativas que producen ciertos bienes o servicios: desde la imposición de normas por parte de General Motors a los proveedores de componentes de su sistema integrado de automatización, hasta las disputas regulatorias que han, incluso hoy, la soberanía técnica entre IBM y los demás fabricantes como objeto. De ahí la formación gradual, según Predieri, de un subsistema de normas comunitarias que constituyen oficinas del aparato comunitario, no a oficinas de los Estados miembros, sino a sujetos que expresan la realidad social, de carácter privado. Para un análisis preciso de las formas de producción de reglamentos técnicos por sujetos privados y, en particular, por los organismos italianos de normalización (CEI, UNI, CNR), véase F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Roma, 2001.

²³⁵ Así, adelantándose a sus tiempos, H. MARCUSE, *Alcune implicazioni della moderna tecnologia*, en A. R. L. GURLAND, O. KIRCHHEIMER, H. MARCUSE, F. POLLOCK., *Tecnologia e potere nelle società post-liberali*, Nápoles, 1981.

²³⁶ F. ANDREINI, *La normativa tecnica tra sfera pubblica e sfera privata*, en P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS, F. A. ROVERSI MONACO, *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, Ed. Andreini, 1995. Sobre el entrelazamiento cada vez mayor de tecnología y derecho, agravado aún más por la crisis del Estado nacional y el fenómeno de la globalización de los mercados, véase P. BIONDINI, *Approcci definitivi alla "norma tecnica"*, en *Storia parlamentare e politica costituzionale*, 1999. Sobre este tema, véase también F. CAPELLI, *Come nasce l'euro-norma. Il procedimento di recepimento nell'ordinamento nazionale*, en *Rassegna di diritto e tecnica dell'alimentazione*, 1993; N. IRTI, *Diritto e mercato*, en AA. VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, ed. Laterza, 1999, que tiende a devolver estas dinámicas a un esquema típico de acción judicial en la era de la globalización, frente al cual los problemas económicos pueden recibir una solución técnica, y el legislador estatal será tan dócil y sabio para aceptarlo en el contenido de las normas jurídicas. Y más recientemente, los argumentos críticos de U. ALLEGRETTI, *La Costituzione europea nel nuovo ordine internazionale*, en ISTITUTO GRAMSCI –

Cerca de este sistema, tienden generalmente a acceder las fuentes estatales, ahora con leyes, ahora con reglamentos de segundo grado. Así planteadas, las reglas estatales parecerían, en consecuencia, oscilar entre soluciones de mera remisión y soluciones de transposición directa de normas técnicas, subrepticamente encaminadas a favorecer una forma de novación integral de la fuente. Estas instancias están inevitablemente destinadas a plasmarse, desde el punto de vista jurídico, en reclamos específicos de tipo funcional, principalmente absorbidos por la legislación delegada²³⁷. Sobre todo, debido a su configuración constitucional flexible y a las formas peculiares de prueba y corrección, ahora conectadas a su utilización. Esto es lo que se puede deducir, en particular, de la práctica ya existente de los anexos técnicos y de lo que ha encontrado, inherentemente a estos perfiles, la misma jurisprudencia, que afirmó que existe una tendencia del legislador a colocar en el texto legislativo, bajo forma de anexos y, por tanto, además de la parte puramente normativa, también datos de la realidad identificados en base a criterios técnicos. En tales casos, el legislador, incluso el delegado, delega luego en el ejecutivo o en el

CRS, *La transizione italiana*, 1997, que se pregunta si la legislación europea tiene un carácter técnico y observando que un aspecto técnico pertenece a todos los problemas de una época y de una sociedad compleja y no eliminada.

²³⁷ Y todo ello con un impacto directo en la compleja articulación de las dinámicas constitucionales y en las propias relaciones que las sustentan entre la producción legislativa (estatal, regional, comunitaria) y los procesos sociales. Desde este punto de vista, el uso de la legislación delegada se ha conformado consecuentemente sobre la base de módulos intrínsecamente procedimentales, los cuales son en sí mismos aptos para absorber la creciente erupción de intereses contrapuestos, presiones informales, instancias económicamente predominantes, sustancialmente determinada por la irrupción abrumadora en la esfera pública de las demandas del mercado. En este sentido, obsérvense las reglas detalladas contenidas en los decretos legislativos n. 174 y n. 175 de 1995, sobre empresas italianas que se encuentran operando en otros Estados pertenecientes a la Unión Europea. Esta normativa, después de haber contribuido al establecimiento de verdaderas "reservas técnicas", esbozaba, a la luz del derecho comunitario, las disposiciones que regulan el funcionamiento de la empresa. Sobre este punto, E. BOTTIGLIERI, *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa: il principio del "home country control"*, en *Respon. Civ. e Prev.*, 1996.

órgano ejecutivo competente en la materia, para hacer ajustes a aquellos datos que la experiencia, la reflexión más madura y los avances técnicos aconsejen²³⁸.

En el contexto de estas tendencias, como se acaba de decir, están las normas europeas y, en particular, las denominadas directivas de armonización legislativa, cuyo objetivo específico es estandarizar el mercado, obteniendo, producto por producto, disciplinas homogéneas, de carácter vinculante, válidas por sí mismas en todo el territorio de la Unión Europea²³⁹. Tampoco podía ser de otro modo, ya que la uniformidad de las normas técnicas y los módulos contractuales (subyacentes en muchos casos) son un requisito previo esencial para la construcción del mercado único²⁴⁰.

²³⁸ Sobre el carácter controvertido de los anexos de los actos legislativos, véase A. A. CERVATI, *In tema di allegati ad un atto legislativo, e delegificazione di tabelle*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1981.

²³⁹ En este sentido, véase la Directiva n. 83/189/CEE. El Consejo de las Comunidades Europeas ya aprobó, el 21 de diciembre de 1989, una resolución con el objetivo básico de garantizar un enfoque global de la evaluación de la conformidad. El objetivo de esta resolución era, de hecho, promover la creación de un contexto técnico homogéneo en Europa, basado no solo en la armonización de las reglas, sino también en estructuras de verificación que operan sobre la base de reglas comunes y procedimientos recíprocos reconocidos, capaces de dar a los gobiernos y a los mercados las garantías necesarias de competencia, transparencia, confianza, en F. ANDREINI, *La normativa técnica tra sfera pubblica e sfera privata*, en P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS, F. A. ROVERSI MONACO, *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, Ed. Andreini, 1995. Pero las bases de este punto de inflexión ya se habían sentado con la Directiva 85/374/CEE de 27 de julio de 1985, sobre la responsabilidad legal de los productos defectuosos. El objetivo de esta legislación comunitaria era crear las condiciones que permitieran el lanzamiento de una disciplina común capaz de eliminar las disparidades existentes entre las leyes de los distintos Países, que corrían el riesgo de comprometer las relaciones competitivas, ante el ya inminente establecimiento del mercado único. Sobre este tema, *ex multis*, G. ELIAS, *Le regole comunitarie per l'accesso del mercato unico: le misure per l'eliminazione delle barriere tecniche*, en P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS, F. A. ROVERSI MONACO, *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, Ed. Andreini, 1995; F. PECO, *Strumenti normativi europei per i prodotti industriali*, Milán, 1991.

²⁴⁰ La uniformidad de las condiciones del mercado, además, siempre ha sido un valor supremo para las empresas, ya que el mercado es una institución multicéntrica que produce resultados mediante la

En las últimas décadas, la delegación legislativa ha representado el instrumento ordinario para la adaptación del derecho interno al derecho europeo. No es casualidad que, desde la creación de la CEE, las leyes de aplicación del Tratado de Roma (por ejemplo, en Italia, la l. 14 de 14 de octubre de 1957, n. 1203) hubieran establecido un sistema de delegaciones, con el que los ejecutivos estaban autorizados a aplicar determinadas disposiciones del mismo Tratado. Sin embargo, se trataba de poderes que tenían poco que compartir con el clásico instrumento de delegación, con el cual, por otro lado, compartían poco más que el nombre²⁴¹. Estas eran, de hecho, delegaciones casi “en blanco”, basadas en principios y criterios rectores bastante vagos, objetos indeterminados y, a menudo, carecían por completo de las limitaciones de tiempo adecuadas (solo piénsese en la gran cantidad de delegaciones destinadas a implementar futuras obligaciones comunitarias). Por otro lado, se reconoce una atención diferente y más calibrada a las instancias de transposición del derecho comunitario a los ordenamientos jurídicos internos – por

aplicación de reglas generales, en G. GUARINO, *La sovranità e le sue mutazioni*, en *Studi in onore di Leopoldo Elia*, 1999. No es casualidad que el elemento dominante en la actualidad sea la circulación de modelos contractuales uniformes. En la mayoría de los casos se trata de contratos atípicos: no son los legisladores nacionales quienes los crean, sino las oficinas legales de las grandes multinacionales, los consultores de las asociaciones internacionales de las distintas categorías empresariales. No tienen ningún propósito: su función es lograr la unidad de la ley dentro de la unidad de los mercados, en F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, 1998. Se trata de un objetivo que implica la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, la libertad de establecimiento, un régimen que garantice la competencia y todo ello para asegurar una mayor actitud expansiva del sistema comunitario, en G. FERRARA, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, en *Annuario AIC*, 1999. Sobre la uniformidad de las condiciones y reglas de cambio como prerrequisito esencial en la construcción del mercado, véanse las famosas páginas de A. SMITH, *La ricchezza delle Nazioni* (1776), Roma, 1997.

²⁴¹ P. CARETTI, *La nuova disciplina della partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e delle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, dettata dalla L. N. 86 del 1989 alla prova: la prima “legge comunitaria” (Legge 29 dicembre 1990, n. 428)*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991. Sobre el tema, también L. PALADIN, *Art. 76*, en L. PALADIN, A. GIARDINA, G. ZAGREBELSKY, A. CASSESE, S. BARTOLE, A. PACE, *La formazione delle leggi*, Tomo I. *Commentario della Costituzione*, ed. I, Roma, 1979.

ejemplo, en el ordenamiento jurídico italiano – a partir de la aprobación de la Ley Fabbri (L. 16 de abril de 1987, n. 183). Es cierto que, incluso a partir de las disposiciones contenidas en dicha ley, el tipo de fuente encargada de dar cumplimiento a las cada vez más urgentes solicitudes de adecuación del derecho interno al derecho comunitario habría vuelto a ser la delegación legislativa, pero también es cierto que su uso será en esos años – bajo en muchos aspectos – conforme al modelo constitucional²⁴². Baste pensar que la delegación en materia comunitaria ya no podía tener efectos *pro futuro*: así, en otras palabras, se censuró una práctica bastante extendida, que en años anteriores había permitido incluso emitir la transposición de las directivas en los tres años siguientes a la entrada en vigor de la ley²⁴³. Pero el verdadero punto de inflexión en este ámbito se producirá sólo dos años después, con la aprobación de la Ley La Pergola (L. 9 de marzo de 1989, n. 86).

Procede un análisis detenido de esta legislación, a los efectos de este estudio, no tanto para analizar el sistema nacional italiano, sino más por el impacto

²⁴² En este sentido A. CELOTTO, *Legge comunitaria*, en *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1995; G. GAJA, *Ancora sulla delega legislativa per attuare direttive comunitarie: "principi e criteri direttivi" validi per tutte le stagioni?*, en *Rivista di diritto internazionale*, 1985; A. CERRI, *Luci ed ombre del disegno di legge sull'adeguamento dell'ordinamento interno agli atti normativi comunitari*, en *Foro italiano*, 1986; S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modelo nella delega legislativa*, Liguori, 1990, para el cual, a partir de la aprobación de la ley Fabbri, comenzará a surgir un modelo de delegación diferente en la implementación de la normativa comunitaria, con lo que el excesivo alcance del ámbito de decisión del Gobierno derivado del carácter genérico de los principios y también de la misma relación de delegación legislativa y la puesta en práctica de las fuentes comunitarias parecerá destinada a producirse de formas más racionales.

²⁴³ En base a lo dispuesto en la ley Fabbri, la delegación solo podía conferirse para las directivas ya emitidas con anterioridad, que debían, a su vez, ser implementadas en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la ley de delegación, de conformidad con los principios y criterios expresamente indicados en la misma. Sobre este tema, véanse G. GAJA, *Ancora sulla delega legislativa per attuare direttive comunitarie: "principi e criteri direttivi" validi per tutte le stagioni?*, en *Rivista di diritto internazionale*, 1985; A. TIZZANO, *Note introduttive alla "legge La Pergola"*, en *Foro italiano*, 1989; C. DE ROSE, *Problematiche sull'adeguamento del diritto pubblico interno alle fonti comunitarie*, en *Il Cons. Stat., parte II*, 1993; E. CANNIZZARO, *Delegazione legislativa e delegificazione nell'attuazione delle direttive comunitarie*, en *Rivista di diritto internazionale*, 1990.

constitucional que ha tenido la ley, desde el punto de vista del uso de la legislación delegada. La nueva normativa, de hecho, instituyó el denominado derecho comunitario, que en breve tiempo se convirtió en el instrumento original destinado a llevar a cabo la adaptación periódica del sistema nacional al derecho comunitario²⁴⁴. Al adoptar de antemano las instancias subyacentes al documento de Lisboa, la ley n. 86 no solo estableció un sistema orgánico y cíclico para adaptar el derecho interno al derecho comunitario, sino que también definió con precisión sus mecanismos de implementación y previó sus herramientas de transposición, hasta establecer con precisión los procedimientos²⁴⁵.

La práctica subversiva de las décadas anteriores parecía así definitivamente superada y también la legislación parecía, a raíz de este hecho, nuevamente colocada en una posición estratégica, una verdadera encrucijada en las relaciones entre los dos sistemas, entre el derecho nacional y el derecho supranacional, entre la fase ascendente y la fase descendente del derecho comunitario. De hecho, en este sentido, se ha destacado con insistencia que, tras la aprobación de la ley La Pergola, el Parlamento finalmente había recuperado su centralidad en el sistema, ya que cualquier actividad regulatoria realizada por el ejecutivo debería haber sido ahora de

²⁴⁴ M. C. PENSOVECCHIO, *La legge comunitaria nel quadro dei rapporti tra legislativo ed esecutivo*, en *Archivio di diritto costituzionale*, Turín, 1993. Sobre el tema, véase también A. TIZZANO, *Verso nuove procedure per l'esecuzione degli obblighi comunitari: "il progetto La Pergola"*, en *Foro italiano*, 1988; G. CONETTI, *Attuazione delle direttive comunitarie mediante rinvio*, en *Foro italiano*, 1988; S. BARTOLE, *Novità e problema applicativi del disegno di legge La Pergola per l'attuazione delle direttive comunitarie*, en *Foro italiano*, 1988, que define la ley comunitaria como una ley sobre la producción del derecho, sobre el gobierno del sistema de fuentes. Sobre la forma receptiva como procedimiento abreviado de reacción de la ley, véanse las famosas páginas de H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milán, 1994.

²⁴⁵ La ley La Pergola identifica cinco procedimientos diferentes para la implementación de la normativa comunitaria, sin indicar, sin embargo, los criterios de opción dentro de ellos, salvo los límites establecidos para la delegación. Por tanto, corresponde al derecho comunitario individual graduar el uso de las diferentes técnicas legislativas de acuerdo con los fines que se persigan en cada momento. Estos son: implementación directa, delegificación, delegación legislativa, implementación administrativa y ejecución por las Regiones en las materias de competencia legislativa respectiva.

alguna manera vinculada a la voluntad parlamentaria y encontrar su fundamento propio en la ley, ya sea que ésta confiera o reconozca expresamente las competencias del ejecutivo, o incluso que intervenga para dirigirlas y circunscribirlas²⁴⁶. Se trata de una solución con el fin último de lograr una mayor democratización, al menos a nivel nacional, de los procesos de integración comunitaria²⁴⁷. Del mismo modo, también se había captado adecuadamente gran parte de las contradicciones paralizantes derivadas de un sistema de transposición de las directivas de la UE centrado en los mecanismos de delegación y, por tanto, en el llamativo e inevitable contraste de las disposiciones y principios rectores, claramente contenidos en las dos fuentes normativas: la comunitaria y la interna. No es casualidad que, dentro de la variada instrumentación de implementación de las normas comunitarias, el uso de la

²⁴⁶ M. C. PENSOVECCHIO, *La legge comunitaria nel quadro dei rapporti tra legislativo ed esecutivo*, en *Archivio di diritto costituzionale*, Turín, 1993. Sobre posiciones similares, *ex multis*, P. CARETTI, *La nuova disciplina della partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e delle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, dettata dalla l. n. 86 del 1990 alla prova: la prima "legge comunitaria" (legge 29 dicembre 1990, n. 428)*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, que confirmando este mismo enfoque, subraya como la ley n. 86 de 1989 marca un salto cualitativo significativo respecto al pasado, ya que el parlamento pudo finalmente haber realizado, tras esta reforma, el papel de un sujeto plenamente implicado en la realización de la delicada tarea de asegurar la conformidad del ordenamiento jurídico interno con aquello comunitario; V. GUIZZI, *L'attuazione della legislazione europea nell'ordinamento italiano*, en E. PATTARO, F. ZANOTTI, *Applicazione e tecnica legislativa*, Giuffrè, Milán, 1998, según el cual el aspecto más importante de la ley n. 86 radica en haber otorgado al parlamento una posición central en los asuntos comunitarios, donde antes estaba absolutamente marginado. Sobre el punto, críticamente, A. CELOTTO, *Legge comunitaria*, en *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1995, que, con razón, pone de relieve cómo, en este caso, la presunta centralidad del parlamento es una centralidad muy peculiar, ya que no se basa – como en los modelos clásicos – en el monopolio de la producción de leyes, sino únicamente en el monopolio – *rectius*, control – de las formas de implementación.

²⁴⁷ Sobre este punto, véase a la reconstrucción en profundidad del debate parlamentario sobre la ley La Pergola en V. SALVATORE, *Nuove norme sull'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto comunitario*, en *Diritto degli scambi internazionali*, 1989; A. TIZZANO, *Note introduttive alla "legge La Pergola"*, en *Foro italiano*, 1989; V. GUIZZI, *La legge La Pergola n. 86/89: una impostazione nuova del circuito decisionale e operativo Italia-Comunità*, en *Rivista di diritto europeo*, 1990.

delegación finalmente pareciera adquirir una connotación marginal y sustancialmente recesiva, limitándose a prever, de manera bastante lacónica, que la transposición de las directivas podría producirse a través del otorgamiento de delegación legislativa. Sin embargo, se trata de una interpretación negada radicalmente por la práctica regulatoria implantada en los años inmediatamente siguientes, encaminada a transformar la delegación legislativa en el instrumento privilegiado para la adecuación del derecho interno al derecho comunitario, que terminó, finalmente, con la completa monopolización de las formas de aplicación del derecho comunitario por parte del instrumento de la delegación legislativa.

Lo que parece particularmente oportuno subrayar es la distorsión sistemática por parte de las delegaciones comunitarias y la dinámica constitucional que la sustenta: desde la previsión de los tiempos de implementación, pasando por la definición de principios y criterios rectores, hasta la determinación del objeto. Por lo que se refiere al objeto, según la práctica seguida hasta ahora por el derecho europeo, las listas de directivas que deben ser aplicadas por delegación legislativa se incluyen generalmente en los anexos. Las consecuencias que se derivan de esta práctica son bastante evidentes: al recurrir a esta solución, el derecho europeo, lejos de introducir una innovación importante en el sentido de una mayor transparencia²⁴⁸, ha renunciado, de hecho, a establecer los principios y criterios específicos, limitándose a indicar única y exclusivamente los denominados macro-criterios de aplicación, como las orientaciones globales por áreas temáticas²⁴⁹. La predeterminación de una

²⁴⁸ En cambio, es lo que afirma V. GUIZZI, *L'attuazione della legislazione europea nell'ordinamento italiano*, en E. PATTARO, F. ZANOTTI, *Applicazione e tecnica legislativa*, Giuffè, Milán, 1998.

²⁴⁹ Esto se debe a que los micro-criterios, en cambio, ya se han definido previamente en otro lugar (el comunitario), siendo, de hecho, parte integrante de las propias directivas. Sobre este tema, véase A. PIZZORUSSO, *Il deficit democratico nazionale*, en *Queste istituzioni*, 1994; M. CARTABIA, *Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sovranazionale*, en *Politica e diritto*, 1994, que subraya adecuadamente cómo el derecho comunitario a menudo corre el riesgo de configurarse como un gran contenedor de delegaciones y aplazamientos de futuros actos de gobierno, en los que la intervención sustancial del parlamento es realmente mínima. Después de todo, como señala el Tribunal Constitucional alemán, las normas nacionales basadas en la legislación comunitaria – concluye la

gama tan amplia de intervenciones de implementación corre el riesgo de pérdida de la actividad de delimitación de las materias²⁵⁰. Un aterrizaje, este, inevitablemente destinado a resultar en la devolución sustantiva de la función legislativa – *ratione materiae* – en manos del ejecutivo, aunque solo por un tiempo limitado²⁵¹. Por lo que concierne al tiempo de ejecución, a lo largo de los años este ha estado sometido a un sistema articulado de exenciones que, de hecho, ha contribuido a que el plazo antes mencionado sea algo elástico y, por ello mismo, difícil de ubicar en el tiempo²⁵². Finalmente, con respecto a la determinación de los principios y criterios rectores, las leyes comunitarias de los últimos años no han hecho más que volver a proponer las numerosas contradicciones y ambigüedades, ya destacadas críticamente por la doctrina, con respecto a la práctica de aplicación de las directivas. Las razones de este malestar regulatorio son bien conocidas. Éstas dependen principalmente del carácter extravagante asumido por las delegaciones comunitarias en los últimos años y, en particular, de su absoluta inadecuación para el propósito²⁵³. Y esto por una razón del

autora – constituyen casi la mitad de toda la producción legislativa nacional y es probable que aumenten.

²⁵⁰ Sobre la noción de objeto y su menor extensión en comparación con la noción de materia, véase A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972, que favorece una interpretación que entienda los objetos no como sinónimo de materias, sino con referencia a tipos únicos de relaciones y en ocasiones a casos. Finalmente, véase G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bolonia, 1998.

²⁵¹ G. TESAURO, *Procedura di adeguamento al diritto comunitario: problemi antichi e nuovi propositi*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992; P. F. LOTITO, *Costituzione ed integrazione comunitaria; i riflessi sulla forma di Stato, sul sistema delle fonti e sulla forma di governo*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995; A. PIZZORUSSO, *L'attuazione degli obblighi comunitari: percorsi, contenuti e aspetti problematici di una riforma nel quadro normativo*, en *Foro italiano*, 1999.

²⁵² N. LUPO, *Tipologia delle deleghe legislative per l'attuazione delle direttive comunitarie e problemi di riordino normativo: verso una (ancora maggiore) "conusione delle lingue"?*, en *Gazzetta giuridica Giuffrè*, 1998.

²⁵³ A. CELOTTO, *Legge comunitaria*, en *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1995; M. R. SAULLE, *Direttiva comunitaria*, en *Enciclopedia del diritto*, II, Milán, 1998.

todo evidente: las directivas comunitarias contienen *ex se* disposiciones de principio, cuya formulación no se presta a ser, a su vez, más concreta en otros principios²⁵⁴ o criterios directivos, especialmente en los casos en que sean las mismas directivas las que vinculan de manera particularmente estricta los parámetros de implementación²⁵⁵. Cuando la legislación comunitaria se implementa en forma de legislación delegada, se produce, de hecho, un controvertido fenómeno de desorganización de la producción jurídica que merece ser recordado con atención en su configuración ternaria original: por un lado, la Unión Europea, que establece el objeto de la directiva y, por tanto, en última instancia, su estructura política; por otro, el ejecutivo nacional, que tiene la igualmente delicada tarea de implementar concretamente la voluntad política de la Unión; en el centro, finalmente, el poder legislativo nacional obligado a definir el objeto, los tiempos, los principios y los criterios rectores en el espacio residual, dejado fuera de la normativa comunitaria. Por otro lado, y en último análisis, no es casualidad que, sobre la base de la práctica

²⁵⁴ Sobre la relevancia de la determinación de principios y sobre la paradoja de traducir principios en otros principios, véase E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, 1971. Sobre el punto, véase también M. CARLI, *Il limite dei principi fondamentali*, Florencia, 1992; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, Milán, 1941; S. BARTOLE, *Principi del diritto (diritto costituzionale)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milán, 1986; F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, en F. MODUGNO, *Esperienze giuridiche del '900*, Milán, 2000.

²⁵⁵ En este sentido, S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1992, que señala como el uso de la delegación, en la fase de recepción del derecho comunitario, se basa en la hipocresía, si se piensa que los principios rectores no están contenidos tanto en la ley delegante como en la directiva que se va a implementar. Y concluye observando que en el corto plazo los legisladores improvisados podrán estar complacidos con las competencias que adquieran, también porque los principios rectores y criterios suelen ser muy vagos, pero en el mediano-largo plazo se arrepentirán del anterior pecado de soberbia, porque descubrirán que no pueden cambiar las reglas, porque fueron adoptadas por actos con fuerza de ley. Sobre las implicaciones temporales vinculadas a la fuerza normativa del decreto legislativo, frente a las del reglamento autorizado, véase L. CARLASSARE, *Regolamento (diritto costituzionale)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milán, 1988; A. CERRI, *Regolamenti*, en *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma 1991.

seguida hasta ahora, la legislación delegada comunitaria haya casi siempre servilmente reproducido principios y criterios de ejecución ya expresamente contenidos en la directiva.

Después de haber analizado y debatido las raíces más ancestrales de la delegación legislativa – el Estado de derecho, la división de poderes, etc. – se ha llegado a sus planteamientos constitucionales – en el sentido más amplio del término – abordando el problema de su clasificación, titularidad, ejercicio y legitimidad, que han alcanzado la forma actual tras la constante transformación que ha experimentado el instrumento durante el siglo XX. Se ha podido observar cómo el instrumento siempre ha vivido y sobrevivido dentro de un sistema trilateral y tripartito, en el que los diferentes sujetos tienen cada uno un poder – o deber – al respecto. En un sistema moderno en el que el *law making* – especialmente, como hemos visto, en términos de legislación delegada – está hoy dominado por las lógicas del mercado, para continuar con la presente investigación será oportuno analizar el instrumento *de quo* dentro de los sistemas legales nacionales, para poder observar cómo y de qué manera los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE han asimilado la delegación dentro de ellos, cómo ha evolucionado el instrumento en virtud de las tradiciones y usos constitucionales nacionales y cómo se le ha dado más uso; posteriormente y finalmente, también a nivel supranacional, abordando así el instrumento de delegación legislativa tal como ha sido modernizado por el Tratado de Lisboa y formado por la jurisprudencia constitucional.

CAPÍTULO II – La delegación legislativa en los Estados miembros: la experiencia italiana y la experiencia española. Líneas de convergencia y ámbitos de discrepancia

“Forse, se esistesse una città di uomini buoni, si farebbe a gara per non governare come adesso per governare, e allora sarebbe evidente che il vero uomo di governo non è fatto per mirare al proprio utile, ma a quello del cittadino.”

(PLATONE, Πολιτεία, 390 – 360 a.C.
tr. it. G. Caccia, *Repubblica*, Newton Compton ed., 2015)

En las experiencias constitucionales modernas, caracterizadas por un pluralismo institucional acentuado y en las que la rigidez de la constitución va acompañada de una garantía efectiva de su respeto, el sistema de fuentes tiende a volverse complejo. En estos ordenamientos jurídicos, las relaciones entre los actos autorizados para producir ley no son únicamente imputables al criterio de la jerarquía, para lo cual las fuentes superiores tienen la capacidad de derogar, además de fuentes del mismo tipo, las inferiores, mientras que estas no pueden abrogar las primeras. Junto a este criterio, de hecho, existe – a veces combinado con él – el principio de las competencias, según el cual se asegura a determinadas fuentes un área más o menos rigurosamente definida, en la que operar, sin que las demás puedan interferir en ella y, por así decirlo residual, el principio de compartición, por el que fuentes de diversa índole, dotadas total o parcialmente de la misma competencia, pueden intervenir libremente en la disciplina de una determinada materia²⁵⁶. En estos complejos sistemas de fuentes, las constituciones modernas – recogiendo las riendas de tradiciones pluricentenarias, que se desarrollaron en el capítulo anterior – derogando

²⁵⁶ A este respecto, véase F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.

el principio de separación de poderes, atribuyen poderes legislativos de rango primario al gobierno, que puede adoptar actos normativos.

Estos actos tienen la misma fuerza que las leyes ordinarias. El poder primario del gobierno, sin embargo, no es autónomo, ni ordinario, ya que la Constitución siempre suele exigir la intervención del poder legislativo como garantía del ejercicio legítimo del poder gubernamental. Sin duda, la delegación legislativa se ha convertido en una de las principales herramientas para implementar la dirección política del Gobierno, prestándose así el instrumento para ser utilizado no solo para regular asuntos técnicamente complejos, sino para abordar temas de alta complejidad política y poner en marcha extensos procesos de reforma²⁵⁷. Si el instrumento de la delegación legislativa es ahora ciertamente un canal privilegiado para las reformas²⁵⁸, la consecuencia natural e inmediata parece ser el cambio del fulcro legislativo del parlamento al gobierno²⁵⁹.

Entre las mencionadas experiencias constitucionales modernas, la italiana y la española cobran especial interés a los efectos de este trabajo de investigación, siendo estas ricas en similitudes, pero también diferencias, con respecto al instrumento de legislación delegada, como se tendrá ocasión de observar detenidamente a continuación.

²⁵⁷ E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2013.

²⁵⁸ S. CECCANTI, *Decreti-legge e decreti legislativi in Italia*, en *Forumcostituzionale.it*, 2014.

²⁵⁹ P. RAMETTA, *La delega legislativa: un Parlamento ghostwriter? Il caso della legge delega n. 42 del 2009*, en *Federalismi.it*, 2015.

II.1 – La delegación legislativa en el ordenamiento italiano

La Constitución italiana utiliza y retoma tradicionalmente la fórmula "actos con fuerza de ley": esta expresión expresa la equivalencia de un acto con la ley²⁶⁰ y es el término que se utiliza para definir los actos derivados de la delegación legislativa.

El instrumento de la delegación legislativa se rige por la Constitución italiana en su artículo 76, que establece que el ejercicio de la función legislativa no puede delegarse al Gobierno, sino con la determinación de principios y criterios rectores y solo por tiempo limitado y con objetos definidos²⁶¹. Añade el primer párrafo del art. 77 que el Gobierno no puede, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos con fuerza de ley ordinaria²⁶². Estas disposiciones, expresadas en forma negativa no por casualidad, si bien confirman la cautela de los constituyentes con respecto a la atribución del poder regulador primario al ejecutivo, devuelven el instrumento de delegación a límites bien definidos. Esto se entiende, de hecho, como una concesión temporal – no de la titularidad – sino del ejercicio de la función legislativa bajo diferentes condiciones: cuatro en concreto. La primera es que el destinatario de la delegación sea el Gobierno en su colegialidad y no, por ejemplo, el presidente o un solo ministro; la segunda es que se realice con predeterminación de principios y criterios rectores y no, por tanto, *ad libitum* del beneficiario; la tercera es que tenga una limitación temporal: por tanto, no puede ser una concesión por un tiempo indefinido; la cuarta, finalmente, es que

²⁶⁰ Como observado por Sorrentino, en el ordenamiento italiano, poseen fuerza de ley, en el sentido recién mencionado, además de los decretos-ley y decretos legislativos – que ya en el sistema anterior se consideraban actos equivalentes a la ley – los decretos legislativos de desarrollo de los estatutos especiales y los decretos presidenciales de amnistía e indulto, dictados sobre la ley que delega las cámaras en virtud del art. 79 del precedente texto, en F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.

²⁶¹ Art. 76 Constitución italiana. *L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.*

²⁶² Art. 77, párr. 1, Constitución italiana. *Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.*

se refiera a objetos definidos: nuevamente, por lo tanto, no puede ser *ad libitum* del destinatario²⁶³.

²⁶³ Según algunos autores, el deber de precisar en la misma ley de delegación el objeto del poder delegado sólo expresaría una prohibición constitucional genérica de delegación de plenos poderes, es decir, sin siquiera una vaga indicación de las materias sobre las cuales poder delegado, en este sentido P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Nápoles, 1969; P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milán, 1971. Sin embargo, según otros, la necesidad de precisar el objeto o los objetos de los poderes legislativos indicaría la necesidad de que en la ley de delegación se determinen en cada momento las relaciones jurídicas o los institutos sobre los que únicamente se puede legítimamente ejercer el poder delegado, en G. ABBAMONTI, *Aspetti della delegazione legislativa*, en *Annali Università Macerata*, Milán, 1959; P. GASPARRI, *Lezioni di diritto costituzionale, parte II*, Padua, 1965; BALLADORE PALLIERI G., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1972.; P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padua, 1962; F. COLONNA, *Sulla delega legislativa per la riforma dei codici*, en *Democrazia e Diritto*, Milán, 1963. La práctica parece orientarse principalmente en el sentido de una determinación bastante rigurosa de los objetos individuales y es importante que tal orientación resulte precisamente del examen de las leyes de delegación con las que se han conferido al Gobierno los poderes más amplios. Por otro lado, cabe señalar que en muchos casos de delegación la indeterminación de los objetos es solo aparente, porque el derecho de la delegación hace una clara referencia a leyes preexistentes o a un sector ya regulado orgánicamente y por tanto permite implícitamente una determinación objetiva de los objetos. Este es particularmente el caso de las delegaciones donde el poder de innovar con respecto a la ley preexistente es más limitado, como, por ejemplo, en las de coordinación o implementación de ciertas leyes. Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que la necesidad de concretar los objetos surge indudablemente de la disposición constitucional y que esta necesidad sólo puede decirse satisfecha cuando la ley de delegación muestre, aunque de manera implícita, pero clara, qué tipos de relación o situación el gobierno podrá regular en virtud de la delegación, no cuando el parlamento sólo haya señalado genéricamente un conjunto de asuntos más o menos vago y fluctuante. Desde este punto de vista es importante señalar que a la expresión "objetos", ya más específica que la otra expresión "materias", sigue – en el texto del art. 76 Const. – el adjetivo "definidos", que expresa la necesidad de una especificación precisa de la disciplina encomendada a la competencia del Gobierno, en A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972; L. PALADIN, *Principi fondamentali. Art. 76*, en G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979.

El instrumento para el ejercicio de la delegación es una ley, adoptada, según lo establecido por el párrafo cuarto del art. 72 de la Constitución italiana²⁶⁴, en la forma ordinaria – con la exclusión por lo tanto del procedimiento descentralizado en comisión – siguiendo el cual y dentro de los límites por ello impuestos, viene a la luz el decreto legislativo adoptado por el Gobierno y emitido – de conformidad con el art. 87, párr. 5 – por el Presidente de la República²⁶⁵; a este instrumento legislativo, se le reconoce el “valor de la ley”. Como afirma el texto constitucional, el objeto de la delegación es, por tanto, el ejercicio de la función legislativa y no su titularidad²⁶⁶. La observación, según la cual no se podría hablar de delegación del ejercicio de la función legislativa, ya que la función delegada sería completamente nueva y diferente a la de delegante, no es resolutive, si se refleja que, en cualquier caso, relativo al traslado de derechos y facultades, los derechos y facultades transferidos, si bien derivan de la voluntad y de los límites del cedente, adquieren una nueva y diferente configuración, una vez recibidos por el destinatario de la transferencia²⁶⁷.

²⁶⁴ Art. 72, párr. 4, Constitución italiana. *La procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale e per quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi.*

²⁶⁵ Art. 87, párr. 5, Constitución italiana. *[Il Presidente della Repubblica] promulga le leggi ed emana i decreti aventi valore di legge e i regolamenti.*

²⁶⁶ La aclaración es importante, como debatido en doctrina, no solo porque permite distinguir esta hipótesis del traspaso – definitivo o, en todo caso, estable – de competencia, sino sobre todo porque aclara que la delegación deja intacta la potestad del delegante, quien no solo puede, en cualquier momento, revocar la delegación, sino que también puede ejercer, aún pendiente del plazo para el ejercicio de la misma parte del delegado, la función legislativa en las mismas materias y para los mismos objetos de la delegación. A este respecto, véanse A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell’istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972; L. PALADIN, *Principi fondamentali. Art. 76*, en G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979.

²⁶⁷ Por supuesto, sobre la función legislativa, cuyo ejercicio se delega en el Gobierno, debe observarse que, si ésta no se reduce a la mera producción de actos dotados de la misma eficacia de la ley, sino que implica la creación de normas, consigue entonces la inadmisibilidad – como subrayado por Crisafulli – de la delegación de la fuerza formal de la ley únicamente, en todos los casos no infrecuentes

En el caso del art. 76 de la Constitución italiana, la delegación del ejercicio de la función legislativa va acompañada de la “fuerza de ley” de los actos dictados en su ejecución; pero, donde no hay delegación – por no haberle atribuido ningún poder normativo sustancial – no puede haber disposiciones administrativas del Gobierno dotadas de fuerza de ley²⁶⁸. Además, las mismas hipótesis de leyes-disposiciones presentes en la Constitución se refieren a casos en los que el Parlamento lleva a cabo también actividades de control en forma legislativa – véanse los artículos 80 y 81 Const. – por tanto, no sujeta a delegación legislativa²⁶⁹.

en los que se delega al Gobierno para dictar decretos legislativos-disposición, en V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Cedam, Padua, 1984; la fuerza formal de la ley – observó Tosato – se refiere a la eficacia del acto, dado que se adopta de forma específica, y no a la competencia del órgano legislativo; de ello se desprende que no puede ser objeto de delegación, aunque la delegación puede (en el régimen constitucional flexible en el que se ubican sus reflexiones) ir acompañada de la atribución al delegado de la facultad de dictar actos con ese efecto especial, en E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padua, 1931.

²⁶⁸ Aparte de otras consideraciones, que se refieren al lado de la tutela judicial frente a tales actos administrativos dotados de fuerza de ley, la circunstancia de que, en lo que respecta al decreto-ley, la Constitución utiliza el término “medidas” (*provvedimenti*) con fuerza de la ley, mientras que, para la delegación legislativa, la referencia a los principios y criterios rectores y a los objetos definidos significa que la tarea del delegado es dictar “leyes” (*norme*) dentro de esos principios y criterios y limitadamente a esos objetos y, ciertamente, no a dictar medidas administrativas concretas en derogación o también en aplicación de la ley, como observado por F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.

²⁶⁹ Mientras que, en un solo caso se puede afirmar que la Constitución ha dejado al legislador el tema de las medidas expropiatorias de las empresas sujetas a nacionalización. Por tanto, sólo en este último caso sería legítima la delegación al Gobierno de las medidas expropiatorias relacionadas. Pero, asumiendo que las expropiaciones a que se refiere el art. 43 Const. solo puede disponerse por ley, esto no significa que esta ley sea el ejercicio de una función legislativa conforme al art. 70 Const., sino de una competencia especial conferida excepcionalmente al Parlamento: de ello se desprende que la delegación en este sector no tendría por objeto la fuerza única de ley, es decir, no serviría para permitir al Gobierno adoptar la forma legislativa de los actos de competencia del ejecutivo, sino concretar una delegación real para el ejercicio de una competencia no legislativa de las Cámaras.

El art. 76 de la Constitución italiana, por tanto, mientras constituye una excepción a la no negociabilidad de la atribución a las Cámaras – por el art. 70 Const. – de la función legislativa, delimita la delegabilidad del ejercicio de esta función, requiriendo, en primer lugar, que el destinatario sea el Gobierno en su colegialidad y, en segundo lugar, que la ley de delegación determine, a través de los principios y criterios rectores, los objetos y objetivos definidos el tiempo limitado, el alcance de la misma. El establecimiento de los principios y criterios rectores, así como la predeterminación de la duración y de los objetos de la delegación, representa no sólo un límite para el poder legislativo delegado, sino también para el delegador, que por lo tanto tiene prohibido operar delegaciones en blanco y a tiempo indeterminado.

De ahí consigue entonces la ilegitimidad de las leyes de delegación que atribuyen al Gobierno la facultad de regular asuntos enteros sin una indicación efectiva de reglas de principio y directrices, o que no establecen la duración de la delegación o la contienen en términos demasiado amplios o irrazonables (como para sugerir una elusión sustancial de la prohibición constitucional) o, incluso, fijan el término final en relación con un evento cuya ocurrencia es incierta en el *an* o en el *quando*. De aquí deriva la prohibición de la delegación o atribución de "plenos poderes" al ejecutivo, costumbre admitida y practicada ampliamente en virtud del Estatuto Albertino²⁷⁰.

En la práctica, sin embargo, el legislador se aparta con mucha frecuencia del modelo riguroso establecido por el constituyente. Esto ocurre en particular para las delegaciones de reforma de sectores enteros, para las denominadas delegaciones de coordinación, destinadas a la conformación de textos únicos y para las delegaciones de implementación de directivas europeas. Por su parte, la Corte, por un lado, recurriendo al concepto de "delegación amplia"²⁷¹, que no requiere una indicación

²⁷⁰ El Estatuto fundamental de la Monarquía de Saboya 4 de marzo 1848 (conocido como Estatuto Albertino, del nombre del rey que lo promulgó, Carlos Alberto de Saboya), fue el estatuto constitucional adoptado por el Reino de Cerdeña, firmado el 4 de marzo de 1848 por Carlos Alberto de Saboya y se autodefine como la "Ley fundamental, perpetua e irrevocable de la Monarquía" Saboyana y vino remplazado en 1948 por la Constitución de la República Italiana, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/964/5.pdf>.

²⁷¹ Véase, a este respecto, la sentencia n. 490/2000 de la Corte Constitucional italiana.

precisa y detallada de los principios y criterios rectores, por otro lado admitiendo, principalmente para las delegaciones de coordinación y para las de implementación de las normas europeas, en las que el legislador delegado debe derivar los principios y criterios rectores de la normativa sujeta a coordinación y ejecución, ha considerado admisibles estos discutidos tipos de delegación en relación con los objetivos específicos a los cuales están predeterminados. Esto no significa que la Corte no haya admitido, en principio, un control de la legitimidad constitucional por insuficiente determinación del objeto o principios y de los criterios rectores, aunque en la práctica no se haya ejercido con gran vigor dicho control²⁷².

El estrecho vínculo, establecido por la disposición constitucional, entre los principios y el objeto de la delegación resulta muy a menudo atenuado, especialmente en aquellos casos (no referidos únicamente a las delegaciones de coordinación) en los que el legislador ha delegado al ejecutivo, encargándole de sacar los principios de la legislación vigentes, o para deducirlos de una ley de reforma posterior en proceso de aprobación, o en la hipótesis, si bien ya mencionada, de competencias para reformar todo un sector, con respecto al cual la Corte consideró no necesaria una determinación detallada de la normas de principio a las que reconducir las elecciones realizadas por el legislador delegado.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la delegación, debe recordarse que, para respetar cuanto establecido en la Constitución, no debe ser excesivamente largo, ni puede ser prorrogado a discreción del ejecutivo y que se considere cumplido – de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte confirmada por el art. 14 de la ley n. 400 de

²⁷² En la práctica, existen, de hecho, delegaciones múltiples y delegaciones que se refieren a objetos de considerable amplitud y complejidad y también delegaciones con indicaciones muy generales de principios y criterios rectores a menudo obtenibles de otros actos regulatorios (convenios colectivos, directivas europeas, legislación sujeta a coordinación), en M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milán, 2011, Véanse también C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milán, 1964; F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, en V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milán, 1901.

1988 – cuando, dentro del plazo fijado, intervenga el decreto presidencial de promulgación, aunque el propio decreto aún no se haya publicado²⁷³.

II.1.1 – Marco general, principios y criterios rectores

Para enmarcar el instrumento bajo análisis y esbozar sus principales características, es útil desarrollar la descripción teórica y práctica que la Corte Constitucional ha ido brindando a lo largo de los años: de hecho, la jurisprudencia constitucional ha ofrecido el marco teórico en el que inscribir la ley de delegación y la relación entre ésta y el decreto legislativo delegado. En este sentido, será útil utilizar algunas de las sentencias más famosas de la Consulta para llevar a cabo la descripción en objeto.

La sentencia n. 3 de 1957 constituye el primer hito jurisprudencial en materia de delegación legislativa, trazando las líneas que deben orientar la interpretación y aplicación del art. 76 de la Constitución. La Corte advierte que la ley de delegación debe ser considerada con referencia al art. 76 de la Constitución – que indica los límites dentro de los cuales se puede conferir al Gobierno el ejercicio de la función legislativa – para conocer si se ha respetado el precepto que legitima el proceso formativo²⁷⁴. Si la ley delegante no contiene, ni siquiera en parte, los requisitos antes

²⁷³ En este sentido, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.

²⁷⁴ La Corte observa como, aunque la ley delegante es de carácter normativo general, pero siempre vinculante para el órgano delegado, actúa como límite para el desarrollo de la futura actividad legislativa del Gobierno. Los límites de los principios rectores y criterios, del plazo en el que se puede dictar la ley delegada, de los objetos definidos, sirven, por un lado, para circunscribir el campo de la delegación para evitar que la delegación se ejerza de manera divergente de los fines que lo determinaron; por otro lado, deben permitir que el poder delegado evalúe las situaciones jurídicas particulares de la legislación anterior, que debe encontrar nueva regulación en la ley delegada. Se trata de un problema muy delicado porque la indicación de los principios y criterios es en su mayor parte para delimitar aún más el alcance de los objetos encomendados a la competencia legislativa del Gobierno, pero, no obstante, los principios a veces parecen poder indicarse también implícitamente, con referencia a los de la legislación actual. Teniendo esto en cuenta, según Cervati, el legislador delegado puede en ocasiones también adoptar disposiciones para las que el legislador delegante no

mencionados, existe un conflicto entre las disposiciones del art. 76 y la ley delegante, que puede ser denunciado a la Corte constitucional²⁷⁵. Esta última afirmación será parcialmente superada con la sentencia n. 224 de 1990, con la que la Corte refuta la tesis partiendo del supuesto de que la ley de delegación debe configurarse como acto previo o preparatorio de la disciplina legislativa concreta impuesta posteriormente por el decreto delegado y, por tanto, debe ser concebida como un acto de regulación exclusiva de las relaciones internas entre el Parlamento y el Gobierno.

Como se ha tenido ocasión de observar anteriormente, sobre la base del art. 76 y 77, primer párrafo, de la Constitución, la delegación al Gobierno de la función legislativa puede realizarse, para fines definidos y por tiempo limitado, a través de una ley ordinaria que contenga los "principios" y "criterios rectores" que el propio Gobierno debe cumplir en ejercicio de la función delegada. Si bien en el sistema anterior a la Constitución, la ley de delegación, coherentemente con la "flexibilidad" de la Carta Constitucional entonces vigente y con el consiguiente orden de las fuentes normativas basado sobre en el derecho ordinario, constituía la fuente del poder legislativo delegado del Gobierno²⁷⁶, en el orden constitucional vigente, sin embargo, en armonía con la "rigidez" de la Constitución y con el consecuente principio de que todo acto legislativo con valor de ley sólo puede tener su fuente en normas de rango constitucional, constituye, más simplemente, el presupuesto que condiciona el

haya formulado expresamente principios y criterios – estando estos últimos, en algunos casos, implícitos en la definición del tipo de delegación otorgada al Gobierno – pero que, sin embargo, afectan directamente a los objetos definidos. Lo que debe quedar entendido es que, en virtud de lo establecido por el art. 76 de la Constitución italiana, la determinación de los objetos definidos está reservada al parlamento y no puede delegarse en otras materias, como la de los principios y criterios rectores. En este sentido, A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972.

²⁷⁵ Se entiende, después de la promulgación de la ley delegada.

²⁷⁶ Razón por la que fue definida por la doctrina como una ley meramente "formal", destinada exclusivamente a regular las relaciones "internas" entre el delegador y el delegado, en A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972.

ejercicio de los poderes delegados del Gobierno y delimita el desempeño de su función, tal como lo reconoce y determina la propia Constitución²⁷⁷. La Constitución italiana se ajusta a estos principios cuando, en su art. 70, establece que la función legislativa es ejercida colectivamente por las dos Cámaras.

Una práctica común en los ordenamientos modernos, tanto nacionales como supranacionales – como se verá a continuación –, y entonces también en el italiano es que en determinadas situaciones o para materias particulares, dados los tiempos técnicos que conlleva el normal desempeño de la función legislativa, o en consideración a la complejidad de la disciplina de algunos sectores, la intervención del legislador puede ser, respectivamente, postergada o implementada a través de la institución de delegación al Gobierno, caracterizada por límites objetivos y temporales y por la prescripción del cumplimiento de los principios y criterios rectores señalados en la ley de delegación²⁷⁸. Es significativo que el art. 77 de la

²⁷⁷ En este sentido, la sentencia de la Corte Constitucional n. 171 de 2007, donde se destaca que es una opinión ampliamente compartida que la estructura de las fuentes normativas es uno de los principales elementos que caracterizan la forma de gobierno en el sistema constitucional. Está relacionado con la protección de los valores y derechos fundamentales. En los Estados que se inspiran en el principio de separación de poderes y en el sometimiento de la jurisdicción y la administración a la ley, la adopción de reglas primarias es responsabilidad del órgano u órganos cuyo poder deriva directamente del pueblo.

²⁷⁸ El punto que ha dado lugar a los mayores contrastes en la doctrina es el de la identificación y examen de la determinación suficiente de los principios y criterios rectores en la ley de delegación. La práctica tampoco ofrece criterios de orientación segura en esta materia: no solo, de hecho, que sería lo de menos, el parlamento en la redacción de las leyes de poder en su mayoría no distingue en absoluto entre principios rectores y criterios, sino que, lo que es más grave, no faltan delegaciones de considerable amplitud en las que la indicación de los principios y criterios rectores no parece suficiente: al respecto es interesante leer los debates parlamentarios en los que en ocasiones se denuncia la vaguedad de los criterios rectores impuestos al Gobierno. También es relevante considerar que en las leyes de delegación los principios no se distinguen formalmente de los criterios y otros límites, ya que no se les puede atribuir una importancia decisiva, sobre todo si se tiene en cuenta que una identificación formal de principios y criterios realizada por el parlamento tendría poco peso para la Corte constitucional que desee revisar el cumplimiento de los requisitos por la ley de delegación. En este sentido, véase A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie

Constitución, en el primer párrafo, establece que el Gobierno no puede, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos con fuerza de ley ordinaria. Teniendo en cuenta el contenido del art. 70 de la Constitución, la disposición antes mencionada podría parecer superflua si no se le atribuyera el propósito de subrayar que las disposiciones de los párrafos siguientes son derogatorias de la atribución esencial al Parlamento de la función de colocar las normas primarias dentro de la competencia del Estado central²⁷⁹.

En lo que se refiere específicamente a las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno, en el marco del ejercicio de la legislación delegada, la sentencia n. 91 de 1974 destacó que, aunque indudablemente con la ley de delegación el Parlamento delibera y expresa una indicación de preferencias, intereses, direcciones, tal ley es

dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972.

²⁷⁹ Además, como aclara nuevamente la sentencia n. 224 de 1990, la ley de delegación, si bien representa una derogación constitucionalmente establecida al principio *ex art. 70 Const.* y aunque está atribuida a la competencia *ex art. 72 Const.*, no contiene, en su calidad de acto-fuente, características distintas que puedan suponer un régimen de recurso distinto al de otras leyes. Desde un punto de vista formal, de hecho, la ley de delegación es producto de un procedimiento legislativo en sí mismo ordinario y completado, por tanto, no está vinculada a los decretos legislativos por una coacción estructural que pudiera inducir a colocarla, respecto de estos últimos, dentro de un mismo caso procesal unitario. Desde el punto de vista del contenido, es un acto normativo real, en el sentido de que es un acto dirigido a establecer, con eficacia *erga omnes*, normas constitutivas (legislativas) del ordenamiento jurídico: normas que tienen su propia estructura y eficacia particular de los principios y criterios rectores, pero que, por ello mismo, no dejan de poseer todos los valores propios de las normas legislativas, como, por ejemplo, el de poder ser utilizados, a efectos interpretativos, por cualquier organismo o sujeto llamado a implementar las leyes. Por tanto, así como no se puede impugnar la idoneidad de las disposiciones contenidas en la ley de delegación para contribuir a la formación, como normas interpuestas, el parámetro de constitucionalidad de los decretos legislativos delegados, así no puede negarse, en principio, la impugnación *ex se* de la ley de delegación. En este sentido, véanse las sentencias de la Corte constitucional n. 243 de 1976, n. 158 de 1985, n. 48 de 1986 y n. 128 de 1986.

solo una fuente de poder gubernamental, tiene un valor preliminar y necesita ser complementada por el acto de ejercicio de la delegación²⁸⁰.

La ley de delegación legislativa, entonces, es sólo una fuente de poder gubernamental, tiene un valor preliminar y, para no ser una ley material de interés para la Región, debe integrarse con el acto de ejercer la delegación. Su verificación de legitimidad es requisito para la verificación relativa a la legitimidad de la ley delegada; es decir, no puede promoverse como un fin en sí mismo, sobre todo porque no se puede descartar que el mandato de la delegación pase inútilmente. En otra ocasión, por otra parte, la Corte, en su sentencia n. 13 de 196, resolvió que la vulneración de un derecho o interés surge de la ley delegada, no de la delegante y juzgó inadmisibile la denuncia principal de esta segunda ley cuando ya habían transcurrido los plazos para la denuncia de la primera. Entonces, los límites de admisibilidad de un recurso de constitucionalidad interpuesto por las Regiones (o provincias autónomas) contra disposiciones de delegación legislativa coinciden con los límites más generales establecidos para garantizar la no abstracción de la sentencia de legitimidad constitucional. De modo que, si el recurso se refiere a una determinada ley ordinaria existente en el ordenamiento jurídico, cuyo sentido está suficientemente determinado y plausible en relación con la perspectiva de un

²⁸⁰ Esta orientación se ajusta a lo expresado en la sentencia n. 111 de 1972 de la Corte constitucional, relativa a la apelación por algunas Regiones de una ley de delegación. En ese caso, los tres recursos interpuestos tenían como objeto una disposición de la ley estatal, que había otorgado al Gobierno una delegación para la reforma tributaria. Más precisamente, tenían como objeto uno de los criterios que el Gobierno debería haber seguido en la implementación de la competencia que se le atribuía: la ley delegada debería, de hecho, haber derogado las leyes autonómicas que daban lugar a una excepción al principio de nominación de acciones. Las Regiones sostenían que sus leyes son actos de ejercicio de una competencia estatutaria que el Estado no puede violar; pero no advierten que sus recursos involucran una norma que actualmente no lesiona esa jurisdicción, porque está dirigida al Gobierno del Estado, no a las Regiones. De hecho, determina el objeto de la actividad delegada y establece un límite, sin innovar directa e inmediatamente el sistema preexistente, es decir, el sistema constituido por las Regiones. Así se podrá discutir de la vigencia de las leyes delegadas, solo después de que el Gobierno haya ejercido la facultad que le ha sido conferida, pero no anteriormente de la vigencia de la ley delegante.

contraste preciso con parámetros constitucionales indicados con precisión, no cabe duda, desde el punto de vista considerado, del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la sentencia²⁸¹.

II.1.1.1 – Los límites de la delegación legislativa

Junto a los indicados en el art. 76 de la Constitución, que representan límites al ejercicio del poder legislativo delegado, la doctrina ha identificado para la delegación legislativa otra serie de límites de carácter general, que se refieren a la delegabilidad de la propia función²⁸².

En general hay que decir que, según lo establecido por el art. 76, el ejercicio de la función legislativa podría delegarse en cualquier materia. Sin embargo, cabe señalar que la Constitución contempla hipótesis en las que la ley del Parlamento asume (incluso o solo) una función de control del ejecutivo, de modo que su sustitución por

²⁸¹ M. BELLOCCI, *La delega legislativa*, en M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI, *La delega legislativa. Quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio presso il Palazzo della Consulta*, Roma, 2008.

²⁸² Aparte de las observaciones críticas sobre la posibilidad de que solo se delegue al Gobierno la fuerza formal de la ley, algunos autores han argumentado que objeto de una ley de delegación no podría ser una ley marco, ya que la determinación de los principios fundamentales de la materia, exigidos por el art. 117 de la Constitución italiana, tendría menos especificidad que la predeterminación de los principios y criterios que debe cumplir el legislador en base al art. 76 Const., en relación con el tema de la delegación; de modo que, una vez que se haya completado este último, no habría lugar para el legislador delegado para ninguna otra determinación de principio. Sin embargo, este enfoque no parece convincente, especialmente cuando se observa que los principios y criterios rectores a los que se refiere el art. 76 Const. tienen una dimensión diferente y más general que los principios fundamentales establecidos en el art. 117 Const.; por estas razones, parece razonable admitir que el Parlamento pueda, como ha sucedido en varias ocasiones, delegar en el Gobierno, aunque sea en parte, la disciplina de un asunto de competencia regional compartida, delegando también la tarea de precisar los principios fundamentales que vinculan a las regiones, naturalmente siempre dotando al propio Gobierno de los principios y criterios para el ejercicio de los poderes delegados; en este sentido véase A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972.

un decreto legislativo acabaría alterando la dialéctica, propia de la concepción constitucional, para la cual es necesario la diferencia entre controlante y controlado, por lo tanto, entre Parlamento y Gobierno.

Por tanto, no es posible delegar la facultad de autorizar la ratificación de tratados internacionales (art. 80 Const.²⁸³), aprobar presupuestos y cuentas definitivas (art. 81 Const.²⁸⁴), convertir decretos-ley y regular las relaciones que surjan sobre la base de decretos-ley no convertidos (artículo 77 Const.²⁸⁵), conferir al Gobierno los poderes necesarios en caso de guerra, o para organizar las investigaciones parlamentarias (art. 82²⁸⁶). En los casos mencionados, por tanto, existe una reserva de ley parlamentaria que no puede ser delegada al ejecutivo por razones sistemáticas, mientras que la intervención de los decretos legislativos y de los decretos-ley generalmente se admite en las materias cubiertas por la ordinaria reserva de ley, salvo que sean leyes reforzadas, que exigen procedimientos parlamentarios y mayorías especiales. Por otra parte, incluso en el caso de leyes reforzadas, las variaciones procesales exigidas por la Constitución podrían intervenir durante la ley

²⁸³ Art. 80 Constitución italiana. *Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali [...].*

²⁸⁴ Art. 81, párr. 4, Constitución italiana. *Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo.*

²⁸⁵ Art. 77, párr. 3, Constitución italiana. *I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti;* nótese que, entonces, en este y en las dos precedentes referencias, la Carta constitucional especifica que son operaciones llevables a cabo solo con ley ordinaria.

²⁸⁶ Art. 82 Constitución italiana. *Ciascuna Camera può disporre inchieste su materie di pubblico interesse. A tale scopo nomina fra i propri componenti una Commissione formata in modo da rispecchiare la proporzione dei vari gruppi. La Commissione d'inchiesta procede alle indagini e agli esami con gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria;* en este caso, a diferencia de los tres precedentes caso, obsérvese que la Constitución no especifica que la operación se realice con la ley ordinaria, sino que establece que solo las Cámaras pueden operar dicho poder.

de delegación o en proceso de formación del decreto legislativo, para permitir la delegación también en estos sectores²⁸⁷.

Sin perjuicio de los límites antes mencionados, es indiscutible en la jurisprudencia constante de la Corte constitucional y en la práctica que la delegación, especialmente cuando se refiere a amplios sectores de la materia, puede ejercerse con una pluralidad de actos – la denominada *delega frazionata*, delegación fraccionada – aunque no esté expresamente previsto en la ley de delegación. A este respecto, otro problema, del que se discutirá más adelante, es si la delegación puede ejercerse repetidamente, dentro del plazo previsto, con referencia a los mismos objetos.

Los mencionados hasta ahora representan los límites constitucionales de la delegación legislativa, cuya violación determina la inconstitucionalidad de las leyes relacionadas y, en vía derivada, de los decretos legislativos. La práctica, sin embargo, está orientada en el sentido de establecer "límites adicionales", que las leyes de delegación establecen hacia el legislador delegado. Generalmente, se trata de la obligación de escuchar, a veces repetidamente, la opinión de las comisiones parlamentarias y de los órganos consultivos, como el Consejo de Estado, sobre el proyecto de decreto legislativo antes de su aprobación final. Es una forma de verificación de la ejecución de la delegación que el Parlamento se reserva en muchos casos, como para compensar o limitar el alcance de las competencias conferidas. Es evidente que de esta forma no es posible remediar o eliminar las deficiencias en la determinación de los principios y lineamientos impuestos por el art. 76 Const., ya que estos deben de ser fijados previamente por la propia ley de delegación que, como se ha mencionado, debe ser aprobada con el procedimiento habitual en la asamblea²⁸⁸. Más bien, debe señalarse que la admisibilidad de límites ulteriores, tanto de

²⁸⁷ En este sentido, véase jurisprudencia conforme de la Corte constitucional, *ex multis*: sentencia n. 347/1994, a la que se refiere la sentencia n. 220/2013.

²⁸⁸ Desde este punto de vista, la tesis, en el pasado planteada en la doctrina por Cicconetti, en S. M. CICONETTI, *I limiti "ulteriori" della delegazione legislativa*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, que devolvió los límites en cuestión a la determinación de los principios y criterios rectores, no parece correcta.

procedimiento como sustantivos, no puede ser impugnada de ninguna manera sobre la base del art. 76 Const.: la disposición constitucional, de hecho, establece los requisitos mínimos de la delegación – aquellos en cuyo defecto la propia ley de delegación es inválida – pero no impide que el Parlamento restrinja aún más los alcances y espacios de delegación de poderes. En otras palabras, la preocupación del mandante era que la delegación no fuera demasiado amplia, no que pudiera ser demasiado limitada²⁸⁹.

Dado que estos son límites más allá de los previstos como obligatorios por el art. 76 Const., no parece que se pueda poner en duda su constitucionalidad – en virtud de lo establecido por el cuarto párrafo del art. 72 Const. – en los pocos casos en los que el dictamen de la comisión parlamentaria se configura como vinculante. De hecho, lo que el art. 72 Const. requiere es que las leyes de delegación, en su contenido esencial resultante del art. 76 Const., sean aprobadas en la asamblea, pero nada dice sobre la posibilidad de que una comisión parlamentaria coopere con el gobierno o condicione su actividad en el ejercicio del poder delegado: esto que concierne, no la formulación de la delegación, sino al ejercicio del poder delegado. Además, la atribución a la comisión parlamentaria de un poder de dictamen vinculante podría plantear dudas de legitimidad bajo un perfil diferente de violación del art. 76 Const., ya que implicaría confiar una parte del poder delegado a la comisión y no al Gobierno. Por tanto, partiendo de la premisa según la cual los límites ulteriores, aunque no previstos por la Constitución italiana, concurren a circunscribir la extensión del poder delegado, la consecuencia lógica es que su vulneración, así como la del resto de los límites previstos directamente por el art. 76 Const., vicia el decreto delegado por conflicto mediado con la norma constitucional. En consecuencia, cuando la opinión de la comisión parlamentaria es exigida como preceptiva por la ley de delegación, su falta de audiencia constituye un exceso de delegación susceptible de determinar la inconstitucionalidad del decreto legislativo. La misma solución debería coherentemente de alcanzarse cuando el Gobierno ignore, sin explicar de ninguna

²⁸⁹ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.

manera las razones, la opinión obligatoria – pero no vinculante – de la comisión²⁹⁰. En efecto, se sabe que la opinión predominante en doctrina y jurisprudencia excluye la obligación de motivar los actos normativos en general y legislativos en particular, en base a su presunto carácter de actos libres en la finalidad. Sin embargo, esta conclusión, al menos cuando la actividad reguladora está predestinada a un determinado propósito, aunque genérico, o está anclada a criterios de razonabilidad, evidentemente, debe ser repensada²⁹¹. Por ello, la actividad legislativa delegada, precisamente en la medida en que se orienta a desarrollar los principios y criterios rectores de la delegación y, cuando sea necesario, a enfrentarse a las comisiones parlamentarias, debe dar cuenta, al menos en el preámbulo del decreto, de las razones de las elecciones realizadas, para permitir en primer lugar al intérprete, en segundo lugar, al delegante y en última instancia al juez de constitucionalidad, la comparación de este decreto con la ley de delegación.

Un perfil teórico delicado y recurrente en el ámbito de los límites de la delegación legislativa se refiere a la cuestión de la instantaneidad del poder conferido. Es decir,

²⁹⁰ La única sentencia de la Corte al respecto sostuvo que el Gobierno podía efectivamente apartarse del dictamen de la comisión sin propugnar razones o justificaciones, solo porque no estaba configurado como vinculante, sin darse cuenta de que la cuestión que se había propuesto en ese momento era la necesidad o no de la motivación del acto legislativo, al menos en los casos no infrecuentes en los que el poder relativo se presenta como funcionalmente limitado. A este respecto, véase la sentencia n. 156/1985 de la Corte Constitucional italiana; C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milán, 1964; N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 2000*, Giappichelli, Turín, 2001.

²⁹¹ En efecto, es gracias a la doctrina más reciente que se ha buscado en el ejercicio del poder político una legitimidad constitucional específica precisamente en la obligación de motivar leyes, que – también a la luz de la jurisprudencia de la Corte – se convierte en un ejercicio de discrecionalidad política, sin que nadie considere que esta expresión sea un oxímoron. En este sentido, véase M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milán, 2011; L. PALADIN, *Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali*, en *Scritti in onore di C. Mortati*, Milán, 1977; M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, en *Relazione al Seminario "La delega legislativa"*, Roma, 2008.

se trata de saber si, dentro del plazo que marca la ley de delegación, el Gobierno puede proceder a más de un acto de ejercicio de la propia potestad, eventualmente modificando o integrando los decretos legislativos que se dicten paulatinamente, o si se debe considerar que la adopción del primer acto "consume" el poder delegado. Ahora bien, más allá de la diferente eventualidad de que el Gobierno proceda a un uso fraccionado de la facultad que le confiere para los distintos objetos de la delegación, en cuanto al problema en consideración, nada puede inferirse del concepto de delegación del ejercicio de la función legislativa ni de la referencia a la disposición constitucional al tiempo limitado. En el primer aspecto, la figura de la delegación – como también ocurre en la práctica administrativa – puede referirse tanto a la realización de un solo acto como a la realización de una determinada actividad que, por tanto, implica que el delegado tenga una facultad permanente de esa actividad; en el segundo aspecto, el hecho de que la Constitución disponga – a diferencia del sistema anterior – la necesidad de un término definitivo para el ejercicio del poder delegado, parece compatible con una y otra solución: de hecho, esto constituye un indicio a favor del carácter permanente – en el plazo definido por el delegador – del poder delegado. En efecto, la doctrina más antigua partía de la premisa según la cual el poder delegado se extingue con su ejercicio, por lo que se considera prohibido al Gobierno integrar, subsanar o en todo caso modificar el decreto legislativo ya emitido, aunque sea dentro del plazo fijado por la ley de delegación²⁹².

²⁹² Como se han observado varios autores, como Patrono y Paladin, esta reconstrucción, tal vez cuestionable en tesis general, está ligada a una tradición doctrinal, nacida y desarrollada bajo el Estatuto Albertino, en la que no estaba prescrito el plazo para el ejercicio de la delegación. De modo que, por un lado, sirvió para distinguir la hipótesis de delegación de la de atribución de competencia regulatoria y, por otro, se basó en la observación de que la atribución al Gobierno de la facultad de dictar un acto con fuerza de ley no conlleva en sí mismo, salvo que se especifique lo contrario en la ley de delegación, la facultad de proceder a modificaciones posteriores del acto emitido. Es decir, dado que la atribución al Gobierno de la facultad de dictar actos con fuerza de ley es excepcional, podría haberse admitido, en el caso de la delegación legislativa, solo para el primer acto de ejercicio de la propia delegación, salvo que la ley en caso contrario, atribuir expresamente a actos posteriores la

En el sistema actual, en el que la fuerza de la ley no es ni puede ser objeto de atribución legislativa, sino que deriva directamente de la disposición constitucional que prevé la delegación, este orden argumentativo evidentemente no se puede seguir. En efecto, si se asume que el concepto de delegación es compatible con la adopción de varios actos, todos dotados – de acuerdo con la disposición constitucional – de fuerza de ley, no debe haber obstáculos para admitir que, en el contexto material y cronológico marcado por delegación, actos posteriores podrán modificar los anteriores. En otras palabras, la delegación para ejercer la función legislativa debe concebirse como una delegación de actividades, más que como una delegación de actos. Sin embargo, hay que decir que, aparte de los casos de delegación para dictar decretos complementarios y correctivos – fenómeno que se analizará detenidamente más adelante – no existen ejemplos significativos de uso reiterado de la delegación, por lo que se puede decir que en la práctica la delegación se concibe, no como una transferencia temporal de poder legislativo, sino como atribución al Gobierno de la facultad de dictar determinados actos legislativos²⁹³.

II.1.1.2 – El procedimiento de formación de los decretos legislativos

El procedimiento que lleva a la promulgación del decreto legislativo se compone de dos segmentos: el de formación de la ley de delegación y el de formación de su propio decreto legislativo.

La formación de la ley de delegación, en primer lugar, constituye la fase inicial y crucial para la definición de las características de la delegación legislativa. Este es precisamente el momento en el que el Parlamento decide caso por caso, dentro de los límites delineados por la Constitución, los espacios – mediante la determinación del objeto y la identificación de los principios y criterios rectores –, los tiempos y las

facultad de derogar a los anteriores. En este sentido, véase M. PATRONO, *Utilizzo rinnovato della delega legislativa*, en *Dir. Soc.*, 1980; L. PALADIN, *Decreto legislativo*, en *Novissimo digesto italiano*, V, Turín, 1957.

²⁹³ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.

formas de diálogo entre ella y sus articulaciones, por un lado, y el Gobierno, por otro, como parte del procedimiento de delegación legislativa²⁹⁴. Tanto la aprobación de la delegación como su ejecución se caracterizan por un intenso diálogo entre Gobierno y Parlamento²⁹⁵, que no parece registrar soluciones de continuidad en el paso de una fase a otra. Sin duda, la aprobación de la ley de delegación determina un cambio en los roles de los dos interesados, dado que en una primera fase es el Parlamento el que tiene derecho a la última palabra, la definitiva, mientras que en la segunda esta tarea recae en el Gobierno. Sin embargo, el diálogo siempre tiene el mismo propósito, que está representado por la disciplina de la materia en cuestión, primero en sus principios y luego en la definición de estos en las normas. Es también evidente el condicionamiento que ejercen los avances y resultados de la primera fase del diálogo sobre las características formales y sustanciales de la segunda²⁹⁶. Desde este

²⁹⁴ Este valor crucial del procedimiento en examen surge con particular claridad aceptando una tesis básica sobre el instrumento de la delegación legislativa según la cual la delegación legislativa está configurada por el art. 76 de la Constitución como procedimiento legislativo: "dual" en A. MANZANELLA, *Il Parlamento*, II ed. Il Mulino, Bologna, 1991, según el cual la dualidad del procedimiento de delegación radica en el encuentro entre dos poderes reguladores: el del Parlamento que se expresa en la ley de delegación y el del Gobierno que se expresa en el decreto legislativo; "complejo" en C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Utet, Turín, 1985; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Turín, 1984; F. MODUGNO, *Atti normativi*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, III, Roma, 1988. Más recientemente, el mismo autor ha revisado parcialmente esta posición, subrayando cómo los procedimientos para la formación de la ley de delegación y el decreto legislativo fueron vistos por el constituyente como mónadas autosuficientes, refractarias a combinarse y fusionarse, pero reconociendo que la práctica ha marcado su interpenetración mutua; "bipolar" en M. CARTABIA, *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1993. Es decir, al que contribuyen tanto el Parlamento como el Gobierno.

²⁹⁵ En vez de "diálogo", el autor Berti prefiere hablar de "coloquio" y de "contradictorio", en G. BERTI, *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, IV ed., Cedam, Padua, 2001.

²⁹⁶ La conexión, no solo jurídica, sino también política, entre las dos fases, se reveló, por ejemplo, en la implementación de la ley de delegación n. 421/1992, que se vio afectada por la fuerte oposición que había surgido entre la mayoría y la oposición en la aprobación parlamentaria (mediante el instrumento

punto de vista, parece posible hablar de un procedimiento de delegación legislativa que se divide en varias fases, en las que el órgano parlamentario o gubernamental domina de vez en cuando: la primera es ciertamente una fase con predominio parlamentario; la segunda²⁹⁷ (así como la posible tercera, en el caso de que también se prevea una delegación "correctiva", que se tendrá ocasión de analizar difusamente más adelante) aparece en cambio como una fase dominada por el gobierno²⁹⁸.

En la fase de formación de la ley de delegación, en primer lugar, se deben determinar los perfiles de contenido de la delegación, mediante la identificación del objeto y de los principios y criterios: precisamente en la definición de objeto, principios y criterios rectores de la delegación, la práctica legislativa ha sido muy fluctuante, habiendo registrado un alto grado de flexibilidad en cuanto al grado de precisión con que se circunscribe el primero y el nivel de detalle con el que se establecen los segundos²⁹⁹.

de la "confianza") de la ley de delegación, en N. LUPO, *Le deleghe Governo Amato in Parlamento*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1994.

²⁹⁷ Al asumir tal terminología, obviamente no se quiere ignorar que, en la formación del decreto legislativo, el Parlamento permanece en una posición dominante en lo que respecta a las condiciones establecidas por la delegación de poderes delegados, en F. MODUGNO, *Analisi delle disposizioni della legge 400/88 relative alla potestà legislativa del Governo. Considerazioni critiche*, en *Scritti in onore di G. Guarino*, III, Cedam, Padua, 1998.

²⁹⁸ N. LUPO, *La formazione parlamentare delle leggi di delega*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 2001*, Turín, Giappichelli, 2002.

²⁹⁹ En cuanto al objeto ha habido delegaciones a objeto muy bien definido, junto con otras a objetos "múltiples" – según lo permitido por el art. 14, párr. 3, de la ley 400/1988 ("pluralidad de objetos distintos sujetos a disciplina separada") – y a otros con objeto "vago" y, por lo tanto, contrastando por definición con el art. 76 de la Constitución. Sin embargo, la Corte Constitucional, en su sentencia n. 408/1998 reconoció expresamente que los objetos de los poderes legislativos han sido identificados en la ley n. 59/1997, a través de "cláusulas generales", advirtiendo que no se puede decir que esto en ningún caso se oponga al art. 76 de la Constitución. Como muestra de ello, se pueden recordar dos hechos, ambos relacionados con la ley n. 59/1997: en un caso el Gobierno tuvo fundamentalmente la posibilidad de elegir qué disposición de delegación, entre las presentes en la citada ley, reconectar un decreto legislativo específico, a este respecto, véase la historia de *Sviluppo Italia*, cuyo establecimiento fue previsto por el Decreto Legislativo n. 1/1999, en G. PITRUZZELLA, *A che serve il Parlamento*, en *Il Sole-24 Ore*, 1998; en otro caso, a través de la promulgación de un decreto legislativo específico, volvió

a una disciplina adoptada en el pasado reciente, en ejecución de una delegación legislativa anterior, sin que el legislador delegante autor de la ley 59/1997 hubiera previsto nada al respecto, incurriendo así en un exceso de delegación declarado por la Corte Constitucional, con su sentencia n. 503 de 2000, sobre la ilegitimidad constitucional de todo el texto del Decreto Legislativo n. 134/1998, sobre la transformación de las organizaciones de ópera en una fundación, en E. ROSSI, *Cacofonie giuridiche per gli enti lirici*, en *Le Regioni*, 2001. En cuanto a los principios y criterios rectores, se puede recordar que la doctrina ha enfrentado desde hace algún tiempo el problema de la interpretación de esta expresión – considerada confuso, polisentido y equívoca por Ferri, quien observa que la tautología de los nombres va acompañada de la ambigüedad del adjetivo, en G. D. FERRI, *Sulla delegazione legislativa (Contributo all'interpretazione dell'art. 76 della Costituzione)*, en *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Giuffrè, Milán, 1952 – dividiéndose en dos orientaciones principales: algunos autores han entendido de hecho la fórmula "principios y criterios rectores" como una hendιάda, encontrando en ellas dos formas distintas de expresar un límite único, en L. PALADIN, *Decreto legislativo*, en *Novissimo digesto italiano*, VI, Turín, 1957; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padua, 1969; E. LIGNOLA, *La delegazione legislativa*, Giuffrè, Milán 1956; otros, por otro lado, han atribuido a los principios, por un lado, y a los criterios rectores, por otro, dos contenidos distintos y no superpuestos. En particular, tendieron a ver los principios como verdaderas formulaciones de normas que establecen la disciplina básica de los objetos definidos, mientras que los objetivos a perseguir o los métodos a tener en cuenta en el desarrollo de los reglamentos delegados constituirían criterios rectores, en A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Turín, 1984; A. CERRI, *Delega legislativa*, en *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988; G. D. FERRI, *Sulla delegazione legislativa*, en *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milán, 1952; S. M. CICONETTI, *I limiti "ulteriori" della delegazione legislativa*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Turín, 1985. En todo caso, aunque tal distinción entre los principios, por un lado, y los criterios rectores, por otro, se pudiese encontrar en el texto constitucional, la práctica legislativa no parecía advertirlo, al menos hasta ahora: la generalidad de las leyes de delegación aprobadas durante el período republicano, de hecho, contiene sólo una lista de directivas, a veces con la denominación de principios y otras de criterios (o de principios y criterios al mismo tiempo), dentro de las cuales es muy difícil, si no imposible, distinguir normas materiales de normas instrumentales: en este sentido Cervati afirmaba que de la dificultad objetiva de distinguir los principios de los criterios directivos *ex post* en las leyes de delegación individuales, podía llegarse a la conclusión que es la misma Constitución la que no pretendía distinguir los tipos de declaraciones. El legislador siente tanto la identificación entre principios rectores y criterios que la expresión

Además de la igualdad casi absoluta entre principios y criterios, en las leyes de delegación a menudo existe una confusión entre el objeto, por un lado, y los principios y criterios, por otro: no es raro que donde deba definirse el objeto, hay indicaciones relativas a los fines de la intervención o límites de carácter general; y que, a la inversa, en las palabras destinadas a albergar los principios y criterios rectores, hay también especificaciones sobre los límites de la intervención reguladora. Sin embargo, desde hace tiempo se ha señalado que el límite mismo de los principios y criterios rectores puede considerarse el aspecto más innovador de la disposición constitucional dedicada a la delegación legislativa³⁰⁰. Su presencia, de

constitucional a menudo se ha convertido en criterios rectores y principios o se ha resumido en "principios rectores". Incluso la Corte Constitucional, en algunos casos, ha adoptado estos términos, en S. STAIANO, V. COCOZZA, *Politiche delle riforme e tensioni nel modello della delegazione legislativa, in I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2001. También con respecto al grado de detalle de los principios y criterios rectores, la práctica a menudo se ha movido independientemente de las indicaciones que la doctrina derivaba del art. 76 de la Constitución: a este respecto Paladin relevaba que la determinación de los principios y criterios rectores implica, en la práctica, una limitación menos severa que la que desearían los intérpretes, en L. PALADIN, *Commento all'art. 76*, en G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979. La incisividad de los principios de delegación ha sido de hecho muy variada, dependiendo de las leyes – y en ocasiones incluso dentro de la misma delegación – según el objeto en cuestión: a delegaciones que contienen verdaderas normas, aptas para ser transfundidas sin ningún cambio en el decreto legislativo, se han acompañado disposiciones de principio o indicaciones de propósitos muy vagas y a veces deliberadamente ambiguas, que han dejado al Gobierno márgenes de elección extremadamente amplios, ciertamente no dentro de los límites de esa sola discreción, que gran parte de la doctrina atribuye al Gobierno en la implementación de las leyes de delegación, en G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Turín, 1984, para el que, en teoría, mediante la determinación de principios y criterios rectores, la actividad del Gobierno debe ser forzada dentro de los límites de la discrecionalidad y, en un sentido similar, M. PATRONO, *Le leggi delegate in Parlamento*, Padua, 1981.

³⁰⁰ En este sentido Paladin, observando que el límite de los principios y criterios debe constituir, al menos en teoría, el límite más calificativo, a los efectos de reconstruir las características actuales de la legislación, en L. PALADIN, *Commento all'art. 76*, en G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979; y Staiano, que también observa lo mismo sobre la posición central, en el diseño

hecho, implica, a nivel conceptual, una transformación de la naturaleza de la ley de delegación y, por tanto, de la misma función del Parlamento en la fase de concesión de la delegación al Gobierno: la ley de delegación ya no es un acto mediante el cual el Parlamento se despoja del poder legislativo en un asunto determinado, sino que pasa a ser en sí misma fuente de la disciplina de las relaciones a las que se refiere³⁰¹. En términos sustantivos, esto significa que, mediante el establecimiento en el parlamento de los principios y criterios rectores, se manifiesta la preeminencia política del Parlamento, configurándose de consecuencia la fase de Gobierno como una extensión del proceso político iniciado y fijado por las Cámaras³⁰². Por tanto, si la Constitución republicana permite que el Parlamento delegue al Gobierno, de manera ordinaria y sin dar lugar a rupturas constitucionales, el ejercicio³⁰³ de la función legislativa, al mismo tiempo requiere la codeterminación del contenido de las decisiones legislativas por parte de ambos los sujetos pertenecientes a la relación de la delegación, uno encargado de establecer los principios y criterios rectores, el otro de implementarlos³⁰⁴.

constitucional, del límite de los principios y criterios rectores, en S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modelo nella delega legislativa*, Liguori, Nápoles, 1990.

³⁰¹ A. A. CERVATI, *Legge di delegazione e legge delegata*, en *Enciclopedia del diritto*, XXII, 2016.

³⁰² G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Turín, 1984.

³⁰³ Sobre el ya mencionado debate doctrinal sobre la cuestión de si la ley de delegación atribuye al Gobierno el ejercicio de una competencia (la función legislativa) cuya titularidad quedaría en el Parlamento o si transfiere temporalmente el poder legislativo al Gobierno, dando lugar a una nueva competencia, véase también M. RODRIQUEZ, *Art. 76*, en *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padua, 1990 y también Paladin, señala que la elección de una u otra reconstrucción no afecta el significado real o aplicación práctica de las normas constitucionales. En ambos perfiles, lo importante es que el Gobierno, aunque sea delegado, nunca tiene las aptitudes para legislar que en ese mismo sector son competencia del Parlamento, en L. PALADIN, *Commento all'art. 76*, en G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bolonia, 1979.

³⁰⁴ S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modelo nella delega legislativa*, Liguori, 1990, quien destaca la conexión con el carácter polivalente de la delegación, en virtud de la cual es elegida instrumento legislativo en relación con múltiples necesidades. El punto se retoma y desarrolla ahora

Además de los perfiles de contenido, la ley de delegación también se encarga de definir los perfiles procesales del procedimiento de formación de los decretos legislativos. El primer perfil procesal a considerar está ciertamente constituido por el "factor tiempo", ya que la ley de delegación está obligada constitucionalmente a identificar un marco temporal limitado para la emisión de los decretos legislativos³⁰⁵. También en este caso, sin embargo, se han verificado formas de "flexibilización" de la prescripción constitucional, es decir, destinadas a prever una extensión automática del plazo, como consecuencia de la ocurrencia de hechos externos (en particular, la emisión de nuevas directivas europeas que modifiquen directivas en curso de aplicación³⁰⁶) o incluso como consecuencia de la actuación del propio Gobierno,

en V. BALDINI, *Il procedimento di delegazione legislativa tra elasticità ed effettività. Riflessioni su una "variabile dipendente" della democrazia parlamentare*, en *I rapporti tra Parlamento e Governo*, Giappichelli, Turín, 2001.

³⁰⁵ Es notorio que en la literatura jurídica ha habido quienes argumentaron que la mera resolución del decreto legislativo por parte del Consejo de Ministros fuese suficiente para concluir el ejercicio de la función delegada, a los efectos del plazo señalado por la ley de delegación, en E. CHIELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione ed esercizio della funzione legislativa delegata entro il termine della delega*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1959; y quien, por el lado contrario, consideró insuficiente la promulgación presidencial por sí sola y solicitó que, dentro del plazo mencionado, también se realizara la publicación del decreto legislativo, en F. COCOZZA, *Funzione e disfunzioni nella pubblicazione di leggi delegate*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983. Sin embargo, desde hace algún tiempo, doctrina y jurisprudencia mayoritaria han adoptado la tesis intermedia, según la cual la emisión del decreto legislativo debe producirse dentro del plazo fijado por la ley de delegación: por la jurisprudencia véanse, *ex multis*, las sentencias de la Corte constitucional n. 39/1959, n. 34/1960, n. 83/1974; por la doctrina véanse, *ex multis*, L. PALADIN, *Commento all'art. 76*, en G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bolonia, 1979 y A. CERRI, *Delega legislativa*, en *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988. Esta solución ha encontrado su confirmación en lo establecido por el art. 14, párr. 2, de la ley n. 400/1988: a este respecto, véase cuanto observado en S. LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica. Organi e poteri. Commento alla legge 23 agosto 1988, n. 400*, II ed. Maggioli, Rimini, 1977.

³⁰⁶ Véanse los artículos 1, párr. 2, de la ley n. 146/1994 (ley comunitaria 1993) y de la ley n. 52/1966 (ley comunitaria 1994) y el art. 1, párr. 1, de la ley n. 128/1998 (ley comunitaria 1995-1997), en virtud de los cuales se prorroga de seis meses la caducidad de la delegación si, como consecuencia de las

consistente en la presentación tardía a las Cámaras de los proyectos de decretos legislativos sometidos a opinión parlamentaria³⁰⁷. Respecto a esta última disposición, las dudas planteadas por una parte de la doctrina³⁰⁸ han sido superadas por la Corte Constitucional, que primero aclaró que ni de la letra, ni de la *ratio* inspiradora del art. 76 de la Constitución se puede extraer algún elemento a partir del cual se puede argumentar la obligación de determinar en formas taxativas la duración del poder delegado³⁰⁹ y, más recientemente, rechazó una denuncia destinada a afirmar que un

directivas notificadas durante el año de la delegación, se modifica la disciplina resultante de las directivas incluidas en la lista, sin introducir nuevas reglas de principio. Sobre el punto, véase N. LUPO, *Tipologia delle deleghe legislative per l'attuazione di direttive comunitarie e problemi del riordino normativo: verso una (ancora maggiore) "confusione delle lingue"?*, en G. GRASSO, *La legge comunitaria 1995-1997: problemi di diritto pubblico comunitario*, en *Gazzetta giuridica*, n. 31, 1998. Tal disposición no aparece en las leyes de la UE más recientes, que solo establecen que el Gobierno, al implementar las directivas de la UE indicadas por la ley, también debe tener en cuenta cualquier cambio en cualquier caso ocurrido hasta el momento del ejercicio de la delegación.

³⁰⁷ Véase el art. 1, párr. 3, de la ley n. 128/1998 (ley comunitaria 1995-1997). Obviamente, disposiciones de este tipo tienen por objeto desalentar el comportamiento incorrecto del Gobierno, que muchas veces transmite el proyecto de decreto legislativo a las Cámaras cerca de la expiración de la delegación (una especie de *record* parece haberse producido con la expresión, a lo largo de un solo día, de dos dictámenes parlamentarios, al que siguió, en el mismo día, la publicación del Presidente de la República – con el decreto legislativo n. 9/2002, sobre las disposiciones complementarias y correctivas del nuevo código de carreteras – terminando así reduciendo el margen de tiempo asignado a las comisiones parlamentarias, ambas por el Parlamento, que pidió repetidamente (y muchas veces consiguió) que el Gobierno esperara la opinión de las Comisiones incluso más allá del plazo asignado, comprimiendo así el tiempo necesario para el Gobierno para tener plenamente cognición del contenido de las opiniones parlamentarias.

³⁰⁸ El autor Ambrosi habla, sobre el tema, de límites temporales "auto-establecidos" por el Gobierno, subrayando la centralidad del límite temporal de la delegación legislativa, en A. AMBROSI, *Deleghe legislative e riforme tributarie: questioni vecchie e nuove sull'art. 76 Cost.*, en *Rivista di diritto tributario*, 2001.

³⁰⁹ Sentencia de la Corte constitucional n. 163/1963, donde la Corte ha afirmado que el requisito constitucional puede por tanto considerarse cumplido válidamente cuando la duración misma se fija en cualquiera de las formas que permitan identificar directa, o incluso indirectamente con la indicación de un hecho futuro pero cierto, el momento inicial y el final del plazo.

decreto legislativo había intervenido con posterioridad al vencimiento de la delegación, con el único fundamento de que, en este caso, el término de la delegación, por efecto del citado mecanismo, había sido prorrogado *ex lege*³¹⁰. Evidentemente, conviene recordar que las formas más ordinarias de "flexibilización" del término de la ley de delegación derivan de la extensión o aplazamiento del *dies ad quem* originalmente identificado.

A lo largo de la génesis de la delegación legislativa, el diálogo entre el Parlamento y el Gobierno, elemento característico del procedimiento³¹¹, comienza ya en la fase del examen parlamentario de la disposición de delegación. De hecho, la mayoría de las disposiciones de delegación tienen una génesis gubernamental: es decir, derivan de proyectos de ley presentados por el Gobierno, o de enmiendas firmadas por el Gobierno. En todo caso, aunque la iniciativa para la formulación de leyes de delegación resulte ser siempre de origen parlamentario – que, como se ha observado, ciertamente no es – todavía hay que considerar que el Gobierno está, en el ordenamiento jurídico italiano, presente y participante en todo el procedimiento legislativo³¹²: participa en las sesiones de las comisiones y de las asambleas, expresa

³¹⁰ Sentencia de la Corte constitucional n. 425/2000, en la cual la Corte manifiesta que el ejercicio de la delegación fue oportuno, teniendo en cuenta la prórroga de noventa días prevista en el mismo art. 1 de la ley n. 128/1998.

³¹¹ El carácter bilateral de la relación de confianza requiere que la racionalización operada por la Constitución, principalmente preocupada por asegurar a las Cámaras que la plenitud de los poderes gubernamentales y la permanencia en cargo del Ejecutivo esté subordinada a su voto, vengan por otro lado compensadas por instrumentos que garanticen la posibilidad de que el Gobierno lleve a cabo eficazmente su función de dirigir la dirección política el País. De hecho, sería fundamental garantizar no solo los poderes parlamentarios, sino también los que la Constitución encomienda al Gobierno y que corren el riesgo de ser anulados en caso de un ejercicio incontrolado (e incontrolable) de los instrumentos de obstrucción parlamentaria, en T. GUARNIER, *Legge di delega e questione di fiducia. Appunti su una convivenza sospetta*, en *Diritto e Società*, 1, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2015.

³¹² Sobre el papel del Gobierno en el proceso legislativo, véanse A. MANZELLA, *Il Governo in parlamento*, en *L'istituzione Governo: analisi e prospettive*, en S. RISTUCCIA, *Comunità*, Milán, 1977; V. DI CILOLO, *Procedimento legislativo*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milán, 2016; F. COCOZZA, *Il Governo nel procedimento legislativo*, Giuffrè, Milán, 1989; G. BERTOLINI, *Governo e deliberazione*

opiniones sobre las modificaciones presentadas, puede oponerse a la aprobación de leyes en la Comisión en procedimientos deliberativos o legislativos, puede plantear la cuestión de la confianza, etc.³¹³

El procedimiento de formación del decreto delegado, en segundo lugar, no presenta particularidades: consiste en una resolución del Consejo de Ministros y el decreto presidencial de promulgación, al que sigue la publicación en el Diario Oficial; sin embargo, como se ha analizado previamente, la ley de delegación puede exigir otras etapas del procedimiento. El art. 14 de la ley n. 400 de 1988 dispone, además, que el decreto legislativo se envíe al Presidente de la República al menos veinte días antes de la expiración del plazo final fijado por la ley de delegación y que sea emitido por éste con la denominación de decreto legislativo y con la indicación – en el preámbulo – de la ley de delegación, de la resolución del Consejo de Ministros y de las demás formalidades del procedimiento que prescriba la ley de delegación.

Mediante esta última norma y otras similares establecidas tanto para reglamentos, como para decretos-ley, el legislador pretendía resolver el problema de identificar la naturaleza del acto en términos concretos, mediante la disposición expresa de su calificación. En cuanto a la cuestión del decreto legislativo, el art. 14 reiteró, siguiendo la constante jurisprudencia constitucional, que es precisamente este cumplimiento por parte del Presidente de la República el que debe intervenir dentro del plazo que establece la ley de delegación. El mismo art. 14 también establece, en el párrafo 4, que, si el plazo para el ejercicio de la delegación supera los dos años, el Gobierno debe solicitar opinión a las Cámaras sobre los proyectos de decreto, agregando que la opinión es emitida por las comisiones permanentes de ambas Cámaras competentes en la materia en el plazo de sesenta días, indicando específicamente cuales disposiciones no se consideran correspondientes a las

parlamentare, en *Rassegna parlamentare*, 1991; M. GENTILE, *Il ruolo del Governo nel quadro organizzativo dei lavori parlamentari. Profili normativi*, en *Il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure, apparati*, n. 7, Cámara de los diputados, Roma, 1998.

³¹³ N. LUPO, *La formazione parlamentare delle leggi di delega*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 2001*, Giappichelli, Turín, 2002.

directivas de la ley de delegación. El Gobierno, en los treinta días siguientes, habiendo examinado el dictamen, retransmite con sus observaciones y con las eventuales modificaciones los textos a las comisiones para el dictamen definitivo, que deberá ser emitido dentro de los treinta días.

Estas prescripciones procesales – establecidas por la citada ley n. 400 de 1988 – no son en sí mismas – diferentemente de los límites superiores examinados anteriormente – capaces de afectar la validez del decreto legislativo, ya que esta ley no tiene valor constitucional, a menos que se crea que deben considerarse tácitamente incluidas en cualquier ley de delegación que no establece lo contrario y, por lo tanto, pueden parecer límites adicionales a la delegación. En consecuencia, la falta de solicitud de estos dictámenes para las delegaciones de más de dos años no implica, a diferencia de lo que se ha dicho de los dictámenes exigidos por la propia ley de delegación, la nulidad del decreto. Cabe reiterar que la conformidad del decreto legislativo con la ley de delegación, siendo prescrita por el art. 76 – e indirectamente del párrafo 1 del art. 77 – es una condición de validez del propio decreto. Esto vale, no solo para el cumplimiento de los límites que el art. 76 establece hacia la ley de delegación, pero también para los demás que, independientemente de la norma constitucional, haya establecido el delegador. De esta conclusión se desprende sin problemas que la ley de delegación constituye la fuente del poder delegado, cuyo alcance está definido por ella – tanto por los límites señalados por el art. 76 Const., como por los posteriores³¹⁴. El hecho de que el decreto legislativo tenga fuerza de ley, no sólo le permite derogar y modificar leyes anteriores, sino también disposiciones de la misma ley de delegación, distintas de las que definen el ámbito de la propia delegación³¹⁵.

³¹⁴ De aquí deriva que la emanación del decreto fuera de este ámbito y en contraste con las prescripciones de la delegación constituye un vicio de exceso de delegación, reprobable por la Corte en base a la conocida jurisprudencia – inaugurada con sentencia n. 3 de 1957 – que se analizará a seguir.

³¹⁵ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.

II.1.1.3 – Los controles sobre la delegación legislativa: juicio de legitimidad y tendencias en la jurisprudencia constitucional

Además de las sentencias de la jurisprudencia constitucional utilizadas anteriormente para enmarcar y describir el instrumento de delegación, también resulta interesante, a los fines de este estudio, analizar el enfoque que ha tenido – y sigue teniendo – el tribunal constitucional italiano a lo largo de los años hacia él, por lo que se refiere a los controles sobre el instrumento *de quo*. De hecho, la Corte constitucional se convierte en el instrumento privilegiado³¹⁶ de control sobre la legitimidad de la

³¹⁶ La afirmación de que la competencia para controlar el cumplimiento de la ley de delegación por el decreto legislativo delegado emitido por el Gobierno en ejecución de la primera corresponde a la Corte constitucional y no – como también se hipotetizó – al juez común, se remonta en la sentencia n. 3 de 1957. Para responder a la pregunta si y dentro de qué límites se permite la revisión de la legitimidad constitucional de la ley delegada, la Consulta se pregunta, con carácter preliminar, si la ley delegada puede ser denunciada ante la misma por vicios de inconstitucionalidad. La solución positiva de la cuestión pasa por una reflexión general sobre la articulación constitucional del poder normativo entre Parlamento y Gobierno y la Corte viene a afirmar claramente que el art. 76, al fijar los límites de la potestad reguladora delegada, contiene una preclusión de la actividad legislativa, y la ley delegada, cuando incurre en un exceso de delegación, constituye el medio por el cual el precepto del art. 76 permanece pirateado. La inconstitucionalidad del exceso de delegación, que resulta en una usurpación del poder legislativo por parte del Gobierno, es una confirmación del principio de que sólo el Parlamento puede hacer leyes. La Corte niega rotundamente que falte el prerequisite para la existencia de la disputa de legitimidad constitucional, que es un contraste directo entre la regla ordinaria y el precepto constitucional, ya que si por regla general surge la relación de constitucionalidad entre un precepto constitucional y un derecho ordinario, no se puede excluir que, en pleno cumplimiento del sistema, también pueda producirse una vulneración de un precepto constitucional, al igual que en las leyes delegadas, si no se observan los límites prescritos en el ejercicio del poder legislativo excepcionalmente atribuido al Gobierno. Incluso en este caso hay un caso de falta de poder regulatorio delegado, que no puede escapar a la revisión de la Corte constitucional. Más precisamente, la Corte *de qua* rechaza la idea de que, considerando la disposición delegada como medida de ejecución de la ley delegante, las exorbitancias deben ser conocidas por el juez ordinario, como los excesos del reglamento ejecutivo: de hecho, no encontrándose la ley delegada en el mismo nivel constitucional que el reglamento ejecutivo, no es posible, por lo que respecta a los defectos del acto que tiene fuerza de ley ordinaria, negar la protección particular más efectiva que brinda la

legislación delegada, a fin de verificar y asegurar su correcto uso y desarrollo procesal por parte de ambos actores protagonistas, llamados a respetar lo dispuesto en la carta constitucional.

Constitución. No cabe duda de que la violación de las normas instrumentales para el proceso formativo de leyes en sus diversas especies (artículos 70, 76, 77 de la Constitución), como las normas sustantivas contenidas en la Constitución, son susceptibles de revisión constitucional ya que entraría en conflicto con el principio organizativo en el que se basa la formación de las leyes, que también son de carácter general y que pueden carecer de elementos esenciales, tanto la protección constitucional prevista para las leyes del poder legislativo, como la posibilidad de una decisión con eficacia *erga omnes*. Resulta además interesante destacar que la competencia de la Corte para revisar la constitucionalidad de los decretos legislativos delegados también se extiende a los decretos delegados antes de la entrada en vigor de la Constitución: en las sentencias n. 37 y 54 de 1957, n. 53 de 1961 y n. 95 de 1968, la Corte, de hecho, ha reconocido que debe realizar una investigación sobre la constitucionalidad de estos decretos en los términos en que esto es posible gracias al sistema constitucional anterior, en el que dos principios fundamentales, generalmente válidos, condicionaron la legitimidad de los decretos delegados: la existencia de una delegación del Parlamento, con un objeto claramente definido, y la observancia, por parte del legislador delegado, de los límites establecidos por la delegación, en M. BELLOCCI, *La delega legislativa*, en M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI, *La delega legislativa. Quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio presso il Palazzo della Consulta*, Roma, 2008.

Las recientes legislaturas XVI³¹⁷ y XVII³¹⁸ solo pueden confirmar la tendencia persistente según la cual un gran porcentaje de la legislación primaria³¹⁹ está representada por – los ya mencionados – actos con fuerza de ley³²⁰. Esta circunstancia hizo que a la Corte no le faltasen oportunidades de juicio sobre cuestiones relativas a actos normativos del Gobierno y, como consecuencia inmediata de ello, que en las sentencias fuese rastreable la búsqueda constante de un punto de equilibrio que vincula el art. 70 y los artículos 76 y 77 de la Constitución, es decir, entre la disposición constitucional que atribuye la función legislativa

³¹⁷ La XVI Legislatura de la República Italiana estuvo en funciones del 29 de abril de 2008 al 14 de marzo de 2013. El 22 de diciembre de 2012 fue disuelta por el Presidente de la República tras la dimisión del gobierno de Monti, allanando el camino para las elecciones generales de 2013. El 29 de abril de 2008 se celebró la reunión de la primera sesión de la Cámara de Diputados y el Senado de la República, conformada tras las elecciones políticas del 13 y 14 de abril de 2008, determinadas por la disolución de las Cámaras que tuvo lugar el 6 de febrero de 2008. Fue la primera legislatura del período de posguerra en el que no hubo representación abiertamente atribuible al comunismo ni en la Cámara ni en el Senado, por no superarse el umbral establecido por la ley electoral Calderoli, en <https://parlamento18.camera.it/13?leg=16>.

³¹⁸ La XVII legislatura de la República Italiana estuvo en funciones desde el 15 de marzo de 2013 hasta el 22 de marzo de 2018. La composición de la Cámara de Diputados y del Senado de la República fue determinada por los resultados de las elecciones generales del 24 y 25 de febrero de 2013, convocadas tras la disolución de las Cámaras llevada a cabo el 22 de diciembre de 2012 a manos del Presidente de la República Giorgio Napolitano. El presidente de la República Sergio Mattarella, elegido por esta legislatura en 2015, disolvió las Cámaras el 28 de diciembre de 2017, iniciando el proceso que condujo a las elecciones políticas italianas de 2013, en <https://parlamento18.camera.it/13?leg=17>.

³¹⁹ Lupo, además, subraya que la función normativa del Gobierno no puede referirse únicamente a los actos normativos sino también a las competencias que el Gobierno ejerce sobre el procedimiento legislativo como, por ejemplo, la facultad de iniciativa, modificación, planificación e intervención en la Comisión y en la Asamblea, en N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo*, en *Il Filangeri – Quaderno 2010*, 2010.

³²⁰ Para un análisis de los factores que configuran la producción de legislación, véanse los *Informes Anuales sobre el Estado de la Legislación*, editados por el Observatorio de Legislación de la Cámara de Diputados y los dosieres del Departamento de Investigación *La producción de legislación en la XVII Legislatura*, disponibles en www.camera.it.

exclusivamente al Parlamento y las formas, aunque excepcionales, de ejercicio del poder legislativo reconocidas al Gobierno.

La línea adoptada por la Corte, sin embargo, no puede decirse que sea unívoca con referencia a los instrumentos legislativos establecidos por los citados artículos de la Constitución y, a saber, el decreto-ley³²¹ y el decreto legislativo: por lo visto, mientras que en el primer caso el juez constitucional censuró más enérgicamente el uso patológico de los decretos-ley y de las leyes de conversión³²², fue, por otro lado, más

³²¹ A los efectos de este estudio, simplemente téngase en cuenta que el decreto-ley – regido por el art. 77 de la Constitución italiana – es una disposición con fuerza de ley adoptada por el Gobierno en casos extraordinarios de necesidad y urgencia, que es emitida por el Presidente de la República y publicada en el Boletín Oficial. Entra en vigor el mismo día o al día siguiente de su publicación. El decreto-ley debe ser convertido en ley por el Parlamento en un plazo de 60 días, de lo contrario pierde efectividad desde el principio. Las Cámaras, sin embargo, pueden regular con una ley las relaciones jurídicas que surjan sobre la base del decreto-ley, en <https://www.altalex.com/guide/decreto-legge>.

³²² A los efectos de este trabajo de investigación, a pesar de la amplia jurisprudencia constitucional en torno al decreto-ley, sólo se citará, a modo de ejemplo, la famosa sentencia n. 360 de 1996, en la que la Consulta dictaminó que deben ser considerados constitucionalmente ilegítimos, por violación del art. 77 de la Constitución, los decretos-ley reiterados, cuando estos decretos, considerados en su conjunto o en disposiciones individuales, hayan reproducido sustancialmente, a falta de nuevos y extraordinarios requisitos de necesidad y urgencia, el contenido normativo de un decreto-ley, que haya perdido efectividad como consecuencia de la no conversión. Esto ya que el decreto-ley reiterado, por el hecho de reproducir el contenido de un decreto-ley inconverso, sin introducir cambios sustanciales, choca con la disposición constitucional: tanto porque altera el carácter provisional del decreto de urgencia, aplazando de facto el plazo insuperable previsto por la Constitución para su conversión en ley; tanto porque quita el carácter extraordinario de los requisitos de necesidad y urgencia, dado que la repetición estabiliza y extiende en el tiempo la referencia a las razones ya expuestas en el primer decreto; tanto porque atenúa la sanción de la pérdida retroactiva de efectividad del decreto inconverso, dado que el reiterado recurso a la reiteración suscita en el ordenamiento jurídico la expectativa de consolidación de los efectos determinados por el decreto urgente mediante la conversión final de la reiterada disciplina; tanto porque la práctica de la reiteración, tanto más extendida y prolongada en el tiempo, afecta el equilibrio institucional, alterando las características de la misma forma de gobierno y la atribución de la función legislativa ordinaria al Parlamento; y, finalmente, porque esta práctica, si bien generalizada y prolongada, también afecta la seguridad jurídica en las relaciones entre los distintos sujetos, por la imposibilidad

indulgente con las leyes de delegación y con los decretos legislativos. De hecho, al menos en los últimos tiempos, se ha producido un cierto avivamiento de la jurisprudencia en materia de decreto-ley que ha erradicado prácticas arraigadas desde hace tiempo³²³; no puede decirse lo mismo de la jurisprudencia relativa a la delegación legislativa en la que el juez de legitimidad fue particularmente esquivo y evasivo³²⁴. El enfoque diferente adoptado por el Tribunal se refleja en la mera comparación de los datos numéricos. Si bien, desde 2011, las decisiones de la Consulta que han tenido por objeto decretos legislativos son muy superiores a las relativas a decretos-ley y leyes de conversión relacionadas, el número de cuestiones

de predecir la duración en el tiempo de las normas reiteradas y el resultado final del proceso de conversión, con consecuencias aún más graves en los casos en que el decreto reiterado afecte el ámbito de los derechos fundamentales, en materia penal o sea, en todo caso, tal que determine efectos irreversibles en caso de falta de conversión definitiva, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1996&numero=360>.

³²³ A este respecto, véanse las sentencias de la Corte constitucional n. 22 de 2012 y n. 32 de 2014. Para la doctrina sobre el tema, véanse F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*; P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della 'omogeneità normativa'*; G. M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*; A. CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge*; A. FRANCO, *La evidente disomogeneità tra decreto-legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale* (a margen de Corte const. n. 32 de 2014); G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 della Costituzione*; D. CHINNI, *La limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte Costituzionale*; G. SERGES, *Per un superamento delle 'decisioni rinneganti' in materia di decretazione d'urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale*; E. FRONTONI, *Sono ancora legittime disposizioni di delega inserite in sede di conversione?*, en el número monográfico de *Federalismi.it – Focus sulle fonti*, n. 1, 2014.

³²⁴ En este sentido, L. DI MAJO, *La costruzione giurisprudenziale della qualità della legislazione*, en M. CAVINO, L. CONTE, *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Seminario anual del Grupo de Pisa en Novara de 15 y 16 de noviembre de 2013, Nápoles, 2014.

fundamentadas es casi el mismo, sin ocultar una doble vía de evaluación³²⁵. Partiendo del supuesto de que ambos actos legislativos primarios del Gobierno constituyen una excepción al monopolio del poder legislativo solemnemente atribuido por el art. 70 de la Constitución – corolario del principio de separación de poderes ampliamente desarrollado en la primera parte de este trabajo, en la que se ha ilustrado la compenetración que suele verificarse entre las tres esferas – al Parlamento, se pueden identificar varias razones prácticas en la base de esta renuencia de la Corte. Según algunos autores, la opción de conferir la delegación estaría en cierto modo exenta de la revisión de la legitimidad constitucional porque la “juridicización” del *an* de la delegación implicaría que la Corte pudiera censurar la posible irracionalidad manifiesta del otorgamiento que, además de postular una prórroga de las áreas de la reserva legal formal, daría lugar a una revisión muy cercana a la del mérito³²⁶. Además, la elección realizada por la Corte se remonta al papel diferente desempeñado por el Parlamento en el caso de un decreto-ley y en el de delegación legislativa: mientras que en el primero, el Parlamento está llamado a verificar *ex post* el respeto de los criterios de extraordinaria necesidad y urgencia necesarios para que la medida provisional adoptada por el Gobierno se convierta en ley, en el segundo, el Parlamento – aunque a menudo precisamente por iniciativa gubernamental³²⁷ – atribuye *ex ante* con ley ordinaria al Gobierno la facultad de intervenir

³²⁵ Desde 2011 hasta octubre de 2015, la Corte se ha pronunciado 34 veces sobre la presunta inconstitucionalidad de decretos-ley o leyes de conversión, resultando en 13 fallos de inconstitucionalidad (aunque no solo por violación del art. 77 de la Constitución. En el caso de los decretos legislativos, sin embargo, hay 57 fallos y de 20 declaraciones de inconstitucionalidad solo 12 se refieren a la violación (incluso indirecta) del art. 76 de la Constitución, en I. DEL VECCHIO, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, en *Federalismi.it*, 2015.

³²⁶ L. IANNUCILLI, *L'evoluzione “politipica” della delega legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, en M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI, *La delega legislativa. Quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio presso il Palazzo della Consulta*, Roma, 2008.

³²⁷ Esta cifra no debe subestimarse ya que la iniciativa gubernamental combinada con la fijación de la cuestión de la confianza para la aprobación de una ley de delegación al Gobierno constituye un forzamiento importante (tolerado por la Corte) del sistema constitucional italiano.

normativamente en un plazo determinado, en un contexto determinado y según unos principios y criterios rectores. Y es precisamente en lo que respecta al control parlamentario – posterior en el caso del decreto-ley y preventivo en el caso del decreto legislativo – que la Corte ha construido una orientación diferente: las leyes que convierten los decretos-ley han sido objeto de un control cada vez más penetrante por parte del juez constitucional en la comparación con el art. 77 de la Constitución³²⁸ mientras que, como se destacará en breve, la intervención de la Consulta para censurar las leyes de delegación adoptadas en violación de los artículos 76 y 77 de la Constitución es casi inexistente. Sigue esta posición doctrinal, que si bien la revisión del decreto-ley y de la ley de conversión se fundamenta en los supuestos establecidos en la Constitución, la Constitución no subordina la delegación de poderes a supuestos explícitos, dejando al legislador la elección de los criterios de validez de los actos legislativos y no limitando previamente el acceso de los actos legislativos del Gobierno a las materias reservadas a la ley³²⁹. Esto se contrarresta, en

³²⁸ Baste recordar aquí las sentencias n. 22 de 2012 y n. 32 de 2014, con las que se declararon “heterogéneas” las disposiciones de la ley de conversión respecto al decreto-ley. Para un análisis más profundo de la jurisprudencia y la información bibliográfica, véanse F. MODUGNO, *Decretazione d’urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*; P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della ‘omogeneità normativa’*; G. M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, en *Federalismi.it – Focus sulle fonti*, n. 1, 2014.

³²⁹ Confróntese con L. IANNUCILLI, *L’evoluzione “politipica” della delega legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, en M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI, *La delega legislativa. Quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio presso il Palazzo della Consulta*, Roma, 2008, en el que el autor subraya que la Constitución no sujeta la concesión de poderes a condiciones explícitas. Más bien, es la jurisprudencia constitucional la que declara que la delegación (como el decreto-ley) está vinculada a determinadas situaciones o materias particulares por los tiempos técnicos que conlleva el normal desempeño de la función legislativa, o en consideración a la complejidad de la disciplina de algunos sectores. Por otro lado, también es cierto que, a pesar de la ausencia de supuestos expresos, existen motivos recurrentes que empujan al Parlamento a recurrir a la delegación legislativa. Sobre este punto, se argumenta, por ejemplo, que la delegación legislativa constituye un instrumento que suelen utilizar las Cámaras cuando el deseo de regular una materia

verdad, por la presencia en el art. 76 Const. de los que han sido considerados como "límites mínimos" con fuerza vinculante tanto con respecto a la ley de delegación como a los decretos legislativos³³⁰. La Corte por primera – en la celebre y mencionada sentencia n. 3 de 1957 – afirma, respecto a la ley del Parlamento, que, si la ley delegante no contiene, ni siquiera en parte, los requisitos antes mencionados, existe un conflicto entre las disposiciones del art. 76 y la norma delegante, que se puede syndicar ante el tribunal constitucional. De esta forma, por tanto, no se justificaría el tratamiento diferente reservado al decreto-ley por un lado y a la delegación legislativa por otro.

Tanto en el caso de la delegación legislativa como en el decreto-ley, de hecho, la Corte no puede incidir en una *political question* encomendada a la libre evaluación de las Cámaras y dejar la tarea de regular sus relaciones al Parlamento y al Gobierno³³¹. Sin embargo, como se ha observado con atención, el juez constitucional ha encontrado mayores dificultades para sancionar al Parlamento que no defiende sus prerrogativas que al Gobierno que las usurpa³³². Por ello se ha argumentado que la jurisprudencia constitucional en materia de delegaciones, más que fundamentarse en argumentos jurídicos de estricta legitimidad, parece más bien el resultado de valoraciones político-institucionales basadas en el afán de preservar el equilibrio existente entre el Gobierno y el Parlamento³³³. Esta posición ha llevado a la

específica con grado legislativo no corresponde a la oportunidad, capacidad o voluntad de las Cámaras de aprobar la relativa ley, en S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Turín, 2007.

³³⁰ A. CELOTTO, E. FRONTONI, *Legge di delega e decreto legislativo*, en *Enciclopedia del diritto*, VI ed., Milán, 2002.

³³¹ Así en E. FRONTONI, *Il decreto legislativo al cospetto della Corte costituzionale*, en M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, *Gli atti normativi del governo tra Costituzione e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa*. Nápoles, 2011.

³³² G. DI COSIMO, *Tutto ha un limite (la Corte e il Governo legislatore)*, en M. SICLARI, *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, Roma, 2008.

³³³ P. ADDIS, E. VIVALDI, *Linee di tendenza nell'utilizzo della delega legislativa tra XIV e XV legislatura*, en E. ROSSI, *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, Padua, 2009.

jurisprudencia constitucional a olvidar que los mencionados límites mínimos contenidos en la ley de delegación son en primer lugar prerequisites para la validez del acto de delegación y sólo de manera subordinada parámetros para la legitimidad del decreto legislativo³³⁴ y que por tanto la falta de estos no debe ser remediable sino

³³⁴ Pasando a los vicios que pueden afligir al decreto legislativo, la tendencia jurisprudencial que se ha afianzado en los últimos años es declarar la ilegitimidad constitucional del decreto delegado aludiendo a la fórmula genérica de "exceso de delegación". El *iter* lógico-argumentativo seguido por la Corte ahora puede considerarse estandarizado. Tiene lugar a través de una comparación entre los resultados de dos procesos hermenéuticos paralelos concernientes, respectivamente, a la norma delegante (con el fin de identificar su contenido exacto, en el marco de los principios y criterios rectores y el contexto en el que se ubican, así como razones y fines de esta) y la disposición delegada (a ser interpretada en el sentido compatible con los principios y criterios rectores de la delegación). El examen del defecto del exceso de delegación se realiza a través de la interpretación de los principios y criterios rectores a la luz de la lógica de la ley de delegación, teniendo en cuenta el contexto normativo en el que se insertan y las finalidades que en conjunto inspiran la delegación y, en particular, los principios rectores y criterios específicos. Como ya hemos tenido la oportunidad de anticipar, los principios marcados por el legislador delegante constituyen no solo la base y el límite de las normas delegadas, sino también herramientas para la interpretación de su alcance. A los efectos de esta digresión, es interesante recordar que la Corte constitucional, en su sentencia n. 173 de 1981, hizo una distinción terminológica entre los casos de "exceso de delegación" y los de "exceso de la delegación" (*eccesso di delega* y *eccesso dalla delega*), señalando que, incluso en el contexto de la figura más amplia de exceso de delegación, presentan un carácter más específico esos vicios de la ley delegada sobre los llamados límites estructurales impuestos con carácter preliminar por el art. 76 de la Constitución y por la ley de delegación: límites referidos precisamente al tiempo fijado para la implementación de la propia delegación y al objeto u objetos definidos sobre los que deberá operar la nueva disciplina. En particular, la superación de los límites de la delegación constituye un defecto, aunque parcial, de la delegación o más bien un "exceso de la delegación", que difiere de la hipótesis de relativa discrepancia de la legislación delegada por los principios y criterios rectores contenidos en la ley de delegación o deducibles *aliunde*. Si bien no pueden descuidarse situaciones de injerencia entre el objeto definido y los principios y criterios rectores, existen casos en los que el exceso de delegación asume, como en el caso examinado en esta sentencia, una importancia autónoma, preliminar y decisiva. En todo caso, se trata de una distinción puramente lexical, es decir, sin consecuencias a nivel del sistema de control del vicio, para cuya valoración se requiere en todo caso la intervención de la Corte constitucional. Entre los casos concretos más recientes e interesantes, a efectos del análisis que aquí se está desarrollando, cabe mencionar el caso del Reglamento UE 679/2016 – el famoso GDPR – sobre la adaptación del

Código de Privacidad a esta innovadora disciplina. Se han realizado muchas reflexiones sobre el decreto legislativo elaborado por el Gobierno a partir de la propuesta recibida por la Comisión encargada de adaptar la legislación italiana a las disposiciones del Reglamento en cuestión, como exige la ley n. 163/2017 (la ley de delegación). Entre los temas más debatidos, se prestó especial atención al potencial exceso de delegación por parte del Gobierno en el ejercicio del poder delegado por el Parlamento. En particular, las principales cuestiones planteadas se referían a una cuestión formal y otra sustantiva: por un lado, se debatió la elección de la derogación de todo el Código de Privacidad; por otro, sobre la eliminación de las sanciones penales, que luego se resolvió con la adición de los casos relativos a la transferencia de cantidades significativas de datos y la adquisición fraudulenta de datos. Resuelta la cuestión relativa a los aspectos sancionadores, la principal cuestión giraba en torno a entender si el Gobierno había actuado dentro de los límites de su delegación al optar por la derogación de todo el decreto legislativo n. 196/2003 (el llamado Código de Privacidad), más que para las disposiciones individuales incompatibles con este último. La derogación total del Código de Privacidad fue una solución criticada por quienes basaron su juicio en una interpretación literal de la delegación, descuidando su razón de ser, a saber, la adaptación de la legislación nacional al Reglamento de Privacidad. Cabe destacar que la cuestión bajo análisis sigue siendo un caso singular en la actualidad en relación con un decreto legislativo que incorpora una medida europea directamente aplicable como un Reglamento de la UE. A diferencia de las directivas europeas, en este caso la transposición intenta satisfacer dos objetivos principales: por un lado, al igual que ocurre en el caso de las Directivas, la transposición tiene como objetivo cubrir esos márgenes de discrecionalidad que le quedan al legislador nacional; por otro lado, tiene como objetivo reorganizar la legislación nacional para evitar incompatibilidades con el Reglamento. Cabe destacar que este último paso no es un paso obligatorio, ya que las disposiciones nacionales, en contraste con el Reglamento, deben considerarse no aplicables, ya que el tribunal nacional está obligado a ignorarlo dada la prevalencia de la legislación de la UE sobre la legislación nacional. Sin embargo, la transposición cumple una función destinada a garantizar la seguridad jurídica al aclarar qué disposiciones quedan derogadas y cuáles deben considerarse compatibles con el marco de referencia europeo. Por tanto, es necesario preguntarse si y en función de qué factores se puede identificar un exceso de delegación por parte del Gobierno en el ejercicio de su poder delegado para adaptar la disciplina italiana al Reglamento de Privacidad. Cabe reiterar que, en el presente caso, el factor que desencadenó el debate sobre el exceso de delegación no deriva del incumplimiento de la legislación de adecuación respecto a un requisito europeo, sino respecto a un aspecto formal, casi literal, contenido en la ley de delegación en la que el Parlamento había delegado al Gobierno para la transposición – entre otras cosas, no obligatoria salvo en algunos aspectos – de una medida directamente aplicable. La doctrina mayoritaria llegó a la conclusión que la lógica de la Ley de Delegación, refiriéndose a los "cambios necesarios" a los efectos

conducir a ilegalidad de la propia ley de delegación³³⁵. La Corte constitucional parece querer evitar de llegar a pronunciamientos de inconstitucionalidad de leyes de delegación en base a defectos formales y parece adoptar una actitud prudencial dictada por el temor – en parte justificado – de desbordar todos los actos que se originan en ellos. El defecto de una ley de delegación, de hecho, produce inevitablemente efectos a catarata sobre uno o más decretos legislativos adoptados en ejecución de la delegación y sobre los decretos complementarios y correctivos y

de la aplicación de la legislación europea, garantizaba al legislador delegado margen de maniobra respecto de la elección formal única. Además, como resulta evidente en el presente caso, no existe una indicación concreta del legislador delegante que restrinja la facultad discrecional del legislador delegado, sino que, por el contrario, existe un amplio espacio de coordinación dentro del cual debe ejercerse la función legislativa delegada. El esquema del decreto no contempla ninguna innovación con respecto a la disciplina pasada prevista por el Código de Privacidad y no parece contrastar con las indicaciones de la ley de delegación. Habría sido diferente si el Gobierno hubiera introducido normas en contraste con el Reglamento de Privacidad o hubiera mantenido disposiciones nacionales incompatibles con este último. Precisamente, la derogación del Código de Privacidad, aunque muchos la interpreten como un grave *vulnus* de valor, no puede constituir un límite a un poder ejercido con fines de adecuación y coordinación y no a la actividad innovadora o aditiva del legislador delegado. Por ello, las denuncias planteadas sobre el exceso de delegación relativas a la derogación del Código de Privacidad no encuentran confirmación concreta en la práctica, ni en la jurisprudencia constitucional, ya que no se ha producido ninguna actividad que haya llevado a un exceso de poder delegado sino solo a una sistematización más eficiente de la normativa vigente, especialmente para satisfacer el interés general del ordenamiento jurídico de contar con una legislación clara para los operadores y contenida en un solo documento, así como respetar el principio de cooperación leal que vincula a Italia como Estado miembro de la UE. Con respecto al *focus* que se acaba de desarrollar, véanse I. DEL VECCHIO, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, en *Federalismi.it*, 2015; M. BELLOCCI, *La delega legislativa*, en M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI, *La delega legislativa. Quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio presso il Palazzo della Consulta*, Roma, 2008; G. DE GREGORIO, *Sull'eccesso di delega del decreto legislativo di adeguamento del Codice Privacy alla disciplina del Regolamento (UE) 679/2016*, en *Medialaws.eu*, 2/2018.

³³⁵ A este respecto Frontoni añade que la falta de los requisitos mínimos de conformidad con el art. 76 de la Constitución no puede remediarse mediante la libre interacción entre la ley delegada y el decreto legislativo, en E. FRONTONI, *Pareri e intere nella formazione del decreto legislativo*, Nápoles, 2012.

la Corte quiso evitar que la producción de efectos tan abrumadores derivase de las solas violaciones del art. 76 Const., atribuibles además al carácter de vulnerabilidad formal. Bajo este perfil diferente es posible encontrar una serie de diferencias con el decreto-ley³³⁶.

Lo que emerge de este análisis es la mencionada ausencia de intervenciones ablativas por parte de la Corte sobre las leyes de delegación: la Consulta ha utilizado con prudencia su sindicato sobre el respeto del art. 76 Const. por la ley delegante, tratando de equilibrar la necesidad de precisar los límites constitucionales del instrumento y la imposibilidad de evaluar el mérito de las elecciones del legislador delegante³³⁷. Esta débil línea de control³³⁸ de la Corte encontró solo una excepción: dicha excepción se encuentra, excluyendo el precedente "anómalo" de la sentencia n. 47 de 1959³³⁹, en la sentencia n. 280 de 2004, donde por primera vez se declaró la ilegitimidad constitucional de disposiciones contenidas en el acto de delegación por violación del artículo 76 Const. De hecho, en la ley de delegación objeto de la sentencia, la Corte constató una evidente incongruencia ya que el objeto de la delegación se resolvía precisamente en esa parte de la legislación (los principios)

³³⁶ Antes de cualquier conversión, el decreto-ley, por su naturaleza, debe tener una función temporal y provisional. Además, la adopción del decreto por parte del Gobierno genera un solo acto legislativo, a saber, la ley de conversión. Por tanto, si la Corte pronuncia la invalidez de un decreto-ley por violación del art. 77 de la Constitución, la ley posiblemente abrumada sería exclusivamente la ley de conversión, en I. DEL VECCHIO, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, en *Federalismi.it*, 2015.

³³⁷ F. BIONDI DAL MONTE, *La giurisprudenza costituzionale sui decreti legislativi della XIV e XV legislatura*, en E. ROSSI, *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, Padua, 2009.

³³⁸ U. DE SIERVO, *Premessa*, en P. CARETTI, A. RUGGERI, *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale: atti del convegno*, Milán 2003.

³³⁹ Con la sentencia n. 47 de 1959 la Corte declaró inconstitucional, por violación del art. 76 Const., la delegación legislativa contenida en una ley de la Región de Sicilia porque carente de principios y criterios rectores.

necesariamente perteneciente al Parlamento³⁴⁰; además, también se consideró que los principios rectores de la delegación violaban la disposición constitucional por ser funcionales para la identificación de otros principios y por tanto inadecuados para orientar la actividad del legislador³⁴¹. No obstante, aunque la jurisprudencia ahora es estable para evitar intervenciones en las leyes de delegación, en los últimos años se han dado casos en los que los jueces remitentes han planteado cuestiones de constitucionalidad también con referencia a las leyes de delegación³⁴².

Por otro lado, no puede dejar de observarse que los elementos esenciales de la delegación se comprenden desde hace algún tiempo de manera cada vez más flexible

³⁴⁰ M. BARBERO, *LA Corte costituzionale interviene sulla legge "La Loggia"*. (nota a Corte Cost. 236/2004, 238/2004, 239/2004 e 280/2004), en *Forumcostituzionale.it*.

³⁴¹ G. DI COSIMO, *Deleghe e argomenti*, en *Le Regioni*, 1, 2005; F. DRAGO, *Luci (poche) ed ombre (molte) della sentenza della Corte costituzionale sulla delega per la ricognizione dei principi fondamentali*, en *federalismi.it*; M. BARBERO, *La Corte costituzionale interviene sulla legge "La Loggia"*, en *Forum di Quaderni costituzionali*; N. MACCABIANI, *I decreti legislativi "meramente ricognitivi" dei principi fondamentali come atti "senza forza di legge"? Breve nota a commento della sentenza n. 280/2004 della Corte costituzionale*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004.

³⁴² En una reciente sentencia, la n. 5 de 2014, la Corte, al llegar a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes delegadas, fue llamada a evaluar, aunque de manera subordinada, la legitimidad constitucional de las leyes de delegación. El juez remitente, de hecho, entre las diversas denuncias, impugnó la ilegitimidad constitucional de los poderes contenidos en el art. 14 de la ley n. 246/2005 por carecer de objetivos definidos y de criterios verdaderamente eficaces para orientar al Gobierno, dejando al ejecutivo en total libertad para identificar las normas a derogar o mantener en vigor. El examen de la denuncia estuvo sujeto al rechazo de la primera. El juez constitucional, declarando la inconstitucionalidad de los decretos legislativos, se refiere solo marginalmente en la parte que motiva la denuncia inherente a la ley de delegación sin realizar valoración alguna al respecto, en G. DI COSIMO, *Riflessi della legge di delega sul giudizio di costituzionalità del decreto legislativo*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 2001*, Turín, 2002. Por otro lado, como señala Carnevale, queda la singularidad de una absorción ordenada a partir del "menos" – la declaración de inconstitucionalidad de una disposición de un decreto legislativo delegado – hacia el "más" – la inconstitucionalidad de la delegación en su conjunto, en P. CARNEVALE, *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 2014. En conclusión, la jurisprudencia constitucional sobre este punto, por tanto, es escasa y, en todo caso, se confirma como bastante prudente.

y distante de las disposiciones constitucionales³⁴³, afectando aún más el carácter de facto incuestionable de las leyes de delegación. Algunos autores hablan, por ejemplo, de una verdadera "evanescencia"³⁴⁴ de la distinción entre el objeto y los principios y criterios rectores – como se tuvo ocasión de anticipar antes –, ya que el legislador delegado ha llenado muchas veces el vacío de uno con la especificación del otro, reduciendo principios y criterios directivos a meras especificaciones del objeto con el *placet* de la Corte constitucional. La Consulta, de hecho, ha desarrollado una jurisprudencia consolidada según la cual el contenido de la delegación no se puede identificar sin tener en cuenta el sistema normativo en el que se inserta, ya que sólo la identificación de su *ratio* permite de verificar, durante el control, si la ley delegada es con ella coherente³⁴⁵. Con esta operación, que además parece confundir dos niveles hermenéuticos – el de la ley de delegación, para ser interpretado de manera sistemática y el del decreto legislativo, para ser entendido de manera conforme a la lógica de la ley de delegación – es la propia Corte la que ha asumido una actitud de indiferencia³⁴⁶ ante la distinción entre la definición del objeto de la delegación y el establecimiento de los principios y criterios rectores relacionados, cuando afirma que el control del cumplimiento de la coherencia de la ley delegada con la ley delegante requiere una comparación entre los resultados de dos procesos hermenéuticos paralelos³⁴⁷: uno, relativo a la disposición que determina el objeto, principios y

³⁴³ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996; G. BRANCA, *Commento all'art. 76*, en *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979.

³⁴⁴ D. NOCILLA, *Sui rapporti tra definizione dell'oggetto della delega legislativa e formulazione dei principi e criteri direttivi*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2014.

³⁴⁵ Por un lado, para la jurisprudencia, véanse las sentencias de la Corte constitucional n. 134 de 2013, n. 272 de 2012, n. 230 de 2010 y n. 98 de 2008; por otro, para la doctrina, véase M. RUOTOLO, S. SPUNTARELLI, *Commento all'art. 76*, en R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, II, Turín, 2006.

³⁴⁶ D. NOCILLA, *Sui rapporti tra definizione dell'oggetto della delega legislativa e formulazione dei principi e criteri direttivi*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2014.

³⁴⁷ A este respecto, véanse las sentencias de la Corte constitucional n. 229 de 2014, n. 230 de 2010, n. 112 y n. 98 de 2008, n. 140 de 2007.

criterios rectores de la delegación; otro, relativo a la disposición delegada, que se interpretará en el sentido compatible con el primero³⁴⁸.

En conclusión, del análisis de la jurisprudencia constitucional llevado a cabo hasta ahora, se desprende que la actual fase de cambio que está afectando al sistema de fuentes del ordenamiento constitucional italiano, por la fuente prevista en el art. 76 y en el art. 77, párr. 1, de la Constitución, destaca por estar en el centro de dos fuerzas opuestas. Por un lado, el uso frecuente de la delegación por parte del Parlamento, caracterizado por la intención de reformar sectores enteros (piénsese, por ejemplo, en el llamado *Jobs Act*³⁴⁹, la reforma de la escuela³⁵⁰, la reforma de la administración pública³⁵¹), reconfirma la importancia del acto con fuerza de ley utilizado como instrumento privilegiado para regular las reformas en las áreas técnicas. Y, precisamente, la proliferación de tales “súper-delegaciones” podría despertar en la Corte el deseo de poner límites al tema de la delegación legislativa, como sucedió a mediados de los 90 por el decreto-ley, como se ha desarrollado anteriormente. Por otro lado, la práctica legislativa caracterizada por un uso privilegiado de la delegación contribuye a normalizar un instrumento que el constituyente había imaginado como excepcional, frente a la ley ordinaria.

En definitiva, dado que la disposición constitucional parece destinada a seguir siendo la misma – a pesar de algún esfuerzo llevado a cabo en tiempos recientes –, sólo cabe

³⁴⁸ En algunos casos es la propia Corte la que ha contribuido a la superposición entre la identificación del objeto y el establecimiento de principios y criterios rectores. Un claro ejemplo es la sentencia n. 280 de 2004 – único caso de inconstitucionalidad de una ley de delegación – en el que los perfiles inherentes a la indeterminación del objeto de la delegación se confunden con los relacionados con la falta de definición de principios y criterios directivos adecuados. De especial interés resulta también la sentencia n. 250 de 1991, en la parte en la que establece que la ley de delegación bien puede, con la enunciación expresa de un determinado principio rector, extender la delegación a una nueva normativa que de otra manera no estaría incluida en la definición de límite de objeto, en N. LUPO, *La formazione parlamentare delle leggi di delega*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 2001*, Giappichelli, Turín, 2002.

³⁴⁹ Ley n. 183 de 2014.

³⁵⁰ Ley n. 107 de 2015.

³⁵¹ Ley n. 124 de 2015.

reiterar el papel crucial³⁵² de la Corte constitucional que, a la luz de las tensiones mencionadas, tal vez debería abandonar la actitud asumida hasta ahora y recuperar su cargo, a saber, velar por un uso correcto de las fuentes del derecho³⁵³.

II.1.2 – La transformación de la delegación legislativa en Italia

En esta sección del capítulo, se tratará de describir las transformaciones que ha experimentado el instrumento de delegación legislativa – y, por tanto, de la legislación delegada – en Italia, a lo largo de los años y legislaturas. Este instrumento, de hecho, ha ido cambiando su razón de ser: fue creado por el constituyente con un propósito, pero su uso se ha ido adaptando paulatinamente a los contextos económicos, políticos y sociales con los que el País tuvo que interactuar en su evolución republicana: con la modificación y la evolución de las exigencias legislativos del sistema político-jurídico, obviamente evolucionaba también la delegación legislativa, que fue asumiendo otros y diferentes roles.

³⁵² Que se trata de una cuestión crucial lo confirma la propia Corte Constitucional cuando afirma que la estructura de las fuentes normativas es uno de los principales elementos que caracterizan la forma de gobierno en el sistema constitucional: está de hecho relacionado con la protección de los valores y derechos fundamentales. En los Estados que se inspiran en el principio de separación de poderes y en la sujeción de la jurisdicción y de la administración a la ley, la adopción de normas primarias es responsabilidad de los órganos u organismo cuyo poder deriva directamente del pueblo: la Constitución italiana se ajusta a estos principios cuando, en su art. 70, establece que la función legislativa es ejercida colectivamente por las dos Cámaras. A este respecto, véase la sentencia n. 171 de 2007 de la Corte constitucional.

³⁵³ I. DEL VECCHIO, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, en *Federalismi.it*, 2015.

II.1.2.1 – Evolución y líneas de tendencia en el uso de la delegación legislativa durante las legislaturas

Con el paso de los años, de legislatura en legislatura, se ha determinado de manera muy clarividente lo que los mismos protagonistas del escenario legislativo han definido un proceso de "rarefacción de la actividad legislativa clásica"³⁵⁴. Los actos legislativos primarios y secundarios del Gobierno – de manera confusa y desordenada – han terminado por convertirse en la instrumentación ordinaria para la realización de la dirección política, no solo en materia económica, sino también en otros sectores relevantes como el medio ambiente, la educación, la seguridad, obligaciones comunitarias, misiones militares, etc. Las leyes que no pertenecen a la iniciativa vinculante del gobierno han disminuido y afectan temas principalmente relacionados con los derechos y la implementación de la Constitución³⁵⁵.

Desde finales de los años '80 del siglo pasado³⁵⁶, la delegación legislativa ha experimentado una profunda transformación, que la ha llevado a convertirse en la

³⁵⁴ Hecha de un proyecto de ley de origen parlamentario o un proyecto de ley de origen gubernamental, discusión, aprobación con las enmiendas de las dos cámaras del Parlamento, L. DUILIO, *Introduzione. Istituzioni e politica della legislazione nell'età del cambiamento*, en L. DUILIO, *Politica della legislazione oltre la crisi*, Il Mulino, Bolonia, 2013.

³⁵⁵ E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, en L. CARLASSARE, U. DE SIERVO, V. ONIDA, *Diritto e prassi costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2017.

³⁵⁶ La delegación legislativa fue un fenómeno circunscrito a unos pocos sectores hasta la X legislatura: la escasa estabilidad de los gobiernos, su legitimidad especialmente a través de la vía partido-parlamentaria y el proceso de integración europea que aún no había entrado plenamente, representan un contexto poco favorable al uso de la delegación y el decreto legislativo, en E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, en L. CARLASSARE, U. DE SIERVO, V. ONIDA, *Diritto e prassi costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2017.

principal herramienta³⁵⁷ con la que el Gobierno implementa su programa³⁵⁸ y por tanto a asumir un rol de primer plano en el sistema de fuentes del derecho. Este es un aspecto relacionado con un fenómeno más amplio, que es el de la progresiva centralidad asumida por el Ejecutivo en el sistema constitucional italiano³⁵⁹ y que convencionalmente se remonta al denominado “giro mayoritario”, que tuvo como resultado un cambio en las relaciones entre Parlamento y Gobierno, en detrimento del primero y en beneficio del segundo³⁶⁰. Esto ha llevado sobre todo a la pérdida de

³⁵⁷ En doctrina varios autores han utilizado el término "explosión", como por ejemplo A. A. DEMMIG, *I problemi attuali del sindacato della Corte costituzionale sulla delega legislativa*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009; G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009; R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009.

³⁵⁸ M. CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di Governo e vizi di costituzionalità?*, en V. COCOZZA, S. STAIANO, *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Turín, 2001. En análogo sentido, P. MILAZZO, *Turn-over della maggioranza parlamentare e processi di delega in alcune recenti esperienze*, en www.osservatoriosullefonti.it, 2008, según el cual la implementación de la dirección política, en las legislaturas más recientes, ha quedado en gran parte encomendada a procesos de delegación legislativa, a veces de gran amplitud de contenido. Para el dato de la XIII legislatura, véase N. LUPO, *La formazione parlamentare delle leggi di delega*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 2001*, Turín, Giappichelli, 2002, según el cual, de 58 leyes de delegación aprobadas, 41 fueron de iniciativa gubernamental.

³⁵⁹ Véase F. BIONDI DAL MONTE, *La giurisprudenza costituzionale sui decreti legislativi della XIV e XV legislatura*, en E. ROSSI, *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, Padua, 2009, según el cual, en el proceso de evolución de la forma de gobierno hacia una estructura de democracia mayoritaria, el Parlamento tiende a asumir gradualmente la apariencia de un parlamento no de decisión, sino de ratificación de iniciativas gubernamentales.

³⁶⁰ Como recuerda R. ARENA, *Il rapporto Parlamento-Governo alla luce delle dinamiche della normazione: la giurisprudenza costituzionale sulla delegazione legislativa*, en A. RUGGERI, *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, 2006, otra causa de la centralidad del gobierno estaría representada por el proceso de integración europea, que determinó

importancia de la ley ordinaria³⁶¹, que ahora parece confinada a hipótesis limitadas, en su mayoría atribuibles a casos en los que la Constitución exige el recurso a esta. En otras palabras, el Parlamento se ha transformado ahora en un lugar de pura y simple ejecución de decisiones tomadas incluso fuera de las sedes institucionales formales, avaladas por el Gobierno e impuestas a la traducción en ley por su mayoría y, por tanto, el órgano de representación popular³⁶² ahora aparece descalificado³⁶³ y su mayor mérito parece ser el de receptor pasivo de estímulos *ab extra*³⁶⁴.

La consecuencia inevitable de estas tendencias ha sido el ascenso del decreto-ley y, según la opinión casi³⁶⁵ unánime en doctrina, a partir de la XIII legislatura también de

el fortalecimiento integral de la posición de los ejecutivos, que deriva de ser referentes privilegiados de los órganos comunitarios.

³⁶¹ Véase M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di governo*, en *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, que cree que en el transcurso del siglo XX asistimos a una progresiva expansión de las actividades y poderes gubernamentales, especialmente en cuanto a la función normativa. Como recuerda U. DE SIERVO, *Ma chi fa i decreti legislativi ?*, en V. COCOZZA, S. STAIANO, *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Turín, 2001, en 1999 se aprobó una serie de decretos legislativos que superan las leyes formales del Parlamento (excluyendo la categoría de leyes de mera conversión o aprobación).

³⁶² De ello se desprende que la progresiva expansión de la actividad legislativa del Ejecutivo, además de someter la forma de gobierno inscrita en la Constitución a una agotadora "prueba de resistencia", ha contribuido en los últimos años a erosionar la propia base democrática. de producción legislativa, a partir de la cual la atribución de las principales funciones normativas sólo puede asignarse principalmente a órganos con un alto grado de representatividad, en C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Cedam, Padua, 2001.

³⁶³ G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009. A reconocer que hay una erosión progresiva de la función legislativa del Parlamento también es G. M. FLICK, *Intervento*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009.

³⁶⁴ M. POLESE, *La delega legislativa nella crisi economica e le trasformazioni della forma di governo*, en *Rivista del Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, 2017.

³⁶⁵ Para R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009, la ampliación de la delegación legislativa habría comenzado a partir de la XI legislatura, mientras que a partir de 1996 se habría producido una profunda transformación del instituto; para R. ARENA, *Il*

la legislación delegada: desde 1996, de hecho, asistimos a un progresivo endurecimiento de la jurisprudencia sobre la decretación de urgencia y esto habría determinado, después de la sentencia n. 360 del mismo año – que se ha mencionado y analizado anteriormente –, una especie de proporcionalidad inversa entre el decreto-ley y la delegación legislativa³⁶⁶. No obstante, sería impropio creer que entre los dos actos de gobierno hubo una completa alternancia³⁶⁷, ya que, al examinar la

rapporto Parlamento-Governo alla luce delle dinamiche della normazione: la giurisprudenza costituzionale sulla delegazione legislativa, en A. RUGGERI, *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, 2006, el fenómeno de la delegación legislativa, de dimensiones ya apreciables a fines de los años ochenta, se intensificó durante la XI Legislatura; para M. CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di Governo e vizi di costituzionalità?*, en V. COCOZZA, S. STAIANO, *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Turín, 2001, la época de floración de la delegación legislativa está marcada por el Gobierno Amato y las delegaciones solicitadas por éste. Sobre estas últimas, véase N. LUPO, *Le deleghe del Governo Amato in Parlamento*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1994.

³⁶⁶ A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milán, 2003. En el mismo sentido, P. ADDIS, E. VIVALDI, *Linee di tendenza nell'utilizzo della delega legislativa tra XIV e XV legislatura*, en E. ROSSI, *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, Padua, 2009, según los cuales, entre los motivos del recurso a la delegación, se encuentra la jurisprudencia de la Corte constitucional que, a mediados de la década del 90, trató de poner freno a las distorsiones que sufría otra fuente legislativa de primer grado, el decreto ley. A. CELOTTO, E. FRONTONI, *Legge di delega e decreto legislativo*, en *Enciclopedia del diritto*, VI ed., Milán, 2002, por los que la producción de decretos legislativos se ha vuelto masiva, especialmente después de que se han reducido los abusos del decreto-ley.

³⁶⁷ En este sentido, F. MODUGNO, *La delega legislativa nell'esperienza delle due ultime legislature*, in www.federalismi.it, 19 ottobre 2015, según el cual entre la delegación legislativa y el decreto-ley hubo «un proceso de apoyo y no de sustitución. Para N. LUPO, *La nuova disciplina del parere su atti normativi del Governo nel regolamento della Camera e le sue possibili conseguenze sul sindacato giurisdizionale*, en V. COCOZZA, S. STAIANO, *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Turín, 2001, sería necesaria una cierta cautela al relacionar la ralentización impuesta en el uso del decreto de emergencia y la mayor frecuencia, en las leyes aprobadas por las Cámaras, de las leyes de delegación.

práctica más reciente surgida en referencia a algunas importantes medidas normativas adoptadas también con el propósito de enfrentar la crisis económica³⁶⁸, en la actualidad asistimos a un reparto de tareas entre el decreto-ley y la delegación legislativa, que se caracteriza por la potenciación, en beneficio del Gobierno, de los elementos que caracterizan a cada uno de estos dos actos con fuerza de ley.

Más concretamente, la elección de la legislación delegada como herramienta de legislación por excelencia³⁶⁹ tiene múltiples razones. En primer lugar, es una herramienta cuyas características constitucionales se ajustan bien a las necesidades del Ejecutivo, como subrayado desde hace algún tiempo por esa parte de la doctrina que ha resaltado su flexibilidad³⁷⁰ y como también resulta del uso que de la delegación se ha hecho: su uso, de hecho, va desde los códigos hasta los textos consolidados, desde las regulaciones del sector hasta las reformas de sistema, hasta la implementación de las directivas de la Unión Europea. Por ello, otra parte de la doctrina ha sostenido que la elección de recurrir a una delegación legislativa no depende de la complejidad técnica del asunto, sino de las ventajas político-institucionales ligadas esencialmente al procedimiento de formación de los decretos

³⁶⁸ Sobre la influencia que ha tenido la crisis económica sobre el derecho constitucional y sobre el papel que este último puede jugar, véanse F. ANGELINI, M. BENVENUTI, *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Nápoles, 2012; AA.VV., *Spazio costituzionale e crisi economica. Atti del XXVIII Convegno annuale. Padova, 17-19 ottobre 2013*, Nápoles, 2015.

³⁶⁹ Invirtiendo la tesis de V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Cedam, Padua, 1984, según el cual las leyes son fuentes de derecho por excelencia.

³⁷⁰ S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Nápoles, 1990. Para F. POLITI, *Delega legislativa. Postilla di aggiornamento*, in *Enciclopedia giuridica*, 2006, incluso si se quiere creer que el modelo constitucional de delegación se caracteriza por una alta elasticidad, hay que añadir que el otorgamiento de poderes legislativos cada vez mayores al gobierno no puede dejar de ser contrarrestado por un fortalecimiento del papel de dirección y control del Parlamento, ambos ausentes en el desarrollo actual de la forma de gobierno.

legislativos³⁷¹. Al mismo tiempo, entonces, el abuso en el uso de la legislación delegada es capaz de determinar el potencial distorsionador del modelo teórico de atribución de la función legislativa que resulta particularmente disruptivo, tanto por la estabilidad tendencial de los actos de gobierno así adoptados, ya que la utilización de este instituto suele estar vinculada a temas muy amplios e importantes³⁷².

Partiendo de esta premisa, a los efectos de este trabajo resulta oportuno un análisis de las tendencias recientes en cuanto a las características de delegación previstas constitucionalmente³⁷³: estos perfiles están estrictamente conectados, ya que

³⁷¹ N. LUPO, *Intervento*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009. Para P. ADDIS, E. VIVALDI, *Linee di tendenza nell'utilizzo della delega legislativa tra XIV e XV legislatura*, en E. ROSSI, *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, Padua, 2009 la ley de delegación se presenta como un instrumento especialmente adecuado, ya que permite vincular las posibles cuestiones problemáticas al debate parlamentario, evitando así los posibles obstáculos presentes en una discusión en profundidad de las medidas en el seno de la asamblea.

³⁷² T. GUARNIER, *Legge di delega e questione di fiducia. Appunti su una convivenza sospetta*, en *Diritto e Società*, 1, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2015.

³⁷³ En este contexto, también es interesante señalar que, a pesar de la centralidad que ha asumido la delegación legislativa en los últimos años, en la reforma constitucional Renzi-Boschi (cuyo texto fue publicado en el Boletín Oficial, Serie General del 15 de abril de 2016, n. 88), posteriormente rechazada por referéndum de 4 de diciembre de 2016, no se preveía alguna modificación del art. 76 de la Constitución, a diferencia del art. 77 que, en cambio, incorporaba muchas de las indicaciones de la Corte constitucional. Sobre esta reforma doctrinal, véanse, sin pretensión de exhaustividad, U. ALLEGRETTI, *Un giudizio positivo e notevoli riserve. Appunti critici sulla riforma costituzionale*, en *www.rivistaaic.it*, 2, 2016; G. BRUNELLI, *La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016; E. CASTORINA, *Gli istituti di democrazia diretta nella legge di riforma costituzionale Renzi-Boschi: cosa cambia sul versante della "democrazia partecipativa"?*, en *www.rivistaaic.it*, 4, 2016; I. CIOLLI, *Il Senato della riforma tra forma e sostanza*, en *www.rivistaaic.it*, 4, 2016; A. D'ATENA, *Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, en *www.rivistaaic.it*, 2, 2015; U. DE SIERVO, *Una prima lettura del progettato nuovo art. 117 Cost*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016; U. DE SIERVO, *Appunti a proposito della brutta riforma costituzionale approvata dal Parlamento*, en *www.rivistaaic.it*, 2, 2016; G. LANEVE, *La riforma "Renzi-Boschi" e la Corte costituzionale: alcune riflessioni sulla diversa elezione dei giudici "parlamentari" e su possibili scenari relativi al nuovo procedimento legislativo*, en *www.rivistaaic.it*, 4, 2016; M.

comparten una relación representada por el intento de transformar la legislación delegada con respecto a sus coordenadas constitucionales y a la forma de gobierno italiana.

La gran expansión que ha caracterizado a la delegación legislativa ha provocado una profunda transformación del instrumento – especialmente desde 1996³⁷⁴, con la

LUCIANI, *Funzione di controllo e riforma del Senato*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016; A. MORRONE, *Lo Stato regionale e l'attuazione dopo la riforma costituzionale*, en *www.rivistaaic.it*, 2, 2016; S. PAJNO, *Il peso della mitologia politico-giuridica nelle vicende della revisione costituzionale in itinere*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2014; C. PINELLI, *Le funzioni del nuovo Senato in riferimento all'adesione della Repubblica all'Unione Europea*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016; G. PICCIRILLI, *Prospettive di organizzazione del "nuovo" Senato*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2016; R. ROMBOLI, *Le riforme e la funzione legislativa*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2015; E. ROSSI, *Il procedimento legislativo delle leggi "monocamerali": prime considerazioni*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2016; A. RUGGERI, *La riforma Renzi e la specialità regionale: problemi aperti e soluzioni sbagliate, overrosia ciò che non c'è e che dovrebbe esserci e ciò che invece c'è e che non dovrebbe esserci*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2015; A. SAITTA, *La forma di governo in Italia tra revisione costituzionale e nuova legge elettorale*, en *www.rivistaaic.it*, 2, 2015; G. SERGES, *La potestà legislativa delle regioni nel progetto di riforma della Costituzione*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2015; F. SORRENTINO, *Sulla rappresentatività del Senato nel progetto di riforma costituzionale*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016; S. STAIANO, *Le leggi monocamerali (o più esattamente bicamerale asimmetriche)*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016; V. TONDI DELLA MURA, *Se il rimedio è peggio del male. I rischi di una riforma costituzionale non emendabile*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2016. Por otro lado, el anterior proyecto de reforma constitucional, tampoco aprobado por el referéndum de 25 y 26 de junio de 2006, preveía en el art. 76 de la Constitución un nuevo párrafo, cuya adopción habría requerido el dictamen de las comisiones parlamentarias competentes según reglamento de cada Cámara para los proyectos de los decretos legislativos elaborados por el Gobierno. A este respecto, véase M. RUOTOLO, S. SPUNTARELLI, *Commento all'art. 76*, en R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, II, Turín, 2006.

³⁷⁴ En cuanto a la transformación (o, por lo menos, una de las) más relevante del procedimiento de legislación delegada desarrollada a lo largo de los años noventa, hasta el principio del nuevo milenio, cabe sin duda destacar la identificación del órgano competente para emitir la opinión parlamentaria. La novedad más importante representa, en retrospectiva, una especie de retorno al pasado, al estar constituida por la cesión, por las principales leyes de delegación aprobadas en la primera parte de la XIII Legislatura (1996-2001), la tarea de emitir las opiniones en cuestión no a las comisiones permanentes de Cámara y Senado, como se ha venido haciendo desde la década de los ochenta, sino

consolidación de la estructura mayoritaria del sistema político – hasta convertirla en el instrumento privilegiado para la implementación del programa de Gobierno. Los factores que llevaron a la legislación delegada a asumir un papel similar en el sistema de fuentes son la oportunidad que tiene el Gobierno, por un lado, de “cobrar el dividendo político”, derivado de la aprobación parlamentaria de la ley de delegación y, de la otro, reservar la adopción de los reglamentos detallados relacionados para

a comisiones consultivas bicamerales específicamente constituidas, las cuales se encargan de dar seguimiento a las medidas de implementación de la reforma tributaria, de la reforma administrativa y reforma del presupuesto estatal. Más concretamente, el art. 3, párr. 13, de la ley n. 662/1996 estableció una comisión especial, integrada por quince senadores y quince diputados, convocada para opinar sobre los proyectos de decretos legislativos de reforma tributaria (comisión parlamentaria asesora de reforma tributaria, la denominada "comisión de los treinta", presidida por Salvatore Biasco); el art. 5 de la ley n. 59/1997 estableció una segunda comisión, integrada por veinte senadores y veinte diputados, que se encargaba tanto de emitir opiniones sobre los múltiples esquemas de decretos legislativos sobre la aplicación de esta ley, como de verificar periódicamente el estado de implementación de las leyes de reforma previstas, informando cada seis meses a las Cámaras (comisión parlamentaria asesora sobre la implementación de la reforma administrativa, presidida por Vincenzo Cerulli Irelli); el art. 9 de la ley n. 94/1997 finalmente estableció una tercera comisión, integrada por quince senadores y quince diputados, encargada de examinar los proyectos de decretos legislativos y reglamentos elaborados sobre la nueva estructura del presupuesto del Estado y la unificación de los ministerios de Hacienda y Presupuesto (comisión parlamentaria asesora sobre la reforma del presupuesto estatal, presidida por Antonio Marzano). Se trata de una novedad que puede encontrar dos tipos de justificaciones, una de tipo puramente institucional, otra más ligada a las estructuras del sistema político: en primer lugar, de hecho, la opción de centralizar todas las tareas consultivas relativas a las medidas legislativas establecidas en la aplicación de las grandes leyes de reforma, es decir, que cruzan horizontalmente las competencias de varias comisiones permanentes, puede vincularse al deseo de evitar una excesiva fragmentación y dispersión en la actividad ordinaria, con la intervención parlamentaria finalizada a garantizar una vigilancia más estrecha, especializada y continua del trabajo del gobierno; en segundo lugar, la creación de comisiones consultivas especiales bicamerales también constituye una respuesta parcial a las solicitudes de las fuerzas de oposición en el sentido de fortalecer la efectividad de la intervención parlamentaria, dado el intenso uso de poderes y delegaciones en los proyectos de ley, en N. LUPO, *Alcune tendenze relative ai pareri parlamentari sui decreti legislativi e sui regolamenti del governo*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 1998*, Giappichelli, Turín, 1999.

una fase de gobierno posterior. A esto se suma la oportunidad de que dispone el Gobierno, gracias a la posibilidad ahora constante de recurrir a decretos complementarios y correctivos, para volver a afectar la disciplina adoptada, *melius re perpensa*. Como efectivamente se desprende por los estudios recientes sobre el tema, una transformación similar de la delegación ha llevado al instituto a giros significativos del modelo al que se refiere el artículo 76 de la Constitución dada la amplitud del tema, la vaguedad de los principios y criterios, la gestión y la flexibilidad del plazo que han caracterizado las leyes de delegación aprobadas en los últimos años. Sin embargo, es precisamente en el momento en que la delegación legislativa tiende a convertirse en el instrumento privilegiado de la implementación de la política gubernamental, cuando los límites a que se refiere el art. 76 de la Constitución deben recibir una implementación más estricta, dada su naturaleza³⁷⁵. Precisamente cuando el recurso a la delegación legislativa empezó a convertirse, a lo largo de la década *de quo*, en un instrumento políticamente "normal" para la implementación del programa de gobierno, la necesidad de no desconocer el carácter legalmente excepcional de la legislación delegada inició a hacerse más urgente, para evitar, utilizando las palabras del juez constitucional de 1957, la usurpación del poder legislativo por parte del Gobierno y la violación del principio de para lo cual sólo el Parlamento puede dictar leyes³⁷⁶. El resultado de la delicadez de intervención – como se observó anteriormente – de la Corte constitucional, por lo que concierne el art. 76 Const., fue la creación de unas “puertas” en el sistema de fuentes que permiten al Gobierno evadir fácilmente los límites establecidos en el art. 76 de la Constitución, con grave daño al equilibrio de la forma de gobierno consagrada en la Carta Constitucional. La amplitud de tales "puertas" era tal que en

³⁷⁵ Tal como se entiende efectivamente en L. PALADIN, *Principi fondamentali. Art. 76*, en G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979, tanto de límites al legislador que delega como de garantías del riesgo de una abdicación del legislativo a favor del ejecutivo.

³⁷⁶ Obsérvese que la Corte no entendió el carácter excepcional de la legislación delegada ni en términos cuantitativos ni cualitativos, pero, en sentido estrictamente jurídico-constitucional, subrayando el ejercicio necesario a través de los métodos legislativos establecidos.

los últimos años incluso se desarrolló el fenómeno de decretos legislativos nominalmente actuación de una delegación "principal", a través de los cuales se da en realidad vida, como consecuencia del *turn-over* de la mayoría, a un sentido normativo que es expresión de un rumbo político opuesto al de la ley delegada. Sin embargo, si al Gobierno se le permite ejercer la facultad legislativa, incluso implementando una dirección política opuesta a la contenida en la ley de delegación o en el decreto legislativo principal, esto significa que, transcurridos diez años desde el inicio de la flexibilización, la práctica ha ido bien más allá de ese grado de "elasticidad" del modelo *ex art. 76 Const.*, según el cual la naturaleza de la delegación legislativa es y sigue siendo jurídicamente excepcional³⁷⁷.

Por tanto, la década en cuestión – que como se dijo comenzó con la sentencia de la Corte constitucional en contra de la práctica de la reiteración de decretos-ley no convertidos – se da inmediatamente después de la explosión cuantitativa y cualitativa³⁷⁸ del instrumento de la delegación legislativa. La década de producción legislativa, entre finales de los 90 y a lo largo de los 2000, descansa entonces sobre la importante decisión de la Consulta de una reconstrucción del sistema de fuentes primarias, en la que destacase la centralidad de la función legislativa como función parlamentaria irrenunciable e insustituible: una fuerte referencia, por tanto, al *fair play* constitucional de las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno en la elaboración de reglamentos con fuerza de ley, que debe entenderse como una atención particular al cumplimiento de las normas procesales y a los límites materiales de la actividad reguladora primaria del Gobierno. Todo ello, desde el punto de vista esencial de la protección de un doble valor: el equilibrio de los poderes marcados por la Constitución y la seguridad jurídica, comprometida por una producción de legislación que no suficientemente estable y confiable. A partir de los datos cuantitativos disponibles para el período de referencia, surge claramente una

³⁷⁷ R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009.

³⁷⁸ A. RUGGIERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, en *Rassegna parlamentare: rivista mensile di studi costituzionali e di documentazione legislativa*, 41, 1999.

consolidación de la delegación legislativa en el lado parlamentario (es decir, en el número de disposiciones de representación), tras el analizado aumento de principios de los noventa³⁷⁹. En la XIII legislatura, de hecho, el Parlamento aprobó 321 disposiciones de delegación primaria (de las cuales 151 disposiciones comunitarias) y 195 disposiciones de delegación suplementaria y correctiva; en la XIV legislatura, la cifra se situó en cifras similares para las disposiciones de la delegación primaria (385), de las cuales 256 comunitarias³⁸⁰, mientras que aumentó significativamente en las delegaciones correctivas (327 disposiciones, equivalentes a casi 46% del total, además con una incidencia significativa de delegaciones comunitarias correctivas)³⁸¹. Entonces, además del considerable aumento en el uso de la delegación legislativa,

³⁷⁹ Como observado por P. CARETTI, M. MORISI, *Parlamento e legislazione delegata. Il caso della Commissione bicamerale per l'attuazione della l. n. 59*, en *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2000 – Il Parlamento*, Cedam, Padua, 2001, la tradición constitucional ha considerado el uso de poderes regulatorios primarios por parte del Gobierno, y en particular el uso de la delegación legislativa, como una hipótesis caracterizada por la excepcionalidad frente a la legislación parlamentaria. Estas grandes delegaciones excepcionales condujeron a serios problemas de cumplimiento del modelo de delegación prefigurado por el art. 76 de la Constitución especialmente en los siguientes perfiles: a) importante extensión de los objetos delegados, tanto mayor para las delegaciones de reforma sectorial o legal; b) rarefacción de los principios y criterios rectores; c) identificación de mecanismos de flexibilidad del término; d) expansión de poderes suplementarios y correctivos; e) emisión cada vez más frecuente de opinión parlamentaria sobre los esquemas de los decretos legislativos, reforzada en nuevas formas y, para algunos perfiles, muy problemática; f) introducción de algunos fenómenos nuevos desde el punto de vista del procedimiento de aprobación de las leyes de delegación, en P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *L'Evoluzione della delega legislativa nella XIV legislatura. Considerazioni di sintesi sui rapporti di ricerca nell'ambito del seminario 2004*, en *Quaderno associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 15, Roma, 2004.

³⁸⁰ Según el Informe de 2006 sobre la legislación entre Estado, las Regiones y la Unión Europea, publicado por el Observatorio sobre la legislación de la Cámara de Diputados el 22 de enero de 2007, del que se toman los datos, las delegaciones correctivas de actos de desarrollo de la legislación comunitaria en la XIV legislatura alcanzan más del 73% del total de las delegaciones complementarias y correctivas; incluso en la XIII Legislatura esta cifra había llegado al 70%.

³⁸¹ P. MILAZZO, *Uno sguardo sulle prassi e le tendenze della delega legislativa nel decennio 1996-2007*, en P. CARETTI, *Osservatorio sulle fonti 2006: le fonti statali, lo sviluppo di un decennio*, Turín, 2007.

parece necesario observar una mejora y aumento del fenómeno también en términos de calidad. De hecho, como ya observado, empezó una tendencia conocida a utilizar la fuente en cuestión para aprobar reformas importantes o en todo caso intervenciones innovadoras en asuntos tratados tradicionalmente por la fuente ordinaria³⁸².

Producción de decretos legislativos en la década en análisis

Año	Número total de decretos legislativos (media mensual)	De los que, de naturaleza correctiva (% sobre el total)	Decretos legislativos de implementación de leyes de delegación (media mensual)	De los que, de naturaleza correctiva (% sobre el total)	Decretos legislativos de implementación de actos comunitarios (media mensual)	De los que, de naturaleza correctiva (% sobre el total)
1997	81 (6,75)	6 (7,41)	53 (4,41)	2 (3,77)	28 (2,33)	4 (14,28)
1998	69 (5,75)	14 (20,29)	55 (4,58)	11 (20,00)	14 (1,17)	3 (21,43)
1999	106 (8,83)	23 (21,70)	67 (5,58)	19 (28,36)	39 (3,25)	4 (10,26)
2000	67 (26,87)	18 (26,87)	35 (2,92)	13 (37,14)	32 (2,67)	5 (15,65)
2001	58 (4,83)	23 (39,66)	34 (2,83)	19 (55,88)	24 (2,00)	4 (16,66)
2002	31 (2,58)	10 (32,26)	15 (1,25)	5 (33,33)	16 (1,33)	3 (18,75)
2003	72 (6,00)	11 (15,28)	27 (2,25)	10 (37,03)	45 (3,75)	1 (2,22)
2004	56 (4,66)	17 (30,36)	23 (1,91)	11 (47,83)	33 (2,75)	6 (18,18)
2005	72 (6,00)	7 (9,72)	28 (2,33)	6 (21,42)	44 (3,67)	1 (2,27)
2006	61 (5,08)	10 (16,39)	35 (2,92)	6 (17,14)	26 (2,17)	4 (15,38)
'97 – '06	673 (5,60)	139 (20,65)	372 (3,1)	104 (27,9)	301 (2,51)	35 (11,62)

Fuente: P. MILAZZO, *Uno sguardo sulle prassi e le tendenze della delega legislativa nel decennio 1996-2007*, en P. CARETTI, *Osservatorio sulle fonti 2006: le fonti statali, lo sviluppo di un decennio*, Turín, 2007.

Por tanto, el decreto legislativo parece ser una de las formas principales – incluso la principal – de legislación en la Segunda República³⁸³. Con la Constitución sin cambios,

³⁸² E. ROSSI, *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e nella XV Legislatura*, Quaderni della Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di perfezionamento, Cedam, Pisa, 2009.

³⁸³ Segunda República es un término periodístico utilizado en Italia, a diferencia del término Primera República, para indicar la nueva estructura política italiana establecida a partir de las elecciones de

esto sin embargo produjo desequilibrios efectivos y duraderos en la forma de gobierno y correlativamente en el desempeño de la función legislativa. El fenómeno descrito hasta ahora ha llevado a una nueva crisis de representación de los partidos³⁸⁴ y una desconfianza generalizada hacia las instituciones tanto nacionales como europeas³⁸⁵. El derecho parlamentario tiende a convertirse en un producto recesivo con respecto al uso de otras fuentes que compiten con él³⁸⁶. Lo preocupante no es solo el número excesivo de fuentes primarias vigentes o incluso el hecho de que no podamos comprender cuántas están realmente vigentes: es la mala calidad de estos productos, combinada con la distorsión de la división de poderes³⁸⁷, producida por el

marzo de 1994. La transición de la Primera a la Segunda República representó un cambio dentro del sistema político, más que un cambio en el sistema político, ya que la constitución y las instituciones republicanas han sido las mismas desde 1948, y el período de tres años 1992-1994 no estuvo acompañado de ningún cambio constitucional. El término se utiliza comúnmente, a nivel periodístico, pero también científico, para enfatizar la comparación de la estructura política institucional italiana antes y después del período de dos años 1992-1994, pero también su reflexión sobre aspectos económicos importantes, en B. NORBERTO, *Verso la seconda Repubblica*, La Stampa, Turín, 1997; F. MARANGONI, *Provare a governare, cercando di sopravvivere: esecutivi e attività legislativa nella seconda repubblica*, University Press, Pisa, 2013.

³⁸⁴ M. PLUTINO, *Dinamiche di una democrazia parlamentare. Assetti rappresentativi e sviluppi istituzionali*, Carocci, Roma, 2015.

³⁸⁵ F. MUSELLA, *Governare senza il Parlamento? L'uso dei decreti legge nella lunga transizione italiana (1996-2012)*, en *Rivista italiana di scienza politica*, 3, 2012.

³⁸⁶ M. COTTA, L. VERZICHELLI, *Il sistema politico italiano*, Manuali Politica, III ed., Il Mulino, Bologna, 2016; V. LIPPOLIS, G. PITRUZZELLA, *Il bipolarismo conflittuale: il regime politico della seconda repubblica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007; E. LONGO, *Dossier di approfondimento. Dati e tendenze dell'attività normativa del governo nel primo anno della XVII Legislatura*, en *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2014.

³⁸⁷ Junto a la progresiva expansión – ya analizada – de los elementos del art. 76 Const., también ha habido en los últimos tiempos el uso de otras herramientas que, en general, han alejado aún más a la delegación legislativa del diseño original de la Asamblea Constituyente. Se trata de fenómenos que no son inmediatamente imputables a los requisitos establecidos en la disposición constitucional que se acaba de mencionar, sino sobre todo expedientes procesales, que han contribuido a la transformación de la delegación legislativa de un instrumento excepcional y despectivo en un privilegiado y sustancialmente central. Se trata, por un lado, de la fijación de la “cuestión de la confianza”, un

abuso de actos con fuerza de ley³⁸⁸, lo que genera incertidumbre e ineficacia de los comandos contenidos en las fuentes primarias.

Pasando a analizar el próximo fragmento temporal – la década siguiente a la analizada anteriormente, coincidente con las legislaturas XV, XVI y XVII (la XVIII está, a la fecha de redacción de este estudio, actualmente en curso) – no es necesario detenerse demasiado, como se ha hecho para la década anterior, caracterizada por un importante cambio de rumbo, en materia de delegación. De hecho, en el período en cuestión, las funciones y cantidades globales del decreto legislativo continúan expresando y confirmando las tendencias ya descritas. Durante el período considerado, estas fuentes han continuado su cambio de piel, desempeñando cada

fenómeno que ha adquirido un alcance mucho más amplio que los procedimientos de delegación legislativa y que no permite a los parlamentarios expresarse consciente y claramente sobre el texto en el momento de la votación. En otras palabras, la fijación de la cuestión de confianza ha perdido su carácter fiduciario y ahora representa un instrumento de seguimiento del trabajo parlamentario, con la consecuencia de que el objeto de la pregunta ya no es el rumbo político perseguido por el ejecutivo, sino simplemente la rápida y completa aprobación de una sola disposición. Los efectos son aún más disruptivos con referencia a la delegación, ya que en este caso existe un solapamiento entre el sujeto delegante y el sujeto delegado, donde al primero se le expropia de su poder en beneficio del Gobierno, quien somete o apoya un proyecto de poder y lo vincula al "chantaje" del voto positivo, sin posibilidad de discusión o modificación, ni siquiera parcial, del mismo; por otro, a la presentación de maxi-enmiendas, tendencia que suele acompañar a la anterior, consistente en la presentación, de conformidad con los artículos 86, párrafo quinto, del Reglamento de la Cámara y 100, párrafo sexto, del Reglamento del Senado, de una maxi-enmienda del Gobierno o de un parlamentario que sustituya al proyecto de ley de delegación: esto determina que dentro de un solo artículo, compuesto por decenas y a veces cientos de párrafos, un elevado número de reglas, a fin de reemplazar la mayoría de los artículos del texto legislativo o, de hecho, toda la disposición para permitir al Ejecutivo colocar una sola pregunta de confianza en todo el texto en discusión, en M. POLESE, *La delega legislativa nella crisi economica e le trasformazioni della forma di governo*, en *Rivista del Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, 2017.

³⁸⁸ La necesidad de distinguir entre el exceso de regulación y el exceso de producción de leyes ha sido destacada en la literatura desde hace algún tiempo. Sobre el punto, U. DE SIERVO, *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale*, en *Osservatorio sulle fonti 1998*, Giappichelli, Turín, 1999.

vez más y casi exclusivamente las funciones ya mencionadas y que se analizarán más adelante. En términos generales, los decretos legislativos siempre han sido más numerosos que los decretos-leyes.

En la transformación de la delegación legislativa en los últimos treinta años de la historia republicana en Italia, se ha entonces asistido a un cambio en la naturaleza de la delegación legislativa, que ha ido adquiriendo un carácter progresivamente expansivo, poco especializado y parcialmente divergente respecto a la disposición constitucional. Sin embargo, en conclusión, es importante analizar algunos datos cualitativos y cuantitativos, corolario de cuanto observado hasta ahora: los siguientes gráficos muestran que en los últimos años se ha producido un "tipización" en el uso cuantitativo de fuentes primarias, con valores que ahora han asumido la imagen de una dinámica casi constante y que el vale la pena analizar en la siguiente parte de este estudio³⁸⁹.

Delegaciones otorgadas al Gobierno por legislatura y su tipología desde la XIII a la XVII legislatura

Legislatura	Primarias	De las que de implementación de legislación europea	Integrativas y correctivas	De las que de implementación de legislación europea	Total	De las que de implementación de legislación europea
XIII	321	195	195	137	516	288
XIV	385	256	327	239	712	495
XV	78	56	82	52	160	108
XVI	222	159	155	121	377	280
XVII	236	163	204	141	440	304

³⁸⁹ Para un análisis aún más completo, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo de la delegación legislativa y, sobre todo, para observar la interesante comparación también con las tendencias del decreto-ley, véase E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, en L. CARLASSARE, U. DE SIERVO, V. ONIDA, *Diritto e prassi costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2017.

Decretos legislativos aprobados desde la XIII a la XVII legislatura

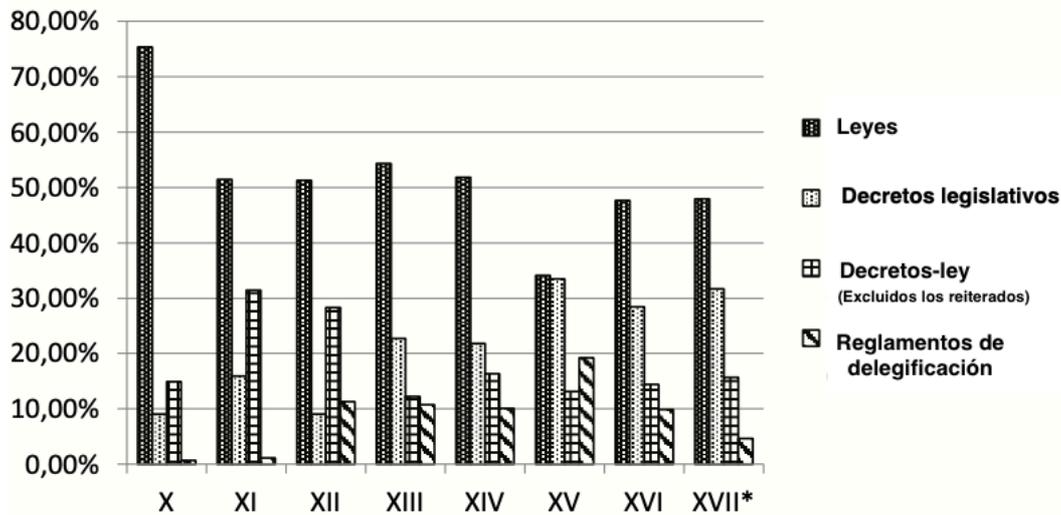
Legislatura	Primarias	De las que de implementación de legislación europea	Integrativas y correctivas	De las que de implementación de legislación europea	Total	De las que de implementación de legislación europea
XIII	313	129	65	16	378	145
XIV	233	146	55	12	288	158
XV	92	70	22	14	114	84
XVI	113	88	22	15	135	103
XVII	154	109	10	5	164	114

Decretos legislativos y delegificación³⁹⁰

Legislatura	Decretos Legislativos	Media mensual	% de implementación de derecho europeo	Reglamento de delegificación
XI	97	4,09	-	14
XII	52	2,10	-	57
XIII	378	6,24	55,8%	179
XIV	288	4,82	69,5%	134
XV	114	4,75	67,5%	66
XVI	230	3,82	71,3%	81
XVII	212	4,15	66,03%	29

³⁹⁰ Al art. 17 de la ley n. 400 de 1988, la delegificación se concibe como un instrumento que atribuye al Gobierno italiano el poder generalizado de dictar normas de nivel secundario, en su mayoría constituidas por reglamentos, sobre la base de una ley con contenido de autorización del Parlamento. Se trata de un cambio en la fuente normativa, en relación con algunos temas bien identificados: esto permite una actividad gubernamental directa en esas áreas, que se considera más rápida y flexible. A los efectos de este estudio, no investigaremos la cuestión de los reglamentos, pero en todo caso conviene informar de los datos cuantitativos derivados de las delegaciones al Ejecutivo.

Tendencia en la producción normativa de la X a la XVII legislatura



Fuente de los gráficos: CÁMARA DE LOS DIPUTADOS, Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto sullo stato della legislazione*, en <https://www.camera.it>.

II.1.2.2 – Desarrollos de las tendencias

Como se ha podido observar anteriormente, el paso de 2001 representa un hito muy significativo para la legislación delegada, debido al establecimiento de prácticas que devenidas constantes en el uso de estas fuentes. De hecho, aumentan las delegaciones suplementarias y correctivas, hasta el punto de sugerir que la mayoría de las leyes que delegan el poder legislativo en el Gobierno lo hacen atribuyéndole simultáneamente a este último la facultad de volver sobre sus pasos, modificando las leyes aprobadas, a través del uso de la delegación original. A este fenómeno, va de la mano los encargos de codificación y simplificación mediante el uso de la delegación. *A latere*, las leyes que contienen delegaciones relacionadas con la implementación de la ley europea aumentan en porcentaje y los mandatos de otra naturaleza disminuyen. La transposición del derecho de origen supranacional (especialmente derivado) se ha convertido en el principal motivo de delegación en los últimos años, con valores porcentuales que alcanzan el 70% del total de delegaciones en la última

legislatura: esta expansión en el uso de delegaciones europeas es ilustrativa de otra tipificación en el uso del decreto legislativo³⁹¹.

Por tanto, en esta parte del trabajo se tratará de ilustrar brevemente, sin pretensión de exhaustividad, tres entre las tendencias más tipificadas³⁹², durante los últimos veinte años de producción normativa, para el uso de la delegación legislativa: decretación correctiva, codificación e implementación del derecho de la Unión Europea.

a) Decretación correctiva

La praxis, especialmente la más reciente, ha asistido a numerosos casos de uso repetido de la delegación, con referencia a los decretos suplementarios y correctivos de decretos delegados anteriores. En efecto, desde 1971³⁹³ se empieza a observar el

³⁹¹ E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, en L. CARLASSARE, U. DE SIERVO, V. ONIDA, *Diritto e prassi costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2017.

³⁹² El contexto actual, caracterizado por cambios tanto en la forma de gobierno, como en la forma de Estado (con superposición de competencias centrales y regionales), muestra un cambio no transitorio en el centro de gravedad de la producción legislativa primaria del Parlamento al Gobierno (así como a las Regiones y a la Unión Europea) y la asunción, por parte de la legislación delegada, de un papel "normal" y "politépico", paradójicamente puesto de manifiesto por la terminación, tras la sentencia n. 360 de 1996, del fenómeno de la reiteración de decretos-ley inconversos, en L. IANNUCILLI, *L'evoluzione "politipica" della delega legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, en M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI, *La delega legislativa. Quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio presso il Palazzo della Consulta*, Roma, 2008.

³⁹³ La disposición de una delegación específica al Gobierno, destinada a permitirle corregir, durante un tiempo determinado después de la entrada en vigor de un decreto legislativo, la disciplina dictada por este último hace su aparición por primera vez en, el ordenamiento jurídico italiano, a principios de los setenta, en la ley de 9 de octubre de 1971, n. 825, que contiene la delegación legislativa para la reforma tributaria. El art. 17, párr. 2, de esta ley (que sigue a la delegación principal, contenida en el párr. 1 del mismo artículo, y precede a la delegación para emitir textos consolidados, a que se refiere al siguiente párr. 3) establece que disposiciones complementarias y correctivas, en respeto de los principios rectores y criterios que determina esta ley y sujetos a la opinión de una comisión bicameral específica (compuesta por 15 senadores y 15 diputados, y encargada de expresarse también sobre las

fenómeno de los llamados poderes bifásicos (y, en ocasiones, incluso trifásicos) a través de los cuales se delega al Gobierno, con la misma ley, en un plazo determinado, ordenar una nueva disciplina y, en un plazo más largo, adoptar decretos complementarios y correctivos en cumplimiento de los mismos principios y criterios rectores de la delegación principal.

Al respecto, tomando en cuenta las reflexiones de doctrina y jurisprudencia³⁹⁴, se pueden desarrollar algunas consideraciones generales. La primera es que la delegación a dictar disposiciones complementarias y correctivas de decretos anteriores no necesariamente sigue la idea antes mencionada de repetibilidad del ejercicio del poder delegado, sino que está vinculada más bien a una disposición explícita de la ley de delegación. De ello se desprende entonces que la delegación de intervenciones complementarias y correctivas es formalmente autónoma con respecto a la delegación principal, aunque normalmente se ubica en el mismo texto legislativo y sigue estando sujeta a los mismos principios y criterios rectores. También parece que el propósito de prever una acción correctiva y complementaria a los decretos emitidos sobre la base de la delegación principal normalmente es permitir una experimentación inicial de aplicación de estos, para luego proceder, a la luz de ella, a la acción correctiva.

Sin embargo, la práctica de estas delegaciones correctivas y complementarias parece haber superado realmente la lógica inicial, no solo porque en muchos casos, tras repetidas ampliaciones del plazo de integración y corrección, se ha determinado una

estructuras de los decretos legislativos principales), podían emitirse, con uno o más decretos con valor de ley ordinaria, hasta el 31 de diciembre de 1972, en N. LUPO, *Lo sviluppo delle deleghe e dei decreti legislativi "correttivi"*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 1996*, Turín, Giappichelli, 1996.

³⁹⁴ Doctrina y jurisprudencia parecen coincidir en dos puntos: uno es que la delegación de intervenciones correctivas debe ser expresamente formulada por el legislador, el otro es que su *ratio* es permitir la experimentación de reformas regulatorias más complejas por un período corto, antes de llevarlos definitivamente al ordenamiento jurídico, en M. CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di Governo e vizi di costituzionalità?*, en V. COCOZZA, S. STAIANO, *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Turín, 2001.

atribución casi sin termino al Gobierno del poder legislativo primario, pero también porque la acción correctiva, dada la amplitud de delegaciones conferidas, ha terminado por representar una herramienta de revisión incisiva y repetida de la disciplina introducida cada vez. En realidad, si parte de la idea de que la delegación para la integración y corrección de los decretos legislativos anteriores es independiente de la delegación principal³⁹⁵, su legitimidad debe verificarse solo ante el art. 76. Desde este punto de vista, dado que el plazo es fijo, se trata de saber si para tales delegaciones se definen los objetos y se indican los principios y criterios rectores: en cuanto al primer requisito, se observa sin duda, si el objeto de la delegación es la rectificación del decreto o decretos emitidos con base en la delegación principal; en cuanto a los principios y criterios rectores, dada la autonomía de la delegación, es evidente que la mera referencia a los de la delegación principal no es adecuada: de hecho, como no se trata de dictar una nueva disciplina, sino de corregir una ya vigente, parece necesario que el Parlamento indique, sin perjuicio de los iniciales, los principios rectores y criterios de corrección e integración.

La praxis actual, que no indica los motivos, la finalidad y los límites de la delegación complementaria y correctiva, termina efectivamente, contra la opinión mayoritaria y la misma jurisprudencia de la Corte, al permitir la reiteración continua del poder delegado y configura, contra la predicada autonomía de cada delegación, una delegación única con doble mandato, sin que se reconozca diferencia sustancial entre los decretos delegados en vía principal y los correctivos. El carácter a menudo vago y genérico de los principios y criterios rectores de la primera delegación no solo abre la primera intervención a muchas posibilidades, sino que también hace que las correctivas sean completamente libres y capaces de abrumar incluso en profundidad las opciones recién tomadas, atribuyendo así al Gobierno el poder de hacer y deshacer dentro de la misma delegación. Es decir, la delegación bifásica, que configura formalmente el poder delegado, considerando necesario combinar una delegación correctiva con una delegación principal, termina en el nivel de los efectos resolviéndose en una delegación permanente para ejercer un poder legislativo,

³⁹⁵ A este respecto, véase la sentencia n. 172/1994 de la Corte constitucional.

limitado en los objetos y en los principios y criterios rectores, pero cuyo plazo, al ser repetidamente extendido, lo transforma en una verdadera delegación de actividades. La tesis de la autonomía de los dos poderes legislativos, el principal y el suplementario y correctivo, es válida a nivel formal³⁹⁶, para legitimar el fenómeno en cuestión, según la jurisprudencia de la Corte³⁹⁷.

b) Codificación

Una de las aplicaciones más frecuentes del instrumento de la delegación legislativa se da en la formación de actos, denominados Textos Únicos (T.U.), llamados a recoger y reordenar toda la legislación vigente en un determinado sector. La recopilación, en función de las facultades de que dispone la autoridad convocada para realizarla, puede limitarse a reproducir – coordinándolas – las normas vigentes, o puede implicar modificaciones, más o menos incisivas, de las mismas.

En el primer caso, según la doctrina tradicional, no habría un ejercicio real del poder legislativo, constituyendo el texto consolidado una simple publicación sin efecto vinculante de las disposiciones contenidas en el mismo: los llamados textos meramente compiladores³⁹⁸. En el segundo, en cambio, el texto consolidado sería una expresión de poder legislativo real con la consiguiente novación de la fuente de

³⁹⁶ Esto no quita que, en el fundamento sustancial de los límites de corrección e integración, sea necesario tener en cuenta, como bien ha demostrado una doctrina atenta, el vínculo funcional que establece la misma ley de delegación entre los dos poderes. En base a ella, se evidencia que la segunda delegación debe moverse en el contexto de la primera, con el objetivo de integrar y corregir los decretos legislativos emitidos en base a ella; de manera que, si el primero no ha sido ejercitado total o parcialmente, el segundo no podrá intervenir para integrar y corregir disposiciones no emitidas, excediendo así el plazo asignado al primero; Asimismo, los decretos complementarios y correctivos no podrán modificar profundamente el marco normativo de los decretos principales, en M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni sulla legislazione delegata integrativa e correttiva*, en *Quaderno n. 20 – Seminario 2009*, Giappichelli, Turín, 2010.

³⁹⁷ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.

³⁹⁸ *Testi unici meramente compilativi*.

las disposiciones contenidas en el mismo – los denominados textos únicos innovadores³⁹⁹ –, por lo que sería necesario que la autoridad que lo prevea disponga a título propio o en base a una delegación, de la autoridad correspondiente. La distinción en cuestión, a pesar de las profundas críticas de las que ha sido objeto en el pasado⁴⁰⁰, aún resiste en la jurisprudencia y en la práctica, aunque no se presenta con trazos claros, ya que la propia actividad de coordinación, que no es ligada a la facultad de modificar las disposiciones vigentes, necesariamente acaba implicando, al menos, cambios en el sentido de las propias disposiciones.

Así, sucede con frecuencia que el legislador confiere al Gobierno una delegación legislativa específica, no solo cuando se trata de ejercer una facultad amplia para modificar las disposiciones a recoger, sino también en el caso de simple coordinación (donde, como se ha dicho, la jurisprudencia de la Corte considera el concepto de coordinación un suficiente principio y criterio rector de la delegación). Además, en la praxis, coherentemente con la ampliación de los poderes normativos del Ejecutivo, asistimos a la encomienda al Gobierno de la facultad de formar textos únicos, también a través de la atribución de competencias regulatorias⁴⁰¹.

El procedimiento para la formación de estos textos únicos, que lleva a un decreto del Presidente de la República, previa resolución del Consejo de Ministros, y la observación de que no están facultados para modificar o derogar normas legislativas, sino únicamente para realizar su coordinación formal, deja clara su naturaleza

³⁹⁹ *Testi unici innovativi*.

⁴⁰⁰ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milán, 1962.

⁴⁰¹ En particular, con el art. 17-*bis* de la ley n. 400/1988, introducido por la ley n. 69/2009, el Gobierno dispuso la formación de textos únicos definidos expresamente como textos de compilación. En efecto, se establece que el Gobierno recoja las disposiciones con fuerza de ley que regulan materias y sectores homogéneos mediante la identificación precisa del texto vigente, el reconocimiento de las normas derogadas, la coordinación formal del texto de las disposiciones vigentes, el reconocimiento de las no incluidas en el texto consolidado, que en todo caso quedan derogadas, en. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.

regulatoria: en consecuencia, el intérprete debe, en caso de conflicto con las normas legislativas, privilegiarlas sobre las del texto recopilatorio único⁴⁰².

La experiencia de los textos únicos mixtos, limitada a cuatro decretos legislativos emitidos entre 2000 y 2002, fue luego reemplazada por la legislación posterior, que en cambio dirigió el trabajo de simplificación legislativa hacia una temporada de codificaciones sectoriales⁴⁰³, también implementada mediante decretos

⁴⁰² Además, ya la ley n. 59/1997 preveía, en su art. 20, párr. 11, la posibilidad de que el Parlamento, junto con la llamada “ley anual de simplificación”, aprobase las normas de delegación o delegificación necesarias para la compilación de textos únicos legislativos o reglamentarios, asumiendo así que con una regulación específica se podría disponer tanto para la delegación de las leyes anteriores como para su recogida en un solo texto. La subsecuente ley n. 50/1999 (art. 7, párr. 2), modificada inmediatamente después con la ley n. 240/2000, ha complicado aún más el asunto, incluso previendo textos únicos mixtos (legislativos y reglamentarios), encomendados a tres tipos diferentes de acto: uno reglamentario, que recoge las disposiciones reglamentarias y legislativas delegadas, el segundo legislativo, emitido sobre la base de delegación, que recoge las disposiciones legislativas, y el tercero, sobre cuya naturaleza ha quedado confusa la doctrina, pero que debe asumir el carácter de mera fuente de conocimiento, destinada a incluir a ambas en un solo texto.

⁴⁰³ A los efectos de este análisis, es interesante observar la actividad normativa de la analizada XVI legislatura, en la que el trabajo de codificación se desarrolló a través de dos directrices claras: por un lado, el Gobierno adoptó algunos códigos/textos únicos con un decreto legislativo a raíz de los principios rectores y criterios contenidos en la ley de simplificación y reorganización de 2005; por otro lado, otros códigos/textos únicos fueron adoptados por decreto legislativo sobre la base de delegaciones *ad hoc* contenidas en autónomas leyes de delegación legislativa. Son atribuibles al primer grupo el *Código del ordenamiento militar* (Decreto legislativo de 15 de marzo de 2010, n. 66 y el relativo decreto correctivo de 31 de diciembre 2012, n. 248); el decreto legislativo que establece el *Ordenamiento y funciones de las oficinas consulares* (Decreto legislativo de 3 de febrero de 2011, n. 71) y el *Código de legislación estatal sobre regulación y mercado del turismo* (Decreto legislativo de 23 de mayo de 2011, n. 79, conocido como Código de Turismo). En cambio, fueron adoptados sobre la base de delegaciones *ad hoc*, el *Código del proceso administrativo* (Decreto legislativo de 2 de julio de 2010, n. 104), el *Código de leyes contra la mafia y medidas de prevención* (Decreto legislativo de 6 de septiembre de 2011, n. 159), el *Texto refundido de Aprendizaje* (Decreto legislativo de 14 de septiembre de 2011, n. 167) y el *Texto refundido sobre las disposiciones en materia de incumplimiento y prohibición de ocupar cargos públicos y electorales resultantes de sentencias firmes por delitos culposos* (Decreto legislativo de 31 de diciembre de 2012, n. 235). En cuanto a la forma, por otro lado,

legislativos⁴⁰⁴, pero orientada, en lugar de reordenar, a la reorganización de la legislación, con una mayor extensión de la delegación encomendada al Gobierno⁴⁰⁵.

c) Implementación del derecho europeo

La conexión entre el ordenamiento italiano y los procesos normativos de la UE se refiere, en general, a dos aspectos distintos pero complementarios: por un lado, la

durante la legislatura XVI no parece haber una dirección clara del legislador delegante y delegado en cuanto a la forma del código/texto único y en cuanto a la calificación misma de las operaciones de codificación: cabe señalar que en la mayoría de los casos el texto único coincide con los artículos del decreto legislativo, mientras que en dos casos el código se incorpora en el anexo del propio decreto legislativo, que en el art. 1 establece que se aprueba el código mencionado en el anexo 1 del decreto. En cuanto a la calificación, surgieron una pluralidad de fórmulas. En el caso del art. 14, párr. 15 y 18, de la ley n. 246 de 2005, la delegación tiene como objetivo la "reorganización", pero luego varía la denominación de los decretos legislativos aceptados por el legislador delegado: de hecho, los de la normativa militar y turística se califican como "códigos" mientras que carece de una etiqueta específica "El decreto legislativo que contiene el orden y funciones de las oficinas consulares". En el caso de las delegaciones *ad hoc*, el legislador delegante habla de "reorganización". Parece por lo tanto confirmarse la tendencia del legislador a un uso fungible de los términos "reordenamiento", reordenamiento/reorganización y código/texto único, en E. ALBANESI, *Delega legislativa e codificazione nella XVI e XVII legislatura a fronte dell'eclissarsi dello strumento della legge annuale di semplificazione*, en *federalismi.it*, 3, 2015.

⁴⁰⁴ Por ejemplo, el Consejo de Ministros, en la reunión del 28 de febrero de 2019, aprobó diez proyectos de leyes de delegación al Gobierno en numerosas materias, que abarcan alrededor de dos tercios de la legislación. Se trata de la destitución más sustancial y simultánea de competencia del Parlamento, con evidente forzamiento del art. 76 de la Constitución. A continuación, se muestra un resumen de los proyectos de ley aprobados en tema de codificación: actividades económicas y desarrollo económico; energía y fuentes renovables; construcción y gobierno del territorio; ambiente; compra de bienes y servicios por parte de administraciones públicas; ciudadanía e innovación digital; servicio civil universal y salvamento de montaña; prevención de la corrupción, obligaciones de divulgación, transparencia, difusión de información por parte de la administración pública; justicia fiscal y sistema fiscal y contable estatal; protección de la salud, en <https://www.teknoring.com/news/lavoro/semplificazione-codificazione-decreti-legge-delega/>.

⁴⁰⁵ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.

participación de las instituciones nacionales, y en particular del Parlamento, en la formación de políticas y decisiones del UE (la denominada fase ascendente) y, por otro lado, la implementación de la legislación europea a nivel interno (la denominada fase descendente).

Con respecto a la fase descendente, la ley n. 234 de 2012⁴⁰⁶ reorganizó el proceso de transposición⁴⁰⁷ de la legislación europea al disponer, en particular, la división del derecho comunitario anual en dos medidas distintas: la ley de delegación europea, cuyo contenido se limita a las disposiciones de delegación necesarias para la transposición de las directivas de la UE y la ley europea que, de manera más general, contiene disposiciones destinadas a garantizar la adaptación del ordenamiento jurídico interno al europeo⁴⁰⁸. Se trata de instrumentos legislativos con contenido

⁴⁰⁶ La ley n. 234 de 24 de diciembre de 2012 (BOE n. 3 de 4 de enero de 2013) ha reformado orgánicamente las normas que rigen la participación de Italia en la formación e implementación de la legislación europea, procediendo a una adaptación sustancial de la disciplina general a los cambios que se han producido en la estructura de la Unión Europea a partir de 2009 – siguiendo la entrada en vigor del Tratado de Lisboa – abordando, entre otros, los aspectos relacionados con la formación del derecho comunitario y la transposición del derecho comunitario, reforzando aún más el papel de las Cámaras, tanto en las fases ascendentes, como descendentes de la aplicación del derecho de la UE, también teniendo en cuenta el papel creciente reservado a los parlamentos nacionales y la importancia progresiva de las políticas derivadas de Europa. La nueva disciplina reemplaza completamente a la ley n. 11 de 2005 (la ley Buttiglione), que a su vez había derogado la ley n. 86 de 1989 (Ley La Pergola); la coordinación original de las políticas relativas a la pertenencia de Italia a las Comunidades Europeas y la adaptación del sistema interno a los actos legislativos comunitarios habían sido garantizadas por la ley n. 183 de 1987 (ley Fabbri), en <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2012-12-24;234>.

⁴⁰⁷ La transición entre el texto publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y el ordenamiento jurídico italiano se rige por la citada ley 234 de 2012, que obliga al Gobierno a presentar dos disposiciones a las Cámaras cada año: una ley de delegación europea y una ley europea.

⁴⁰⁸ La implementación de las obligaciones europeas en la fase descendente se basa en dos disposiciones distintas introducidas por la citada ley 234/2012 (art. 29), que regula sus características. A este respecto, cabe evidenciar la distinción: en primer lugar, en virtud de lo establecido por el art. 30, la ley de delegación europea contiene delegaciones legislativas para la implementación de actos legislativos europeos, incluidas las normas de los reglamentos de la UE que no son directamente

propio, definidos en detalle por la citada ley 234/2012, que tiene como objetivo garantizar el cumplimiento oportuno de las obligaciones de la UE, así como excluir la inclusión en los proyectos de ley europeos de materias ajenas que puedan afectar negativamente la adaptación oportuna del sistema legal italiano.

Con respecto a la ley de delegación europea, la ley 234/2012, en su art. 32, regula algunos aspectos del procedimiento que debe seguir el Gobierno en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas, definiendo principios generales y criterios de delegación que reproducen en gran medida las disposiciones previamente introducidas, de año en año, en cada ley comunitaria y atribuyéndoles el alcance de una normativa plenamente operativa. La prohibición del llamado *gold plating* (es decir, la práctica adoptada por el legislador delegado para establecer niveles de regulación más restrictivos durante el proceso de transposición que los exigidos por

aplicables, y la modificación o derogación de la legislación vigente sujeta a dictámenes motivados o sentencias condenatorias hacia Italia; sanciones penales o administrativas por violaciones de las directivas implementadas por reglamento o administración y por violaciones de las regulaciones de la UE; autorización de transposición reglamentaria; principios fundamentales para materias de competencia legislativa concurrente con las Regiones; disposiciones complementarias y correctivas de los decretos legislativos. En cambio, en la ley europea se incluyen las normas implementadas directamente destinadas a remediar los casos de transposición incorrecta de la legislación de la Unión Europea a la legislación nacional, que han dado lugar a procedimientos previos a la infracción, iniciados en el marco del sistema de comunicación *EU Pilot* y de infracción, cuando el Gobierno ha reconocido la validez de las conclusiones planteadas por la Comisión Europea.

Según lo dispuesto en el art. 30, la ley europea contiene: disposiciones que modifican o derogan la legislación vigente en contraste con la legislación europea; disposiciones que modifican o derogan la legislación vigente sujeta a procedimientos de infracción contra Italia o a conclusiones realizadas en el contexto de procedimientos previos a la infracción (casos *EU Pilot* iniciados por la Comisión Europea para determinar la correcta aplicación de la legislación de la UE y para impedir el inicio de procedimientos de infracción); normas para la ejecución de los Tratados internacionales celebrados por la UE y disposiciones dictadas en el ejercicio de la potestad suplente, en https://temi.camera.it/leg17/temi/fase_discendente_di_attuazione_del_diritto_europeo.

las propias directivas) se introduce entre los principios de delegación⁴⁰⁹. En el ejercicio de las competencias legislativas conferidas, el Gobierno está obligado a cumplir con los principios y criterios generales de delegación, así como con los principios y criterios directivos adicionales específicos eventualmente establecidos por la ley de delegación europea. A este respecto, durante la XVII legislatura – y, por tanto, como ya se ha visto, del 15 de marzo de 2013 al 22 de marzo de 2018, la última en finalizar – se aprobaron diez leyes europeas⁴¹⁰.

De fundamental importancia a los efectos de este estudio hay que destacar que, en dicha legislatura, también se implementaron otras directivas mediante la delegación de poderes fuera del instrumento de la ley de delegación europea: en particular, estas son las directivas sobre contratación pública y concesiones⁴¹¹, que fueron implementadas mediante el instrumento del decreto legislativo, sobre la base de la delegación conferida por la ley n. 11 de 2016.

⁴⁰⁹ Para un análisis completo sobre el tema, véase B. DE MARIA, *I rapporti tra parlamento e governo nell'attuazione delle norme comunitarie*, en R. DICKMAN, S. STAIANO, *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo: l'esperienza dell'Italia*, Giuffrè, Milán, 2008.

⁴¹⁰ Ley de delegación europea 2013 (L. 6 agosto 2013, n. 96); ley de delegación europea 2013, segundo semestre (L. 15 octubre 2014, n. 154); ley de delegación europea 2014 (L. 9 julio 2015, n. 114); ley de delegación europea 2015 (L. 12 agosto 2016, n. 170); ley de delegación europea 2016-2017 (L. 25 octubre 2017, n. 163); ley europea 2013 (L. 6 agosto 2013, n. 97); ley europea 2013-bis (L. 30 octubre 2014, n. 161); ley europea 2014 (L. 29 julio 2015, n. 115); ley europea 2015-2016 (L. 7 julio 2016, n. 122); ley europea 2017 (L. 20 noviembre 2017, n. 167). En particular, la ley de delegación europea de 2013 (Ley 6 de agosto de 2013, n. 96) contiene un número particularmente alto de directivas que deben implementarse, ya que el Gobierno ha transferido al proyecto de ley original, la mayoría de las leyes europeas aún pendientes de implementación, además de las directivas emitidas en 2013. La ley otorgaba al Gobierno delegaciones legislativas para la transposición de 40 directivas, para la modificación de 5 directivas y para la adaptación de la legislación nacional a 2 reglamentos de la UE. Datos en https://temi.camera.it/leg17/temi/fase_discendente_di_attuazione_del_diritto_europeo.

⁴¹¹ Directiva 2014/23/UE; Directiva 2014/24/UE; Directiva 2014/25/UE. Evidentemente, por tanto, las cifras analizadas en las letras a) y c) de este apartado se pueden superponer perfectamente, es decir, es posible utilizar decretos legislativos para corregir la implementación de la legislación europea.

A la luz y a confirmación de cuanto observado en ambas situaciones, la doctrina mayoritaria haya afirmado que el vínculo entre el ordenamiento italiano y los procedimientos normativos de la UE reside en el instrumento privilegiado de la delegación legislativa: está claro, de hecho, que el decreto legislativo se ha convertido en la fuente favorita de los Gobiernos para implementar la legislación europea (fenómeno que había visto la luz desde la última década del siglo pasado), como resultaba también por los datos analizados anteriormente, en los que se desprendía que casi dos de cada tres decretos legislativos cumplen este propósito. Según una encuesta realizada por el Departamento de Asuntos Comunitarios, referente al quinquenio 2014-2019, coincidiendo con la última legislatura de la Eurocámara, 177 de los 299 decretos legislativos publicados (59,2%) implementan Directivas o Decisiones⁴¹² del consejo Justicia e Interior (organismo que agrupa a los ministros de Justicia e Interior y se ocupa de las políticas comunes y la cooperación en diversos aspectos transfronterizos), además de proporcionar disciplinas sancionatorias para la violación de las disposiciones de la normativa europea⁴¹³.

⁴¹² El papel principal lo juegan las Directivas, que obligan a los Estados miembros a lograr un determinado objetivo, dejando libertad a los distintos Gobiernos nacionales sobre qué medidas tomar para cumplir con sus obligaciones. Un sistema diferente al de la normativa europea, obligatorio en todos sus elementos y eficaz sin la mediación de una ley nacional. Los plazos para la aplicación del texto se establecen en los propios actos (por ejemplo, para la Directiva sobre el *copyright*, dentro de dos años, según lo establecido en la ley 167 de 2017), bajo pena de una sanción, (y no sería la primera vez para Italia).

⁴¹³ Obviamente, conviene recordar que los decretos legislativos son solo una parte de la actividad legislativa del ordenamiento italiano: el impacto de la UE en el sistema legislativo italiano puede expandirse o cambiar de tamaño dependiendo del parámetro utilizado: si nos fijamos en el total de leyes "puras" que implementan las Directivas europeas, el total se reduce a solo 10 de las 319 medidas en los últimos cinco años (2,5%): es decir, las cinco leyes de delegación europeas y las cinco leyes europeas aprobadas todos los años de 2014 a 2019, a su vez conteniendo las Directivas que hubieran generado los 177 decretos legislativos de los 299 indicados anteriormente. Entonces, dependiendo de si estamos hablando de leyes o decretos legislativos, es correcto decir que las leyes de la UE impactan menos del 3% o más de la mitad de nuestra producción legislativa. Por otro lado, la estimación sobre el impacto de las leyes procedentes de Bruselas acabó alimentando rumores tanto a favor como en

En conclusión, emerge claramente una tendencia oscilante en la definición de las relaciones entre Gobierno y Parlamento en los procesos de producción legislativa para la implementación de la legislación europea, que se llevan a cabo por el Gobierno, con una tendencia que parece fortalecer el uso del instrumento de consulta de los órganos parlamentarios en áreas específicas – como la provisión de sanciones penales y las implicaciones financieras de la disciplina a ser introducida –, con miras a fortalecer las herramientas de orientación y control parlamentario en la fase descendente de integración comunitaria. Sólo en el desarrollo de la dialéctica política, establecida de vez en cuando entre los actores de este proceso, se asiste a una concreta conformación de este rol que en todo caso consolida las funciones de dirección y control político de las Cámaras. La modulación de este camino no responde a necesidades constitucionalmente dadas, sino que, por el contrario, es el resultado de decisiones de carácter eminentemente político y que se ven afectadas por factores contingentes ajenos al mundo del derecho⁴¹⁴.

contra de Europa. Un análisis de la representación de la Comisión Europea en Francia intentó dismantlar el falso mito de que el 80% de las leyes nacionales fueran impuestas directamente por Bruselas: el porcentaje encontrado por la Comisión de leyes realmente originadas en Bruselas es del 20%, entre otras cosas empujadas hacia arriba por áreas como la pesca y la agricultura, donde la UE ha implementado políticas comunes durante décadas. Para un análisis más completo, véase https://www.ilsole24ore.com/art/la-ue-e-inutile-60percento-decreti-legislativi-italiani-nasce-bruxelles-ACh9ZAB?refresh_ce=1.

⁴¹⁴ B. DE MARIA, *I rapporti tra parlamento e governo nell'attuazione delle norme comunitarie*, en R. DICKMAN, S. STAIANO, *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo: l'esperienza dell'Italia*, Giuffrè, Milán, 2008.

II.2 – La delegación legislativa en el ordenamiento español

Llegados a este punto de la investigación, después de haber desarrollado ampliamente características y tendencias en el uso del instrumento de la delegación legislativa en el ordenamiento jurídico italiano, resulta interesante y muy útil a los efectos de este trabajo, analizar la misma herramienta en el ordenamiento jurídico español. El presente apartado del trabajo será una visión de conjunto del instrumento *de quo*, ilustrando – sin pretensión de exhaustividad – las principales características, para luego centrarse en un análisis de los perfiles comparativos entre la delegación en Italia y España, con el fin de extrapolar líneas de convergencia y ámbitos de discrepancia entre dos sistemas constitucionales mediterráneos, a veces muy similares, a veces menos. De hecho, como se ha observado anteriormente, en relación con las competencias normativas conferidas directamente por fuentes constitucionales, la solución italiana presenta, en el panorama comparativo, una indudable originalidad también desde el punto de vista de la delegación por fuentes legislativas. Entre los principales sistemas jurídicos occidentales, solo España – como se analizará más adelante – ha adoptado una solución similar, sin embargo, tomando inspiración – con algunos ajustes⁴¹⁵ – del modelo italiano⁴¹⁶.

II.2.1 – Marco general, criterios rectores y *background* histórico

La delegación legislativa en España es un fenómeno del que hay que señalar que sus comienzos fueron prácticamente paralelos al asentamiento del régimen liberal y de su peculiar parlamentarismo⁴¹⁷. Ésta surgió en España desde el mismo momento en

⁴¹⁵ Los ajustes consisten principalmente en la introducción de límites más estrictos al uso de la delegación, como se resalta de la lectura del texto del art. 82 de la Constitución de 1978.

⁴¹⁶ M. BELLOCCI, *La delega legislativa*, en M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI, *La delega legislativa. Quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio presso il Palazzo della Consulta*, Roma, 2008.

⁴¹⁷ La peculiar monarquía constitucional surgida de la Constitución de 1812 conllevaba el que el art. 171 de la misma, que otorgaba a la Corona la función para expedir los decretos, reglamentos e

que comenzó a atisbarse un esbozo de régimen parlamentario y de relaciones de confianza entre el Ejecutivo y el Legislativo. Desde los inicios de la andadura práctica del Estatuto Real – en 1834 –, el Gobierno, cuando se vio enfrentado a tareas urgentes o cruciales en las que consideraba que la deliberación parlamentaria podría retrasar su resolución, solicitaba de las Cortes la posibilidad de regular directamente materias propias de la competencia del poder legislativo. Esa posibilidad de penetración del Ejecutivo en el campo legislativo del Parlamento solo podía basarse en una confianza del segundo en la capacidad de actuación del primero, por lo que, a partir del Estatuto Real, la delegación legislativa se confundió con una concesión de confianza o voto de confianza hasta el extremo de designar esta última expresión ambos fenómenos. El Gobierno ponía a las Cortes ante dos opciones: otorgarle la delegación legislativa, dándole la confianza, o denegársela, ante lo cual el Gobierno interpretaría que la negación a la delegación legislativa suponía la pérdida del apoyo parlamentario y la necesidad de dimitir o disolver las Cámaras⁴¹⁸⁴¹⁹.

instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes, permitiera a la Corona una amplia posibilidad de legislar al margen de las Cortes, al no existir precisa distinción entre ley y real decreto. La ley se definía por la autoridad de que procedía y no por su contenido. El resultado era que sobre una misma materia coincidían leyes y decretos, pudiendo éstos anular a aquellos, en E. VÍRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, en *Publicaciones del Congreso de los Diputados, Dirección de estudios y Documentación de la Secretaría General*, Agisa, Madrid, 1991.

⁴¹⁸ Una práctica – como observado anteriormente – que se ha desarrollado y se ha afianzado cada vez más en Italia, con el Ejecutivo planteando expresamente la cuestión de la confianza al Parlamento, en la aprobación de una ley de delegación para "chantajear" el apoyo de la mayoría.

⁴¹⁹ En E. VÍRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, en *Publicaciones del Congreso de los Diputados, Dirección de estudios y Documentación de la Secretaría General*, Agisa, Madrid, 1991, donde se puede encontrar un análisis mas detallado del instrumento en el citado periodo histórico.

La Constitución promulgada en España en 1978⁴²⁰ fue, como anticipado, redactada sobre la base de las principales Constituciones europeas: desde la Ley Fundamental de Bonn⁴²¹ a la Constitución francesa de 1958⁴²², hasta la Constitución italiana de 1948, a partir de la cual la Constitución española⁴²³ tomó en préstamo – aunque con

⁴²⁰ Como observa el autor Vírgala Foruria, la Constitución de 1978 ha realizado una regulación minuciosa y detallada de la delegación legislativa, dando una estructuración definitiva a un mecanismo insuficientemente definido en la legislación fundamental anterior: no solo se dice cuándo existe delegación legislativa, sino que se estipulan sus condiciones, límites y controles, en E. VÍRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, en *Publicaciones del Congreso de los Diputados, Dirección de estudios y Documentación de la Secretaría General*, Agisa, Madrid, 1991.

⁴²¹ La *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* – Ley Fundamental para la República Federal de Alemania – es el nombre que recibe la Constitución de la República Federal de Alemania. En ámbitos académicos también citada como Ley Fundamental de Bonn de 1949, fue aprobada el 8 de mayo de 1949 en la ciudad de Bonn, firmada por los Aliados occidentales el 12 de mayo y finalmente promulgada el 23 de mayo de 1949, en A. B. GUNLICKS, *The Länder and German federalism*, Manchester University Press, 2003.

⁴²² La Constitución francesa de 1958, de 4 de octubre, es el texto fundador de la V República, el sistema político vigente desde su entrada vigor. Fue adoptada por referéndum el 28 de septiembre de 1958 y es el decimoquinto texto fundamental (o el vigesimosegundo si se cuentan los textos que no se aplicaron) de Francia desde la Revolución francesa, en D. CHAGNOLLAUD, *Les 50 ans de la Constitution: 1958-2008*, Paris, 2008.

⁴²³ Esforzada en lograr la mayor compatibilidad entre su contenido y la realidad social, en L. VILLACORTA MANCEBO, *Centralidad parlamentaria, delegación legislativa y posibilidades de control*, Dykinson, Madrid, 1999. Acerca de la idea de “Constitución en el tiempo”, véanse K. HESSE, *Constitución y derecho Constitucional*, en AA. VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996; F. MÜLLER, *Juristische Methodis*, Berlín, 1995.

algunas correcciones, derivadas de la práctica reguladora desarrollada en Italia⁴²⁴ – la disciplina de los poderes legislativos del Gobierno⁴²⁵.

II.2.1.1 – Tipologías de delegación y procedimiento de formación

La Carta constitucional española, en sus artículos 82 – 85, establece, de hecho, que en el Gobierno se puede delegar el poder legislativo sobre un objeto específico, por tiempo limitado y para un único ejercicio⁴²⁶. En dichos artículos, el constituyente quiso recoger las dos⁴²⁷ modalidades de delegación legislativa permitidas en el

⁴²⁴ Sin duda, en España como en Italia, el proceso de crecimiento de los poderes normativos del Gobierno ha sido exponencial: el creciente peso político del poder ejecutivo frente al poder legislativo ha llevado a que el Tribunal Constitucional reconociese el sentido expansivo de las normas con rango de ley emanadas del Ejecutivo, como por ejemplo en la sentencia de 28 de abril de 2016, en torno a la naturaleza jurídica de los derechos mediante los que el Gobierno declara el estado de alarma previsto en el art. 116 CE.

⁴²⁵ Sobre el punto Carcassone, en G. CARCASSONE, M. GUILLAUME, *La Constitution, Essais, Divers*, 1999, que ve en el uso reciente del poder de la ordenanza una herramienta incisiva de tipo emergencia capaz de responder a la urgencia económica y social. Sobre este punto, véase también, G. SAVIGNAC, M. SALON, *Des mosaïques législatives?*, en *Actualité Juridique*, 1986.

⁴²⁶ En otras palabras, el Gobierno no puede volver a intervenir dentro del plazo que le ha asignado el Parlamento para adoptar reglamentos correctivos. El art. 82, párr. 3, de la Constitución española, en efecto, establece que la delegación legislativa al Gobierno debe tener lugar de forma expresa, para una materia concreta y con la fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se da por terminada una vez que el Gobierno ha hecho uso de ella, mediante la publicación de la disposición relativa (otro rasgo común en el ordenamiento jurídico italiano, en cuanto a la instantaneidad de la delegación descrita anteriormente). No puede entenderse otorgado de manera implícita y por tiempo indefinido y no se permiten subdelegaciones a autoridades distintas del propio Gobierno.

⁴²⁷ Si se quiere subrayar otra diferencia con el sistema italiano, esta radica en la particularidad de un "tercer tipo" de decretos legislativos presentes en el sistema español, cuyas Comunidades Autónomas son conocidas por gozar de mayor autonomía que la de las Regiones italianas: los decretos legislativos autonómicos, incluidos como fuentes del derecho autonómico en los Estatutos de Autonomía reformados recientemente. A este respecto, la delegación legislativa no se recogía en todos los Estatutos de Autonomía de los llamados "de primera generación". Las reformas estatutarias llevadas a cabo en la octava legislatura la han incorporado, confirmándose su validez constitucional. En el caso

ordenamiento jurídico *post* '78: la delegación mediante bases y la delegación de refundición⁴²⁸. Por la primera, las Cortes⁴²⁹ delegan en el Gobierno la regulación normativa *ex novo* de una materia determinada, de acuerdo con las indicaciones (bases) que las Cámaras le han señalado en una ley previa; por la segunda, las Cortes delegan en el Gobierno la formulación de un texto legislativo único, que reúna a los existentes anteriormente (refundición) sobre la materia que ha sido delimitada en una ley. Por lo tanto, aunque englobables normativo y generadores de normas con rango de ley, lógicamente ambos tipos de delegación son diferentes en cuanto a su finalidad y estructura⁴³⁰: a este respecto, cabe destacar, por un lado, la diferencia de *ratio* que justifica cada una y, por otro, los requisitos comunes a ambas – los artículos 82, 84 y 85 – conocidos como normas comunes.

Un análisis más profundo de los dos tipos resulta útil a los efectos de una mejor comprensión de la herramienta y la posterior comparación con la experiencia italiana.

de Andalucía, en nuevo Estatuto incorpora en el art. 109 la figura del decreto legislativo, con una regulación prácticamente análoga a la establecida en los art. 82 – 85 CE, diferenciando entre la ley de bases para textos articulados o la ley ordinaria para la refundición, en AA. VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Novena edición, Tecnos, 2018.

⁴²⁸ La clasificación de la delegación legislativa en dos modalidades surgió, prácticamente en su versión definitiva, de la enmienda n. 779 al Anteproyecto de Constitución del GP de UCD (CETP: 1/492). La Ponencia aceptó dicha enmienda, coincidente en lo sustancial con la n. 348 del GP Socialista, cambiando “formulación” por “formación” (BOC, n. 82, 17 de abril de 1978, p. 1565), manteniéndose ya sin variación.

⁴²⁹ Estamos en presencia – indica J. PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Sevilla, 2014 – de una excepción al monopolio legislativo de las Cortes Generales que parte de ellas mismas, porque, como bien se ha advertido, no hay nada que pueda permitir desplazar la plenitud de decisión sobre la ley fuera de la disponibilidad de las Cortes, semejante planteamiento no tiene lugar en la Constitución del 1978, en Á. GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Centro de estudios constitucionales, 1980.

⁴³⁰ E. VÍRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, en *Publicaciones del Congreso de los Diputados, Dirección de estudios y Documentación de la Secretaría General*, Agisa, Madrid, 1991.

a) Delegación para la adopción de Textos articulados

Las disposiciones constitucionales que rigen la delegación para la redacción de Textos articulados establecen que las leyes de bases deben prever con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa, así como los principios y criterios que deben regir su ejercicio. Por tanto, es posible afirmar que la Constitución contiene una reserva real de legislación parlamentaria no solo para la identificación del objeto y alcance de la delegación legislativa, elementos que circunscriben materialmente la competencia del legislador delegado, sino también para la determinación de principios y criterios rectores, que afectan más directamente a la forma en que se ejerce la competencia delegada⁴³¹. El motivo de tal preservación de la competencia a favor del Parlamento radica principalmente en la necesidad de garantizar su participación sustancial en la determinación normativa de un sector del ordenamiento jurídico en el que se delega al Gobierno⁴³². La predeterminación por el Tribunal del objeto y contenido de la delegación se convierte, por tanto, en una

⁴³¹ La delegación legislativa implica en sí misma una asociación entre las opciones del Parlamento y las del Gobierno y, dentro de esta asociación, la Constitución garantiza un margen mínimo para el Parlamento, al que reserva las decisiones básicas sobre la disciplina de los objetos de la delegación. Sobre el punto, véase E. PALICI DI SUINI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'Esecutivo*, Giuffrè, Milán, 1998.

⁴³² Sobre la necesaria participación de las Cortes Generales en la regulación del sector sobre el que se otorga la delegación básica al Gobierno, véase L. VILLACORTA MANCEBO, *Centralidad parlamentaria, delegación legislativa y posibilidades de control*, Dykinson, Madrid, 1999. El autor observa que la Constitución española va más allá de la mera necesidad de establecer los fundamentos esenciales de la materia delegada, ya que requiere una participación sustancial de las Cortes en la definición del ámbito material, sobre el que se extiende la delegación legislativa. En este sentido, también se hace referencia a las particularmente interesantes observaciones de De Quadra-Salcedo, quien considera las fundaciones un elemento fundamental para garantizar que todas las fuerzas políticas elegidas democráticamente en el Parlamento participen en la definición de los elementos esenciales de la materia delegada al Gobierno, en T. DE QUADRA-SALCEDO, *La delegación legislativa en la Constitución*, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, 1991.

condición indispensable para conferir al Gobierno un poder legislativo que, solo ejercido dentro de estos límites, puede introducir un nuevo marco normativo en la materia delegada.

De estas observaciones es fácil deducir que el poder normativo otorgado al legislador delegado nunca es ilimitado, ya que éste está obligado a cumplir con las reglas establecidas previamente por el Parlamento en el momento de otorgar la delegación. En España, desde la época de la codificación, estas reglas se han identificado con el término “bases”. Las bases que adopte el Legislativo, en el contexto particular de la delegación legislativa, deberán contener necesariamente, para ser calificadas como tales, un programa normativo concreto que el Ejecutivo deberá implementar.

Es difícil definir *a priori* y, sobre todo con un alto grado de precisión, cuál es el contenido de estas bases, tanto por la imposibilidad concreta de dar una calificación abstracta, como por el cambio lógico de su significado en relación con los diversos temas son, de vez en cuando, sujetos a delegación. En doctrina no existe un acuerdo común sobre la definición de estas bases. La noción más amplia desarrollada por De Quadra-Salcedo⁴³³, que considera el objeto, alcance, principios y criterios rectores como diferentes partes del mismo *unicum*, se contrasta con la más restrictiva de Vígala Foruria⁴³⁴, que considera como únicos elementos constitutivos de esta categoría a los principios y criterios rectores. En todo caso, parece que la referencia textual al concepto de derecho fundamental en el segundo párrafo del art. 82 encuentra luego una mayor especificación en el párrafo cuarto del mismo artículo, que identifica los elementos constitutivos de las bases en las nociones de objeto, principios y criterios, constitucionalizando así parcialmente una línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo, antes de la entrada en vigor de la Constitución (SSTS de 31 de marzo de 1952 y de 15 de octubre de 1954) que había definido las bases

⁴³³ T. DE QUADRA-SALCEDO, *La delegación legislativa en la Constitución*, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, 1991.

⁴³⁴ E. VÍGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, en *Publicaciones del Congreso de los Diputados, Dirección de estudios y Documentación de la Secretaría General*, Agisa, Madrid, 1991.

como una enunciación de los principios y lineamientos que debe cumplir el Gobierno para elaborar un Texto articulado. Esta orientación interpretativa fue posteriormente aceptada y concretada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en la sentencia n. 205/1993, de 17 de junio, reconoció que la determinación precisa del objeto, alcance, principios y criterios rectores por la ley fundamental sirve para circunscribir la delegación legislativa para que no sea ejercida por el Gobierno de manera diferente a la ' objeto y finalidad colocados en su fundamento.

Cada uno de estos elementos debe definirse individualmente. El objeto se identifica comúnmente con la materia sobre la que se relaciona la delegación legislativa, mientras que el alcance está vinculado al significado general que se le atribuye. Este significado, que en principio tiene validez general, se contrasta con otro, en el que el objeto indicaría la materia y finalidad de la delegación y el alcance constituiría en cambio una especificación adicional capaz de excluir determinadas materias o de identificar algún fin singular⁴³⁵.

En lo que se refiere más específicamente a la determinación de los principios y criterios rectores por la ley de delegación, surge el problema – análogamente a lo que se ha podido observar en la experiencia italiana – de distinguir los primeros de los segundos. En Italia, algunos académicos han considerado la fórmula "principios y criterios rectores" como una hendída, es decir, estos términos expresan un límite

⁴³⁵ Como observa J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, la referencia textual al objeto y alcance de la delegación legislativa, contenida en el art. 82.4 de la Constitución española. Implica que el legislador del gobierno nunca podrá determinar qué intereses se van a satisfacer, ni los objetivos que se pretenden alcanzar con el decreto legislativo, ya que deben establecerse con anticipación y en la forma expresada en la ley de delegación. Según L. VILLACORTA MANCEBO, *Centralidad parlamentaria, delegación legislativa y posibilidades de control*, Dykinson, Madrid, 1999, la referencia al objeto en singular y la necesidad de proceder a su delimitación de manera precisa son elementos suficientes para evitar esos fenómenos regulatorios de "múltiples delegaciones", que caracterizan la práctica regulatoria italiana, en base a lo cual más objetos da lugar a distintos decretos legislativos que, aunque vinculados en su finalidad, confieren al gobierno poderes reguladores exorbitantes.

único⁴³⁶. Otros, en cambio, consideraron más correcto distinguir los principios de los criterios rectores, atribuyéndoles significados distintos y ni siquiera parcialmente coincidentes. La doctrina española imperante, de acuerdo con la solución interpretativa propuesta por una parte de la doctrina italiana⁴³⁷, considera que la Constitución española, utilizando términos que tienen un significado diferente, plantea claramente la necesidad de un doble orden de determinaciones. Específicamente, los principios se traducirían en formulaciones programáticas reales que pueden ser utilizadas en referencia a los objetos definidos, mientras que los criterios directivos constituirían las declaraciones de propósitos a perseguir o los métodos específicos adecuados para orientar la actividad reguladora del Gobierno⁴³⁸. Sin embargo, en la práctica, la diferencia entre los dos conceptos es tan sutil que resulta difícil de comprender. En Italia, por ejemplo, el legislador parlamentario suele adoptar una lista única de normas directivas, con el nombre de principios o con el de criterios, entre las que es difícil, si no imposible, distinguir las normas materiales de

⁴³⁶ En Italia se han movido en esta dirección C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padua, 1969; L. PALADIN, Decreto legislativo, en *Novissimo digesto italiano*, V, Turín, 1957; E. LIGNOLA, *La delegazione legislativa*, Giuffrè, Milán, 1956.

⁴³⁷ Sobre el punto, A.A. CERVATI, *Legge di delegazione e legge delegata*, en *Enciclopedia del diritto*, XXII, 2016.

⁴³⁸ Las definiciones son de A.A. CERVATI, *Legge di delegazione e legge delegata*, en *Enciclopedia del diritto*, XXII, 2016. En España, en posiciones similares, véanse J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984; E. VÍRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, en *Publicaciones del Congreso de los Diputados, Dirección de estudios y Documentación de la Secretaría General*, Agisa, Madrid, 1991. Sobre la necesidad de distinguir los principios de los criterios rectores, véase también L. VILLACORTA MANCEBO, *Centralidad parlamentaria, delegación legislativa y posibilidades de control*, Dykinson, Madrid, 1999, según el cual los principios mencionados en el art. 82.4 de la Constitución española no se identifican con los principios generales del derecho, sino con los elementos esenciales de la materia delegada, en cuyo escrupuloso respeto debe elaborarse el texto detallado, mientras que los criterios no deben contener una regulación definitiva de los principales aspectos la materia delegada, pero opciones y referencias esenciales constituyendo un ámbito delimitado que corresponde al decreto legislativo integrar y articular.

las instrumentales. En España, la falta de un criterio para identificar los dos conceptos se refleja en la forma diferente en la que se redactaron las leyes básicas aprobadas tras la entrada en vigor de la Constitución⁴³⁹.

La dificultad de identificar con absoluta certeza los elementos infalibles de las bases no excluye, sin embargo, hacer al menos dos consideraciones generales sobre el tema. Las bases no pueden reducirse a meras indicaciones de principio, desprovistas de límites precisos, pero tampoco deben contener una descripción tan detallada de la materia delegada que lleve al Gobierno a una mera ejecución de las prescripciones legislativas⁴⁴⁰. En este caso, no tendría sentido utilizar el mecanismo de delegación

⁴³⁹ La ley de base n. 39/1980 sobre el procedimiento económico, estableció que la elaboración del Texto articulado debía realizarse de acuerdo con los criterios contenidos en las siguientes bases, sin ninguna referencia textual a los principios. En la ley de base n. 47/1985 sobre la delegación al Gobierno para la aplicación del derecho comunitario, el art. 3 asimilaba ambos términos, disponiéndose que tendrán valor de bases, a cuyo objeto, principios y criterios deberá cumplir el Gobierno en la elaboración de los correspondientes decretos legislativos, directivas y demás normas de derecho comunitario.

⁴⁴⁰ Como observa J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo. Vol. I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, el punto de equilibrio en la determinación de las bases consiste en el establecimiento de directrices vinculantes para el Gobierno que lo condicionen efectivamente en la elaboración del texto articulado, pero cuyo grado de concreción no debe ser susceptible de determinación positiva en términos abstractos. En la práctica española ocurre, sin embargo, cada vez con mayor frecuencia, que las leyes básicas contienen principios y criterios rectores muy amplios, que se prestan a interpretaciones flexibles por parte del Gobierno. Incluso en el sistema jurídico italiano, como observa C. DE FIORES, *Le trasformazioni della delega legislativa nell'epoca della globalizzazione*, en F. MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa*, Giuffrè, Milán, 1999, el fenómeno adquiere proporciones considerables. El parlamento italiano – argumenta el autor – elabora textos legales que contienen principios amplios y controvertidos y criterios rectores como para cuestionar incluso la relación de derivación entre las dos fuentes. A esto se suma la conspicua entrega de la Corte Constitucional que, a pesar de haber llegado hace mucho tiempo a una solución jurisprudencial aceptable en muchos aspectos, se ha mostrado en los últimos años demasiado tolerante al admitir la constitucionalidad de principios y criterios bastante amplios y completamente evanescentes. Principios y criterios que la Corte no hesitó en determinadas circunstancias para inferir *aliunde* (de los principios contenidos en anteriores leyes de delegación con similares contenidos o,

legislativa, que tiene fines claramente distintos a los que se persiguen mediante el ejercicio de la potestad reguladora. Además, las bases adquieren una importancia fundamental especialmente en la fase de revisión de la legitimidad constitucional de los decretos legislativos, convirtiéndose en los parámetros-normas necesarios para evaluar su legitimidad constitucional.

En esencia, el principal criterio para declarar la inconstitucionalidad o, según la tesis del *ultra vires*, la mera ilegitimidad de los decretos legislativos, por violación directa o indirecta de los artículos 82 y 83 de la Constitución española, se fundamenta en la verificación de su adecuación a las bases contenidas en la ley de delegación⁴⁴¹.

b) Delegación para la adopción de Textos refundidos

La otra forma de delegación legislativa prevista en la Constitución española es la de adopción de Textos refundidos. Con esta delegación, el Parlamento no asigna al Gobierno la tarea de dictar un nuevo marco normativo sobre una materia concreta, sino que le encomienda la tarea de reorganizar la ley vigente en un solo texto de ley con el fin de reducir la complejidad regulatoria, a menudo debida a la estratificación en el tiempo de una pluralidad de fuentes en conflicto.

De hecho, la razón de los Textos refundidos consiste precisamente en superar la complejidad regulatoria de una parte del ordenamiento jurídico, fusionando en una única fuente regulatoria algunas disposiciones y normas contenidas en otras fuentes del mismo grado. En esencia, el Gobierno, en aras de la seguridad jurídica, está llamado a "refundir" una disciplina legislativa existente a la que debe dar una nueva coherencia sistemática, sin introducir innovaciones normativas sustanciales. Por tanto, es evidente que el poder legislativo conferido en el presente caso al Gobierno no es cuantitativamente homogéneo con el que puede delegarse para la adopción de

más en general, de los controvertidos principios de "coordinación entre normas y principios") para salvaguardar, a toda costa, su legitimidad.

⁴⁴¹ L. FROSINA, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale spagnola*, en F. LANCHESTER, *Supporto all'attività legislativa del Parlamento. Sezione comparatistica*, Giuffrè, Milán, 2005.

Textos articulados, ya que, si bien es el mismo por naturaleza, es de menor alcance por ser más limitado en su contenido.

Por estas razones, se ha dudado durante mucho tiempo en doctrina si esta actividad de sistematización normativa se pudiese remontar al instrumento de la delegación legislativa. La doctrina que comenzó a estudiar el fenómeno pretendía esencialmente distinguir los Textos refundidos de las fuentes de producción del derecho, creyendo que la tarea de conformar Textos refundidos no correspondía a una delegación del poder legislativo, sino a una autorización para ejercer una función puramente técnico-administrativa⁴⁴². El fenómeno normativo se consideró, por tanto, una tarea coordinada de reescritura de la ley ya establecida, no la creación de una nueva ley⁴⁴³. Sin embargo, esta orientación interpretativa ya fue criticada, antes de la entrada en vigor de la Constitución, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 26 de octubre de 1961, 16 de junio de 1964, 15 de octubre de 1964 y 15 de junio de 1967) y por la doctrina mayoritaria, que, por otro lado, juzgó el fenómeno regulatorio como una verdadera delegación legislativa⁴⁴⁴.

⁴⁴² Incluso en Italia, la doctrina menos reciente ha considerado apropiado no atribuir el fenómeno de los textos únicos al instrumento de la delegación legislativa. En ese sentido, E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padua, 1931, sostiene que la delegación en este caso no implica una atribución de poder legislativo, sino una facultad de interpretar auténticamente las leyes a ser recogidas y coordinadas; para E. LIGNOLA, *La delegazione legislativa*, Giuffrè, Milán, 1956, es un fenómeno de delegación indirecta; para S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1947, la delegación efectiva existe solo cuando a la Administración se le asigna la facultad de modificar las reglas que se fusionan, de lo contrario, la delegación consiste en una mera republicación de leyes que mantienen el mismo valor, siendo una simple "fuente de conocimiento" de las leyes, sin ningún valor normativo.

⁴⁴³ El autor que se opuso más firmemente a la tesis de la delegación fue J. M. MARTÍN OVIEDO, *Significado y valor de los textos refundidos*, en *Revista de Derecho Financiero*, 1969, quien, tras haber definido las instituciones legales de delegación y autorización, afirma que la tarea de fusionar textos legislativos en un solo texto no constituye una delegación, sino una autorización legislativa con todas las consecuencias legales que conlleva.

⁴⁴⁴ En esta dirección, R. GÓMEZ ACEBO, *El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: leyes delegadas y decretos leyes*, en *Revista de Administración Pública*, n. 6, 1951.

Según esta orientación doctrinal y jurisprudencial, la tarea de formar textos únicos difícilmente puede resultar en una simple autorización, lo que presupone la existencia en el órgano autorizado de la competencia para adoptar el acto (aunque el ejercicio de esta competencia está ligado al consentimiento previo expresado por el organismo autorizador). Por el contrario, cuando el Parlamento delega en el Gobierno la tarea de formar un Texto refundido, no quita un límite al ejercicio de su poder, sino que lo legitima para ejercer un poder legislativo real, que se concreta en el derecho a cobrar, coordinar y republicar la legislación vigente sobre un tema determinado en un solo texto.

Partiendo de este supuesto, se ha argumentado que la labor que el Gobierno está llamado a realizar para la redacción de una ley consolidada aporta siempre una novedad importante al sistema legislativo y en todo caso implica la toma de determinadas decisiones de las que se adquiere sentido la delegación del poder legislativo al Gobierno⁴⁴⁵. Esta doctrina parece compartir en parte las consideraciones de aquella doctrina italiana que ya en la década de 1940 observó que el texto refundido nunca implica la reunificación pura y simple de los textos existentes, sino que siempre implica la sustitución de una nueva ley por leyes existentes⁴⁴⁶. En Italia, se llegó posteriormente a hablar de la calificación naturalmente legislativa de los Textos únicos⁴⁴⁷, que presupone una atribución previa del poder legislativo por parte del órgano que la detenta.

A partir de estas consideraciones, parecía difícil negar que el Gobierno, independientemente de la profundidad de los cambios realizados, siempre ejerce una función legislativa en la redacción de un Texto refundido, que se configura como

⁴⁴⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, ed. 19, Civitas, Navarra, 2020.

⁴⁴⁶ El argumento se da en C. ESPOSITO, *Testi unici*, en *Nuovo digesto italiano*, vol. XII, Turín, 1940.

⁴⁴⁷ D. CAMPAGNA, *Testi unici e semplificazione dei sistemi normativi*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1986.

fuente de producción del derecho idónea para derogar la legislación anteriormente en vigor y sustituir las normas transfundidas en ellos⁴⁴⁸.

Quizás teniendo en cuenta esta vieja polémica doctrinal, la Constitución española de 1978 reconoció y reguló este fenómeno normativo en el contexto de la delegación legislativa. Las primeras divergencias doctrinales sobre el carácter productivo o meramente reconocible de la ley de los Textos únicos, que la Constitución define expresamente como actos con fuerza de ley, pueden por tanto considerarse superadas. Sin embargo, el hecho de que el constituyente español, aunque consciente de las distintas consecuencias imputables a las nociones legales de delegación y autorización, haya utilizado este último término para regular los Textos refundidos sigue representando una anomalía, creando así un problema de carácter interpretativo, lo que, sin embargo, no reabrió una amplia controversia doctrinal. De hecho, la Constitución dispone en el quinto apartado de su art. 82 que la autorización para fusionar textos legislativos establece el marco legal al que se refiere el contenido.

Un análisis del art. 82 destaca, sin embargo, la existencia de múltiples razones válidas para disipar con certeza cualquier posible duda sobre la naturaleza del fenómeno en cuestión. En esta dirección, Vírgala Foruria⁴⁴⁹ ha demostrado sobradamente, a través de un análisis sistemático de este artículo, las razones que conducen inequívocamente a devolver el fenómeno normativo de los Textos refundidos al instrumento de la delegación legislativa. En concreto, el autor señaló que: el término "autorización" utilizado para regular los Textos refundidos se inserta en el artículo de

⁴⁴⁸ Como observa E. VÍRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, en Publicaciones del Congreso de los Diputados, Dirección de estudios y Documentación de la Secretaría General, Agisa, Madrid, 1991, en el caso de una autorización, el producto regulador resultante de la fusión sólo podría tener un valor puramente regulador, con el riesgo de ser derogado por una disposición posterior del mismo nivel regulatorio.

⁴⁴⁹ E. VÍRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, en Publicaciones del Congreso de los Diputados, Dirección de estudios y Documentación de la Secretaría General, Agisa, Madrid, 1991.

la Constitución dedicado íntegramente a la regulación de la delegación legislativa; el primer párrafo de este artículo da fuerza de ley a los Textos refundidos, adoptados por el Gobierno en base a delegación legislativa y no a autorización; el segundo párrafo, que regula los dos tipos de delegación legislativa, recupera el derecho común, con el que se encomienda la tarea de formar los Textos refundidos dentro de la delegación legislativa; el tercer párrafo, por su parte, dicta las reglas que rigen ambos tipos de delegación, mientras que los párrafos cuarto y quinto identifican las diferentes reglas para cada uno de los dos tipos; el término autorización se utiliza únicamente en el quinto párrafo de este artículo y no se repite en ningún otro, ni se menciona en los artículos 84 y 85 de la Constitución, que se refieren tanto a los Textos articulados como a los refundidos. Por todas las razones señaladas, la referencia a la autorización contenida en el quinto párrafo de este artículo no ha reabierto controversias interpretativas⁴⁵⁰, ni ha creado dudas sobre el carácter productivo de derecho de los Textos refundidos⁴⁵¹.

Desde este punto de vista, en relación con el ordenamiento jurídico italiano, surgen dos consideraciones claras: por un lado, es la propia Constitución española la que marca una diferencia importante con la italiana, estableciendo la existencia de dos tipos distintos de (finalidad de uso de la) delegación legislativa⁴⁵². En Italia, por el

⁴⁵⁰ Incluso la doctrina italiana ha aclarado que el término autorización puede considerarse equivalente al de delegación siempre que la ley de delegación contenga los requisitos de la delegación legislativa y, por lo tanto, sea aprobada – de conformidad con el art. 72 de la Constitución – con el procedimiento ordinario. En este sentido, véase M. MALO, *Testo Unico*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turín, 1999.

⁴⁵¹ L. FROSINA, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale spagnola*, en F. LANCHESTER, *Supporto all'attività legislativa del Parlamento. Sezione comparatistica*, Giuffrè, Milán, 2005.

⁴⁵² No obstante, la Constitución española de 1978 configura la delegación legislativa como una institución jurídica unitaria que, aunque susceptible de doble implementación, produce los mismos efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico español. De esta manera, la Constitución ha aceptado la posición de aquella parte de la doctrina que considera a la delegación como una institución jurídica de carácter unitario susceptible de ser implementada en la doble forma de textos articulados y refundidos, rechazando así la tesis de una parte minoritaria de la doctrinal que argumenta, en cambio, la naturaleza diferente de los dos tipos de delegación. En esta última dirección, véase E. RECORDER DE

contrario, si bien la delegación legislativa tiene como objetivo abarcar – como hemos visto – diferentes roles – ahora tipificados – dentro del ordenamiento jurídico, los artículos 76 y 77 de la Constitución italiana no diferencian los actos con fuerza de ley según el propósitos que cubren; por otro lado, sin embargo, cabe destacar una analogía con el sistema italiano, que no se puede extraer del texto constitucional, sino de la práctica ahora consolidada: de hecho, como se ha observado anteriormente, la delegación legislativa ha asumido un papel fundamental, dentro del sistema italiano, como instrumento de codificación de la ley en textos únicos y códigos, aunque no está expresamente previsto en la Constitución que deba utilizarse el instrumento del decreto legislativo. El ordenamiento jurídico español va un paso más allá y prevé directamente el instrumento de delegación para la refundición de textos legislativos, "constitucionalizando" la praxis italiana de codificación mediante delegación legislativa⁴⁵³.

CASSO, *La legislación delegada*, en AA. VV., *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979. La unidad jurídica de la institución en cuestión está confirmada por el primer párrafo del art. 82 CE, que en general define el mecanismo de delegación legislativa, que por tanto encuentra su fundamento jurídico en esta disposición de la Constitución. De esto se desprende que el poder regulador delegado del Gobierno deriva su legitimidad jurídica, indirectamente, de la ley delegada que efectivamente lo pone en vigor. La imposibilidad de encontrar el fundamento jurídico exclusivo de la legislación delegada en la norma constitucional o en la ley delegante nos lleva a pensar que ambas normas constituyen su fuente de legitimidad constitucional, en L. FROSINA, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale spagnola*, en F. LANCHESTER, *Supporto all'attività legislativa del Parlamento. Sezione comparatistica*, Giuffrè, Milán, 2005.

⁴⁵³ Ni siquiera es necesario evidenciar que otra clara analogía con la delegación italiana es la estructura formal tripartida en objeto, principios y criterios: en primer lugar, la determinación de un objeto determinado por la ley de delegación pretende claramente, tanto en la Constitución española, como en la italiana, que no se produzcan situaciones como las ocurridas en el periodo de entreguerras en el que los Parlamentos delegaban en el Gobierno la potestad de dictar normal con rango de ley en tanto en cuanto dure la situación de emergencia o en todos los ámbitos necesarios para solventar la crisis económica, es decir, tratándose de evitar los plenos poderes y su posible degeneración hacia una salida política de tipo autoritario. En segundo lugar, la significación práctica de los principios y criterios en el derecho español se puede expresar con la misma definición de las bases, es decir que han de contener las directrices básicas de la norma a elaborar, pero sin ser ni tan vagos e indeterminados que

Sin embargo, a diferencia del modelo italiano, el Gobierno español dispone de poderes bastante incisivos y penetrantes que incluso le permiten oponerse a cualquier proyecto de ley que tenga el mismo objeto⁴⁵⁴. Y todo ello con el fin de proteger la acción del Gobierno de injerencias externas y evitar una especie de revocación implícita de la delegación⁴⁵⁵.

II.2.1.2 – Los límites de la delegación legislativa

La existencia de una regulación diferenciada para los dos tipos de delegación legislativa desarrollada anteriormente no afecta el carácter unitario del instituto, que presenta una configuración normativa uniforme en cuanto a las condiciones

no supongan una verdadera directiva para el delegado, ni tampoco tan difusos y minuciosos que no dejen ningún margen de discrecionalidad. Sobre el punto véase L. ANGULO RODRÍGUEZ, *Delegaciones legislativas tras la Constitución de 1978*, en AA. VV., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1979. La ulterior distinción que se puede llevar a cabo, que no hace más que seguir acercando a los instrumentos de la delegación española e italiana, es que, por un lado, los principios han de contener los puntos básicos de cómo ha querido el Parlamento que se articule la materia, quedando como una especie de clarificación de las posibles controversias que pudieran plantearse al legislador gubernamental, permitiéndole diversos desarrollos normativos; por otro, los criterios, por el contrario, han sido interpretados como los intereses públicos a satisfacer por la normativa delegada y que el Gobierno siempre ha de tener presente, no pudiendo determinarlos por sí mismos, en E. VÍRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, en *Publicaciones del Congreso de los Diputados, Dirección de estudios y Documentación de la Secretaría General*, Agisa, Madrid, 1991; P. GASPARRI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padua, 1965.

⁴⁵⁴ Estas son las disposiciones del art. 84 que establece expresamente que cuando una proposición de ley o una enmienda fuere contraria a una delegación legislativa en vigor, el Gobierno está facultado para oponerse a su tramitación. En tal supuesto, podrá presentarse una proposición de ley para la derogación total o parcial de la ley de delegación. Sobre el punto, L. ANGULO RODRÍGUEZ, *Delegaciones legislativas tras la Constitución de 1978*, en AA. VV., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1979.

⁴⁵⁵ A este respecto, E. ESPÍN, *El sistema de fuentes en la Constitución*, en AA. VV., *Derecho constitucional*, Valencia, 1997.

establecidas en su fundación. Por tanto, es posible identificar dentro de la disciplina constitucional más amplia un núcleo de disposiciones legislativas, las denominadas normas comunes, que establecen los requisitos mínimos comunes a cada delegación legislativa. De esta forma, la Constitución española, si bien prevé peculiaridades normativas para cada forma de delegación, no socava la unidad de la institución, que confiere a una estructura normativa uniforme, que permite definir la tipología de forma unitaria. Las normas comunes establecen las condiciones de admisibilidad de la delegación legislativa en sentido estricto, identificando diversos límites de carácter formal, material y temporal, que vinculan al legislador delegante y delegado al mismo tiempo. Estas reglas, por tanto, sirven como base común del poder delegador y del poder delegado.

a) Límites formales

El art. 82 de la Constitución española establece específicamente que la delegación debe tener lugar de forma expresa con la ley de las Cortes y para ello prohíbe la admisibilidad de delegaciones tácitas o implícitas. Al respecto, cabe señalar que, si bien la delegación encuentra su fundamento jurídico en una disposición constitucional, es siempre la ley de delegación la que atribuye expresamente al Gobierno la facultad de adoptar actos con fuerza de ley sobre una materia determinada.

La Constitución generalmente autoriza al Parlamento a delegar el poder legislativo al Gobierno dentro de ciertos límites, dejando así la decisión sobre si hacerlo y cuándo hacerlo exclusivamente a la voluntad de este órgano constitucional. La identificación del Parlamento como único órgano delegador excluye automáticamente la posibilidad de que otros órganos constitucionales también puedan delegar poderes legislativos. Por ello, una delegación adoptada por el propio Gobierno, con un acto con valor de ley, no sería constitucionalmente admisible. Esta solución contrasta totalmente con el complejo proceso legislativo de delegación, que se divide en una

primera fase, gestionada íntegramente por el Parlamento, y una segunda fase de implementación concreta, regulada casi en su totalidad por el Gobierno⁴⁵⁶.

No obstante, si se quiere descartar con toda certeza la hipótesis de una delegación concertada con un decreto legislativo, la doctrina y la jurisprudencia española han planteado algunas dudas en referencia a una posible “autodelegación” del poder legislativo operada por el Gobierno por decreto-ley. Esto no se debe tanto a la práctica generalizada del franquismo, que hoy ya no puede invocarse, sino a que esta hipótesis fue parcialmente confirmada por las disposiciones de delegación contenidas en dos decretos-ley aprobados por el Gobierno pocos años después de la entrada en vigor de la Constitución⁴⁵⁷. Con el fin de evitar la postergación de abusos de esta naturaleza, el Tribunal Supremo intervino sobre el fondo del asunto con la sentencia de 22 de julio de 1987, disponiendo al respecto que a partir de la entrada en vigor de la Constitución sólo se pudieran ordenar decretos legislativos por las Cortes⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ En este sentido, cabe señalar que, si bien en España la articulación del procedimiento legislativo delegado en las dos fases mencionadas anteriormente tiende a seguir siéndolo, en Italia, en cambio, se complica aún más por el exceso de lo anterior. analizó la práctica de los decretos correctivos y complementarios, que forman parte de la doctrina para argumentar que al procedimiento delegado se suma una tercera fase de indiscutible predominio gubernamental, en el cual el Gobierno emite los decretos correctivos o complementarios de la legislación previamente formulada. Sobre este punto, M. CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di Governo e vizi di costituzionalità?*, en V. COCOZZA, S. STAIANO, *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Turín, 2001, según la cual a partir de una cláusula excepcional, destinada a atender situaciones de emergencia, la delegación para la emisión de decretos correctivos y complementarios se ha transformado en un elemento normal y ordinario de poderes legislativos, que tiende a estructurar el ejercicio de la función fase legislativa en varias fases, en particular añadiendo a las dos fases típicas de la legislación delegada, una fase de experimentación y ajuste.

⁴⁵⁷ Real Decreto-ley n. 5/1979, disposición final 3; Real Decreto-ley n. 2/1980, disposición final.

⁴⁵⁸ También a continuación de esta sentencia, se emitió un decreto-ley – Real Decreto-ley n. 37/1988, de 28 de diciembre – con el que se crea el organismo público Retevisión. Sobre el fondo del asunto intervino el Consejo de Estado que, llamado a opinar sobre el proyecto de ley de aplicación del citado decreto-ley, argumentó que el uso del verbo "adaptar" sugeriría una delegación de refundición, sin

Por lo tanto, rechazada la posibilidad de proceder con una delegación legislativa mediante un decreto-ley, queda por aclarar si y con qué otro tipo de leyes, distintas de las ordinarias, se puede conferir al Gobierno la delegación legislativa. En concreto, se trata de comprobar si es constitucionalmente admisible otorgar una delegación al Gobierno con una ley orgánica o con una ley aprobada en comisión: en relación con las leyes orgánicas, hay que decir que la Constitución se reserva la competencia sobre un número limitado de materias enumeradas a esta fuente legislativa al art. 81, que quedan expresamente excluidas de la delegación legislativa por el primer párrafo del art. 82; en cuanto a las leyes aprobadas en la comisión, el art. 75.3 constitucionalizó parcialmente la solución adoptada por la Constitución italiana, que reserva la aprobación de las leyes de delegación a la asamblea (art. 72). Es correcto hablar de aceptación parcial de la solución italiana, ya que el art. 75.3 prohíbe la aprobación en comisión de las leyes básicas únicamente, pero no también de las ordinarias. Es posible que la reserva de legislación de asambleas prevista para las leyes de base justifique la especial importancia de la decisión del delegado que, en el caso de Textos articulados, presupone la atribución de un poder regulador más amplio al Gobierno⁴⁵⁹.

b) Límites materiales

Cada delegación legislativa debe referirse a un asunto específico, ya que no es admisible una delegación sobre un asunto impreciso o demasiado extenso que confiera al Ejecutivo la facultad de reordenar la regulación en un sector ilimitado del

embargo, se es imposible autorizar al Gobierno por decreto-ley a adoptar leyes de rango legislativo, aunque estas se limiten a aclarar o armonizar disposiciones legislativas previamente aprobadas (Dictamen 3389/1996, de 10 de octubre, Consideración II).

⁴⁵⁹ En Italia, en sentido contrario se expresó en doctrina C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milán, 1962., según el cual, en casos de necesidad y urgencia, se podría adoptar por decreto ley una primera disposición que requiera un mayor desarrollo legislativo y se fijarán los tiempos y principios de la actividad legislativa ulterior que debe ser realizado por el Gobierno.

ordenamiento jurídico. Para ello, la ley delegante debe delimitar con precisión el alcance de la potestad reguladora delegada, especificando exactamente dentro del sector identificado el objeto al que se refiere la delegación. Sólo si se define con este grado de precisión, la materia delegada cumple con los requisitos de determinación y concreción expresamente solicitados por la Constitución. Sin embargo, el núcleo del problema relativo a los límites materiales lo constituye la identificación de los temas no sujetos a delegación legislativa del Parlamento al Gobierno.

En primer lugar, se excluye la delegación en aquellas materias reservadas constitucionalmente a la ley orgánica. La Constitución admite la delegación en todas las materias que incumben abstractamente a la competencia legislativa de las Cortes, salvo las sujetas a la reserva de ley orgánica incluida en el art. 81. Por otro lado, el art. 82.1 establece que las Cortes podrán delegar en el Gobierno la facultad de dictar normas con rango de ley sobre determinadas materias no comprendidas en el artículo anterior. De una interpretación literal del texto constitucional, parece que la indelegabilidad prevista en esta última disposición se limita a las materias expresamente enumeradas en el art. 81 y ni siquiera los que, aunque no sujetos a la ley orgánica, se encuentran efectivamente regulados por esta fuente normativa. Esta interpretación, además de ceñirse estrictamente al texto escrito, es la que mejor se ajusta a la *ratio* de la disposición constitucional dirigida a impedir la delegación legislativa únicamente en aquellas materias que, de especial importancia, deban ser reguladas en forma de ley orgánica.

Por estas razones, la regulación de una materia no sujeta a reserva de ley orgánica no debe ser excluida del decreto delegado, aunque esté regulada por esta fuente normativa. Sin embargo, esta interpretación, basada esencialmente en el aspecto material de la reserva de ley orgánica, parece contradecir, al menos en parte, el contenido del art. 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional n. 2/1979, que prevé la inconstitucionalidad del decreto legislativo por cualquier violación formal o material de la reserva de la ley orgánica, tanto en el caso de que intervenga en materias reservadas a la ley orgánica, como si modifica o deroga una ley orgánica previamente aprobada. De una interpretación conjunta de las disposiciones

constitucionales y legislativas vigentes, se desprende, por tanto, que el decreto legislativo no se encuentra teóricamente excluido de intervenir en aquellas materias que, si bien no están sometidas a la ley orgánica, se rigen por esta fuente normativa, siempre que no presente con respecto a ella un contenido parcial o totalmente contrastante.

Además de la imposibilidad de delegar los asuntos cubiertos por la reserva *de qua*, la delegación también debe excluirse en todos los asuntos que por su naturaleza den lugar a un acto de control del Parlamento sobre el Gobierno. Por tanto, las delegaciones para la aprobación de leyes presupuestarias y leyes básicas, la autorización para la ratificación de tratados internacionales, la validación o derogación de un decreto-ley y la extensión, autorización o declaración de uno de los estados de excepción previstos por el art. 116 de la Constitución.

Un último aspecto relacionado con los límites materiales es el de la admisibilidad de una delegación legislativa en las materias cubiertas por la reserva de ley ordinaria. En España, la cuestión es particularmente controvertida en la literatura jurídica, dado que a una orientación interpretativa que juzga admisible la delegación legislativa en estos casos⁴⁶⁰ se contrastan opiniones difusamente discordantes⁴⁶¹. La orientación

⁴⁶⁰ En esta dirección, véase F. BALAGUER CALLEJÓN, *Los decretos legislativos. Naturaleza jurídica y clases* en F. BALAGUER CALLEJÓN, G. CÁMARA VILLAR, J. F. LÓPEZ AGUILAR, M. L. BALAGUER CALLEJÓN, J. A. MONTILLA MARTOS, *Manual de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2018, según el cual no existe reserva del Parlamento en el constitucionalismo español, que obliga, por ejemplo, a este órgano a adoptar decisiones fundamentales en materias reservadas al derecho común. Por ello, según el autor, la reserva de ley no se configura en el sistema español como una reserva del Parlamento o del procedimiento legislativo ordinario, sino que debe entenderse como una reserva de rango normativo. Esta interpretación lleva a considerar plenamente admisibles los actos legislativos con fuerza de ley del ejecutivo en aquellas materias sujetas a reserva legal.

⁴⁶¹ Sobre el punto, críticamente, L. VILLACORTA MANCEBO, *A propósito de la delegación legislativa y sus posibilidades de control*, en AA. VV., *Parlamento y control del Gobierno*, Aranzadi, Pamplona, 1988, el cual afirma que si la importancia del asunto que justifica la reserva legal se entiende principalmente en el constitucionalismo actual como una reserva del parlamento, o de un procedimiento caracterizado por los elementos esenciales de discusión y publicidad, no se entienden fácilmente las razones sustentadas por los defensores de la tesis que afirma la compatibilidad de la reserva legal con

doctrinal a favor de la extensibilidad de la delegación legislativa en este ámbito coincide en que la Constitución, reconociendo rango y fuerza de ley a los decretos legislativos, ha admitido la posibilidad de derogar el orden general de competencias, autorizando así implícitamente los decretos legislativos para intervenir también en aquellas materias comprendidas en la reserva de ley ordinaria⁴⁶².

c) Límites temporales

Por último, la delegación legislativa debe ser limitada en el tiempo, ya que no puede extenderse más allá de un plazo establecido. La existencia de un límite de tiempo es fundamental para la naturaleza de la delegación, que siempre determina una atribución temporal del poder legislativo al Gobierno.

La ausencia de un límite de tiempo privaría a la delegación de su connotación de carácter temporal a partir de la cual es posible diferenciarla de una transferencia permanente del poder legislativo al Gobierno. Por esta razón, el art. 82.3 de la Constitución establece que la delegación debe tener lugar en un plazo determinado y, a tal efecto, es válida la admisibilidad de las delegaciones otorgadas por tiempo

el decreto legislativo, a menos que la reserva legal esté destinada a una reserva de rango normativo. En posiciones similares se encuentra A. LÓPEZ PINA, *Democracia representativa y parlamentarismo: Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*, Jornadas de Derecho constitucional comparado celebradas los días 5 – 7 de noviembre de 1992, Secretaría general del Senado, Madrid, 1994, quien considera que la reserva legal debe tener el efecto de excluir a la delegación para evitar que las tareas legislativas asignadas al Parlamento se lleven a cabo con ella. En esta misma dirección también, A. M.ª CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del Decreto Ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, según la cual la reserva legal debe entenderse como una reserva del Parlamento – o del procedimiento legislativo ordinario – que excluye no solo cualquier posibilidad de regulación independiente por parte del Ejecutivo mediante reglamento, sino también todas las otras normas con fuerza y valor de ley, que no son producto de una libre discusión parlamentaria (decretos legislativos y decretos-leyes).

⁴⁶² L. FROSINA, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale spagnola*, en F. LANCHESTER, *Supporto all'attività legislativa del Parlamento. Sezione comparatistica*, Giuffrè, Milán, 2005.

indefinido. El aspecto central de la cuestión de los plazos está vinculado a la identificación del mandato inicial y final de la delegación legislativa.

El plazo inicial, que corresponde a la fecha de entrada en vigor de la delegación legislativa, es relevante para calcular el tiempo liberado al Gobierno para implementar la delegación. A efectos prácticos, no es necesario identificar este plazo si la ley de delegación especifica su fecha de entrada en vigor o, viceversa, establece el plazo final, indicando una fecha precisa en el calendario. Sin embargo, estas soluciones, aunque preferibles a otras en aras de la seguridad jurídica, no han encontrado hasta ahora una amplia aplicación en la práctica constitucional española⁴⁶³. De hecho, ocurre con mayor frecuencia que el término inicial de la delegación no está señalado en la ley de delegación y que el término final se concreta con referencia al vencimiento de un período de tiempo a partir de la entrada en vigor de esta⁴⁶⁴ o a una determinada medida temporal no ligada a ningún hecho⁴⁶⁵.

En tales casos se hace necesario conocer el momento en el que la delegación entra en funcionamiento, para conocer el plazo efectivamente otorgado al Gobierno para implementarla.

En general, se puede considerar que, si la ley de delegación no contiene una cláusula que determine el momento de la entrada en vigor, se aplicarán las reglas previstas por el art. 2 del Código Civil y, por tanto, entrará en vigor a los veinte días de su

⁴⁶³ La práctica italiana también difiere mucho de la aplicación de soluciones de esta naturaleza. En este sentido, véase M. AINIS, *Promulgazione ed entrata in vigore delle leggi di delega*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1985.

⁴⁶⁴ En este último caso, el riesgo que se puede correr es permitir que el Gobierno retrase arbitrariamente la publicación de la ley de delegación en el BOE, alargando así excesivamente el plazo. Según E. VÍRGALA FORURIA, *De nuevo sobre los decretos legislativos (A propósito de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, en *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 56, 1999, el retraso arbitrario en la publicación de la ley de delegación puede resultar en la nulidad de la delegación y en consecuencia de la ley delegada. Una fórmula de este tipo fue utilizada por la Ley n. 26/1990, en la que se prevé que la delegación deberá implementarse en el plazo de dos años desde la entrada en vigor.

⁴⁶⁵ Por ejemplo, una indicación genérica de un plazo de seis meses para implementar la delegación se utilizó expresamente en la disposición final 6 de la ley núm. 8/1980 y en el art. 1 de la ley n. 39/1980.

publicación en el Boletín Oficial del Estado. Esta solución interpretativa fue aceptada por la Corte Suprema en la sentencia de 3 de octubre de 1997, en la que manifestó que en tales casos el mandato de inicio de la delegación coincide con el final de los veinte días de *vacatio legis* previstos en el citado art. 2⁴⁶⁶.

También surgieron problemas similares para determinar el mandato final de la delegación. Este término, fijado en la ley de delegación, marca el plazo otorgado al Gobierno para implementar la delegación legislativa mediante la adopción del decreto relativo. Puede referirse a una fecha precisa en el calendario, a un período de tiempo expresado en días, meses o años, a un evento, que también puede ser *incertus nel quando*, pero siempre de cierta verificación. De ello se desprende que el aspecto más importante a efectos de determinar el *dies a quem* es identificar la fase del procedimiento delegado con la que efectivamente se implementa la delegación legislativa, fecha que hipotéticamente podría coincidir con la de aprobación, publicación o entrada en vigor del decreto legislativo.

En Italia, la solución a este problema, ampliamente controvertido en doctrina, encontró respuesta en la orientación seguida por la jurisprudencia constitucional que estableció, a los efectos de determinar el plazo, que la delegación puede ser considerada satisfecha por el Gobierno desde el momento de emisión del decreto

⁴⁶⁶ Sin embargo, en la doctrina se han planteado algunas dudas sobre la conveniencia de subordinar el funcionamiento de la ley de delegación a la culminación de la *vacatio legis*: la tesis de VÍrgala Foruria se ha orientado en esta dirección, con el autor que considera la publicación como un instrumento institucionalmente predeterminado al conocimiento público del derecho y que, en el caso de la delegación, el conocimiento del texto legislativo se da para la estructura de Gobierno en un momento previo a la culminación de la *vacatio legis*. No es posible, según el autor, suponer que el Gobierno necesita los veinte días de *vacatio* para conocer la ley, habiendo tomado él mismo las gestiones para publicarla. Por estos motivos, el autor llega a la conclusión de que el *dies a quo* de la delegación coincide con el momento en que el Gobierno efectivamente toma conocimiento del contenido de la ley, momento que no corresponde ni al vencimiento de la *vacatio* ni a la publicación en el BOE, sino al producirse la promulgación por parte del Rey: a partir de este momento, la ley delegada se perfecciona y pasa a ser jurídicamente obligada.

delegado⁴⁶⁷; en España, en cambio, la cuestión del plazo no planteó, como en Italia, grandes problemas de interpretación, habiendo encontrado una resolución directa en la disposición del texto constitucional en la que se espera que la delegación finalice una vez que el Gobierno ha utilizado la publicación de la norma pertinente. La Constitución, por tanto, hace coincidir el mandato final de la delegación con una fase precisa del proceso formativo del decreto legislativo, que corresponde a su publicación. De ello se desprende que, para valorar si la delegación de poder se ha ejercido dentro del plazo fijado por la ley de delegación, es necesario tener en cuenta la fecha de publicación del decreto legislativo⁴⁶⁸.

II.2.2 – Los controles sobre la delegación legislativa

A pesar de lo expuesto, no son pocas las limitaciones⁴⁶⁹ a las que se ve sometida la acción normativa del Gobierno en España. Baste pensar en las incisivas competencias de control sobre la delegación de poderes, atribuidas por el ordenamiento jurídico español a las Cortes, centradas principalmente en el uso original – previsto por el reglamento del Congreso de los Diputados – de un procedimiento especial de

⁴⁶⁷ El problema, sin embargo, tuvo varias respuestas en la doctrina: la orientación menos restrictiva fue expresada por E. CHIELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione ed esercizio della funzione legislativa delegata entro il termine della delega*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, quien considera que el decreto legislativo es constitucionalmente legítimo en cuanto al cumplimiento de los plazos, cuando se resuelve en la fecha fijada en el acto de delegación. Más restrictiva, sin embargo, es la tesis apoyada por C. ESPOSITO, *Invalidità della pubblicazione di leggi delegate*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, según el cual no solo la emisión del decreto delegado, sino también su publicación, debe realizarse dentro de la fecha de vencimiento de la delegación.

⁴⁶⁸ L. FROSINA, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale spagnola*, en F. LANCHESTER, *Supporto all'attività legislativa del Parlamento. Sezione comparatistica*, Giuffrè, Milán, 2005.

⁴⁶⁹ Diferencia (quizás) sólo en terminología, pero en España, a diferencia de Italia, la delegación ha de otorgarse de forma expresa y no podrá entenderse concedida de modo implícito: una limitación adicional al instrumento en el ordenamiento jurídico ibérico, también presente en Italia, pero implícitamente. El hecho de que en España tal limitación esté garantizada constitucionalmente retrata perfectamente el marco más severo de limitaciones a la delegación.

seguimiento de los criterios de redacción de los decretos legislativos⁴⁷⁰. Una diferencia significativa con el ordenamiento italiano se desprende de la comparación del art. 76 CI y 82 CE, donde resalta un límite ulterior para el uso de la delegación en España, es decir en todas aquellas materias competencia de las Cortes Generales excepto las incluidas en el art. 81 CE⁴⁷¹, a saber, las mencionadas en el precepto relativo a las leyes orgánicas⁴⁷².

Finalmente, otro tema particularmente delicado, en materia de delegaciones legislativas en el ordenamiento ibérico, se refiere a las formas esenciales de control jurisdiccional⁴⁷³ de los decretos legislativos⁴⁷⁴: en este sentido, es habitual creer que

⁴⁷⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1998; E. RECORDER DE CASSO, *La legislación delegada*, en AA. VV., *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979; T. DE QUADRA-SALCEDO, *La delegación legislativa en la Constitución*, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, 1991.

⁴⁷¹ Lo que resalta de la redacción del art. 82, párr. 1, CE es la referencia expresa a materias determinadas no incluidas y no a materias reguladas por ley orgánica, lo que evita que, incluso si se aceptara la tesis de la reserva formal sobre las leyes orgánicas, una materia regulada por tal tipo de ley quedar excluida de la delegación, aunque no apareciera como tal en el art. 81 CE, en E. VÍRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, en *Publicaciones del Congreso de los Diputados, Dirección de estudios y Documentación de la Secretaría General*, Agisa, Madrid, 1991.

⁴⁷² La primera mención a la exclusión de determinadas materias aparece en la discusión en la Comisión del Congreso, aunque parece que existía algo similar en el proyecto presentado por AP a las primeras reuniones de la Ponencia (en leyes orgánicas o financieras, art. 5, n. 2) y cuya no consideración originó la reserva en ese punto del PSOE. La primera mención provino del Grupo Socialista al presentar una enmienda *in voce* para añadir al final del párrafo 1 "... no incluidas en el artículo anterior" (DSCD – Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, n. 80, 2 de junio de 1978, p. 2916).

⁴⁷³ Villacorta Mancebo habla de doble control de los decretos legislativos, definiéndolo una realidad y no una mera apariencia: según el autor, esto encuentra su confirmación en la práctica, con el Tribunal Constitucional que sanciona su adecuación jurídica desde la Sentencia 51/1982, de 19 de julio, en L. VILLACORTA MANCEBO, *Centralidad parlamentaria, delegación legislativa y posibilidades de control*, Dykinson, Madrid, 1999.

⁴⁷⁴ La legislación delegada en el ordenamiento español se encuentra sometida a sucesivos instrumentos de control que son llevados a cabo por diferentes órganos. De forma previa debemos

en España los decretos legislativos están, en consideración a su naturaleza jurídica, sometidos al control de legitimidad constitucional por parte del Tribunal Constitucional⁴⁷⁵, en las formas de acceso previstas legalmente en la Constitución (a saber, recurso directo de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno, de cincuenta diputados o senadores, del Defensor del Pueblo, de los Gobiernos y Parlamentos regionales)⁴⁷⁶. Pero todo ello bajo una condición: que el decreto legislativo no haya superado los límites marcados por la misma ley de delegación. En

referimos al control que realiza el Consejo de Estado, de acuerdo con el art. 21.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Sin embargo, se ha planteado la duda de hasta qué punto la emisión de un dictamen por el Consejo de Estado puede considerarse como un auténtico mecanismo de control: así, la STS de 11 de mayo de 1988 ha relativizado la existencia de este dictamen como un auténtico sistema de fiscalización. El control al que se refiere el último apartado del art. 82 CE es, sin duda, la cuestión central de la problemática constitucional de la delegación legislativa, habida cuenta de que deben excluirse los mecanismos previos de control parlamentario (que se contemplan en el Título VI del Reglamento del Congreso de los Diputados, artículos 152 y 153), con eficacia vinculante, que privarían de sentido a la delegación y, por la misma lógica, tampoco una ratificación *a posteriori*, como en el caso de los decretos-leyes. Por lo que se refiere al control jurisdiccional de los decretos legislativos, es obviamente donde se proyecta con todas sus consecuencias la disparidad doctrinal en torno a la naturaleza de los decretos legislativos. La tesis doctrinal mayoritaria afirma indiscutiblemente la posibilidad de revisión jurisdiccional del *ultra vires* de los decretos legislativos, pues, en tal caso, los preceptos que hayan incurrido en exceso no tienen naturaleza de ley, ya que el contenido de la norma delegada no queda cubierto por la ley de delegación y el decreto no puede darse a sí mismo un rango que no le corresponde. Sin perjuicio de este control por la jurisdicción ordinaria, los decretos legislativos están sujetos también al control del Tribunal Constitucional, tal como señaló en su momento la STC 51/1982, de 18 de julio y reitera la STC 47/1984, en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=82&tipo=2>.

⁴⁷⁵ De hecho, como observado por Carmona Contreras, la constitucionalidad no es un atributo exclusivo de la ley: todos los poderes públicos y todos sus productos normativos están sometidos a los mandatos constitucionales, en A. M.^º CARMONA CONTRERAS, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 50, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 1997.

⁴⁷⁶ J. JIMÉNEZ CAMPO, *El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos*, en *Revista de Derecho Público*, 1981; J. SOLÉ TURA, M. A. APARICIO, *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, 1984.

este caso, al tratarse de normas *ultra vires*⁴⁷⁷, el decreto legislativo no estaría investido de fuerza de ley. Por tanto, la legislación delegada pasaría a un segundo plano y, como cualquier otro acto de carácter exclusivamente normativo, debería ser considerado cuestionable por todos los tribunales administrativos y ordinarios españoles⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ No es de extrañar que, tras la aprobación de la Constitución española de 1978, la tesis del *ultra vires* haya sido objeto de numerosas críticas desde la doctrina, que no se ha limitado a refutarla, sino que ha elaborado teorías alternativas quizás más adecuadas al actual sistema de fuentes del derecho. Incluso antes de la aprobación de la constitución, Gil Robes realizó amplias críticas de carácter estructural a esta tesis, aunque aceptó parcialmente los resultados alcanzados en cuanto a la admisibilidad del control judicial sobre los decretos delegados. Para un examen más detallado del cargo que ocupa este autor, véase J. M. GIL ROBES, *El control de legalidad de las normas con valor de ley*, en *Revista Española de derecho Administrativo*, n. 3, 1974. Tras la entrada en vigor de la Constitución, De Otto criticó los prerequisites de la intransmisibilidad del poder legislativo y los resultados implícitos que tienden a asimilar la institución de la delegación al fenómeno de los plenos poderes en un sistema con una constitución rígida, en I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987. Jiménez Campo, por su parte, ha elaborado un catálogo de objeciones persuasivas a la tesis de la desclasificación legislativa del decreto legislativo, destacando inconsistencias y contradicciones respecto al complejo sistema de principios y normas que regulan las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico español, en J. JIMÉNEZ CAMPO, *El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos*, en *Revista de Derecho Público*, 1981. El autor ha destacado sobre todo cómo puede conducir la aplicación de esta tesis – a la luz de la fuerza legislativa que inequívocamente atribuye a los decretos legislativos el art. 82.1 CE – a una peligrosa confusión entre el concepto de efectividad y validez del decreto legislativo, en L. FROSINA, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale spagnola*, en F. LANCHESTER, *Supporto all'attività legislativa del Parlamento. Sezione comparatistica*, Giuffrè, Milán, 2005.

⁴⁷⁸ Y, de hecho, los reglamentos, en el ordenamiento jurídico español, si bien constituyen una componente bastante incisiva de la producción legislativa global, se sitúan en un nivel subordinado respecto a la ley ordinaria, a la que siempre deben ser “conforme”. Sin embargo, la Constitución de 1978 evita aclarar los términos precisos de esta conformidad y de como ésta afecta la definición del tipo de normativa admisible, planteando así difíciles problemas interpretativos en la aplicación, en P. CARETTI, *Tendenze evolutive dei poteri di direzione dell'amministrazione: alcune esperienze a confronto*, en P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1991. Sobre el punto, véase también J. JIMÉNEZ CAMPO, *Osservazioni*

II.2.3 – La transformación de la delegación legislativa en España

En el ordenamiento español, las innovaciones de la jurisprudencia constitucional de los últimos años parecen incluso menores que lo ocurrido en el contexto italiano, en el que – como se ha analizado anteriormente – el planteamiento de la Corte es aún muy tímido. Esto, como se mencionó, se deriva tanto de los efectos que todavía produce la aplicación de la teoría del *ultra vires* y del *doblo control* de los jueces ordinarios y constitucionales, como del escaso uso de la fuente decreto legislativo que se ha hecho concretamente. En particular, de 2000 a 2015 solo se aprobaron 32 decretos delegados, o alrededor de 2 por año; en todos estos casos, entre otras cosas, se trata de una hipótesis de delegación "no innovadora", por así decirlo, ya que no se basa en la aprobación de una ley de base, sino de una ley ordinaria que dio lugar a textos refundidos destinados a agrupar diversas normativas en determinados sectores específicos del ordenamiento jurídico. Las leyes de bases y los textos articulados, por tanto, parecen ahora ser fuentes normativas del pasado, y esto ha influido en las posibilidades de intervención del Tribunal: en primer lugar, la sentencia n. 166 de 2007 solo confirmó así la orientación ahora constante de los jueces constitucionales en materia de control de constitucionalidad de la legislación delegada en casos de *ultra vires*, estableciendo que la resolución judicial ordinaria es en sí mismo suficiente para que el decreto legislativo adquiriera rango reglamentario y deja inalterada la compleja relación entre jurisdicción ordinaria y constitucional; en segundo lugar, en lo que respecta al régimen jurídico de los decretos legislativos, el

sul potere regolamentare nell'ordinamento spagnolo, en P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bolonia, 1991; I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Los controles de la legislación delegada*, Madrid, 1995; F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *Tribunal Constitucional y control de legalidad de los decretos legislativos*, en *Revista de Administración pública*, 1993; E. VÍRGALA FORURIA, *La jurisprudencia y los Decretos legislativos: una permanente ceremonia de confusión*, en AA. VV. *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, III, 1997.

Tribunal Constitucional ha proporcionado en esta etapa solo indicaciones resumidas con respecto a los requisitos objetivos⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ El análisis comparado de la jurisprudencia constitucional italiana y española en materia de delegación legislativa resalta cómo, si bien el control de los tribunales constitucionales se ha vuelto progresivamente más penetrante con el tiempo, gracias a la afirmación de la centralidad y "ordinariedad" del procedimiento legislativo, que sigue el órgano cuyo poder deriva directamente del pueblo, así como el carácter despectivo de la producción legislativa del Ejecutivo, sigue siendo todavía muy poco eficaz. En cambio, tanto la jurisprudencia constitucional italiana como la española han mantenido constantemente una actitud más laxa hacia la delegación legislativa, considerada menos invasiva y disruptiva que los equilibrios inducidos por la forma común de gobierno parlamentario. Si una actitud similar del Tribunal Constitucional se puede atribuir en gran medida al escaso uso que se ha hecho del instrumento en la práctica en España, no se puede decir lo mismo de la Corte constitucional italiana: ésta parece haber intentado operar, en la década de 2000, algunas "pruebas de resistencia", tratando de identificar limitaciones más precisas al decreto delegado; sin embargo, siguen siendo intervenciones residuales, que no han afectado sustancialmente la flexibilidad de los elementos esenciales de la delegación y el juicio excesivamente reverente sobre el tema de los límites mínimos. Por tanto, las consideraciones de quienes justifican la actitud de los jueces constitucionales no pueden ser compartidas plenamente, porque la opción de conferir la delegación estaría en cierto modo casi exenta de la revisión de la legitimidad constitucional, ya que la legalización del *an* de la delegación es de hecho, se traduciría en un sindicato muy cercano al del mérito. Una afirmación que es ciertamente en parte correcta, pero que con demasiada frecuencia ha llevado a la Corte constitucional italiana a avanzar en una línea de conducta demasiado reverente hacia las decisiones del circuito político. Ciertamente está claro que, en el caso de la delegación, el Parlamento actúa *ex ante* para permitir la intervención normativa del Gobierno, pero cada vez más lo hace con indulgencia y mediante un procedimiento en el que el Ejecutivo juega un papel preponderante (iniciativa del Gobierno, a veces combinada con la fijación de la cuestión de la confianza en la aprobación de la ley de poder). Esta actitud básicamente pasiva y condescendiente ha contribuido, por tanto, al aumento progresivo de los espacios ocupados por la regulación delegada, alejándose de esquemas constitucionales formales que ahora son extremadamente difíciles de hacer cumplir. Con respecto a lo que se ha analizado a lo largo de éste estudio, piénsese no solo en el uso frecuente de la delegación por parte del Parlamento italiano, sino también en el aspecto cualitativo de las intervenciones otorgadas al Ejecutivo, que pretendían reformar sectores enteros del ordenamiento jurídico mediante el uso de las "maxi-delegaciones" ya analizadas. En este sentido, los autores Tarchi y Fiumicelli comentan que solo cabe esperar una actuación más decidida de los órganos de control constitucional, sin modificar la Constitución, para que el ejercicio de los poderes legislativos de rango primario por

II.2.3.1 – Evolución y líneas de tendencia en el uso de la delegación

El panorama que ofrecen los datos del Congreso de los Diputados sobre la producción legislativa del sistema español permite formular algunas observaciones generales sobre las principales formas y métodos de intervención gubernamental en el proceso legislativo, de las que se pueden obtener indicaciones más precisas sobre las principales tendencias de aplicación de la delegación legislativa.

La entrada en vigor de la Constitución española de 1978, tras la fase de cuarenta años del régimen autoritario de Franco y posterior al proceso de reestructuración político-institucional implantado en el período de transición a la democracia, ha consagrado la transición de España de un estado autoritario a un gobierno. del derecho --en el sentido más amplio del término, el analizado en la primera parte de este trabajo-- democrático y social, marcando el inicio de una nueva y compleja fase dirigida principalmente a la institucionalización y consolidación de la democracia en el orden recién establecido.

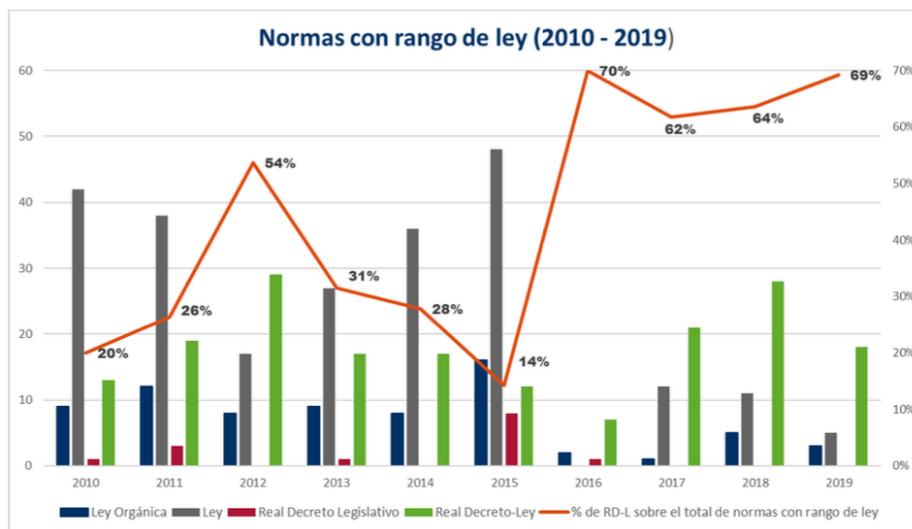
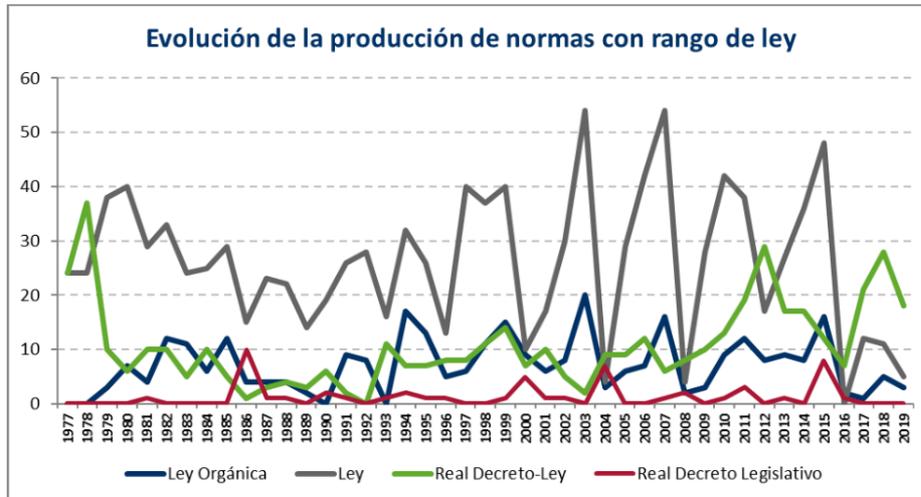
Como anticipado, de 2000 a 2015 solo se aprobaron 32 decretos delegados, alrededor de 2 por año ⁴⁸⁰. De las 648 normas estatales publicadas en el BOE en el

parte del Ejecutivo pueda retornar efectivamente al marco constitucional, subsanando las consecuencias de una arbitrariedad que ya no es tolerable, en R. TARCHI, D. FIUMICELLI, *I poteri normativi di rango primario del Governo nella giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola*, en *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016.

⁴⁸⁰ En 2000 se aprobaron 5 decretos legislativos, implementando las delegaciones conferidas en años anteriores. En cualquier caso, se trata de decretos que contienen textos refundidos, para la reformulación y armonización de la legislación vigente; 3 de ellos se refieren al sector de la seguridad social, con disposiciones relativas, respectivamente, al personal de las Fuerzas Armadas, funcionarios del Estado y personal que labora en la administración de justicia; los otros 2 decretos se refieren en cambio al tema de los contratos de la administración pública, así como al del orden social. En 2001, solo se aprobó un decreto legislativo, que contiene el nuevo texto único sobre el agua. En 2002, solo se aprobó 1 decreto legislativo, que contiene el nuevo texto consolidado sobre fondos de pensiones, basado en la delegación otorgada al Gobierno el año anterior. Por otro lado, en 2004 se aprobaron 8 decretos legislativos, con los que se completaron las competencias conferidas en años anteriores y todos ellos referidos a la redacción de textos únicos: los 5 primeros decretos del año se aprobaron a

año 2019, solo un 4% representan normas con rango de ley. Tras el año 2019, el número de reales decreto ley ha sido por cuarto año consecutivo superior al número de leyes ordinarias publicadas en el BOE: este fenómeno, que en 42 años de democracia solo se había reproducido en otras cuatro ocasiones de manera aislada (1978, 2004, 2008 y 2012), acerca ulteriormente las prácticas legislativas del ordenamiento español a las del ordenamiento italiano, que se como se ha observado no es nuevo al uso/abuso de la decretación de urgencia.

principios de marzo, por tanto, del Gobierno popular aún en el cargo, y están relacionados con materia tributaria, hacienda local y catastro inmobiliario, mientras que los otros 3 textos consolidados, aprobados en octubre por el nuevo Gobierno socialista, se refieren todos al sector asegurador privado. En 2007 se aprobaron 2 decretos legislativos, que contienen los textos únicos de la ley general de defensa de los consumidores y usuarios y la ley general de estabilidad presupuestaria. En 2008 se aprobaron 2 decretos legislativos, que contienen los textos únicos de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, a partir de una delegación conferida en noviembre de 2007, y de la Ley de suelos, que completó una delegación asignada en mayo 2007. En 2010 se emitió 1 decreto legislativo con el que se aprobó el nuevo texto refundido de la legislación sobre sociedades anónimas. En 2011, se aprobaron 3 decretos legislativos, que contienen nuevos textos únicos sobre auditoría, puertos estatales y navegación mercante, contratos del sector público. En 2013 solo se aprobó 1 decreto legislativo, que dio lugar a un texto refundido sobre los derechos de las personas con discapacidad y medidas para su inclusión social. En 2015 se aprobaron 8 decretos legislativos, que contienen textos reembolsados sobre: medicamentos y productos sanitarios; estatuto de los trabajadores; trabajo; mercado de Valores; estatuto de los empleados públicos; tráfico, tráfico y seguridad vial; suelo, territorio y rehabilitación urbana; seguridad Social, en R. TARCHI, D. FIUMICELLI, *I poteri normativi di rango primario del Governo nella giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola*, en *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016.



Fuente: *La producción normativa en 2019*, Departamento de Asuntos Regulatorios y Europeos, CEOE, 2020.

Puede entonces afirmarse que, en los últimos años, dos de cada tres normas con rango de ley habían sido desarrolladas a través de un decreto ley. Se trata de una diferencia de considerable importancia: de hecho, como se ha analizado anteriormente, en el ordenamiento italiano el número de decretos legislativos ha prevalecido sobre el decreto-ley en las últimas cinco legislaturas.

Año	D.L.	D.Lgs.	Año	D.L.	D.Lgs.
1977	24	0	1999	14	1
1978	37	0	2000	7	5
1979	10	0	2001	10	1
1980	6	0	2002	5	1
1981	10	1	2003	2	0
1982	10	0	2004	9	7
1983	5	0	2005	9	0
1984	10	0	2006	12	0
1985	5	0	2007	6	1
1986	1	10	2008	8	2
1987	3	1	2009	10	0
1988	4	1	2010	13	1
1989	3	0	2011	19	3
1990	6	2	2012	29	0
1991	2	1	2013	17	1
1992	0	0	2014	17	0
1993	11	1	2015	12	8
1994	7	2	2016	7	1
1995	7	1	2017	21	0
1996	8	1	2018	28	0
1997	8	0	2019	18	0
1998	11	0			
Total				476	53

Fuente: *Boletín Oficial del Estado*.

En último análisis, cabe destacar que, en España, el sistema de delegaciones – a pesar de su escaso utilizo – ha asumido un papel crucial en los procesos de reforma del Estado, situándose en el centro de una encrucijada bastante delicada entre los

procesos de innovación político-económica, la perspectiva europea y las demandas de descentralización territorial. Este es un contexto, no por casualidad, marcado por el papel normativo hegemónico del Gobierno, sobre cuya acción se han regido en última instancia las políticas de integración comunitaria y el proceso de innovación normativa⁴⁸¹ en los últimos años. De ahí, el progresivo surgimiento de una corriente que, si bien común al resto de Europa, aparece, sin embargo, en el caso español, destinada a asumir más que en otros lugares los contornos inequívocos de urgencia y extraordinaria naturaleza. Y esto, sobre todo, por una tan sencilla, cuanto fundamental razón: en España, debido a su tardía adhesión a la Comunidad Europea⁴⁸², se hizo necesario y urgente trasponer en un período de tiempo particularmente corto casi treinta años de *acquis communautaire* al derecho interno⁴⁸³.

⁴⁸¹ La expresión es de L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Atti legislativi del Governo e rapporti tra poteri: l'esperienza spagnola*, en Quaderni Costituzionali, 1996.

⁴⁸² L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Atti legislativi del Governo e rapporti tra poteri: l'esperienza spagnola*, en Quaderni Costituzionali, 1996.

⁴⁸³ C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Cedam, Padua, 2001.

CAPÍTULO III – La delegación legislativa en la Unión Europea: marco normativo y evolución de la jurisprudencia del TJUE

“La vera vittoria è la vittoria sull’aggressione,
una vittoria che rispetti l’umanità del nemico
rendendo così inutile un ulteriore conflitto.”

(SUN TZU, 孫子兵法, VI-V secolo a.C.
tr. it. M. Conti, *L’arte della guerra*, Feltrinelli, 2013)

Llegados a este punto del trabajo de investigación, tras observar la teoría general de la delegación y su desarrollo a lo largo de los siglos, y haber analizado y comparado la delegación legislativa en dos sistemas jurídicos europeos – el italiano y el español –, conviene también examinar el ordenamiento supranacional: de hecho, los procedimientos de delegación legislativa también han encontrado aplicación a nivel de la UE, con las instituciones comunitarias llamadas a aplicar la transposición europea de los mecanismos de delegación; transposición que ha ido evolucionando a lo largo de los años, de la mano con la introducción de los nuevos tratados, y que parece estar lejos de haber concluido su proceso de adaptación a los sistemas modernos.

III.1 – Ubicando la figura de la delegación legislativa en el contexto de la administración comunitaria (Fase Pre-Lisboa)

Antes de embarcarnos en el marco legislativo comunitario pre-Lisboa, es importante describir y analizar el rol que ha tomado, a lo largo de los años, y que continúa asumiendo hoy, la delegación legislativa en ordenamiento jurídico europeo, que – como previamente anticipado – se ha ido alejando lentamente de los prejuicios decimonónicos los cuales, a pesar de considerarla anatema, nunca fueron un obstáculo para que el fenómeno se produjera.

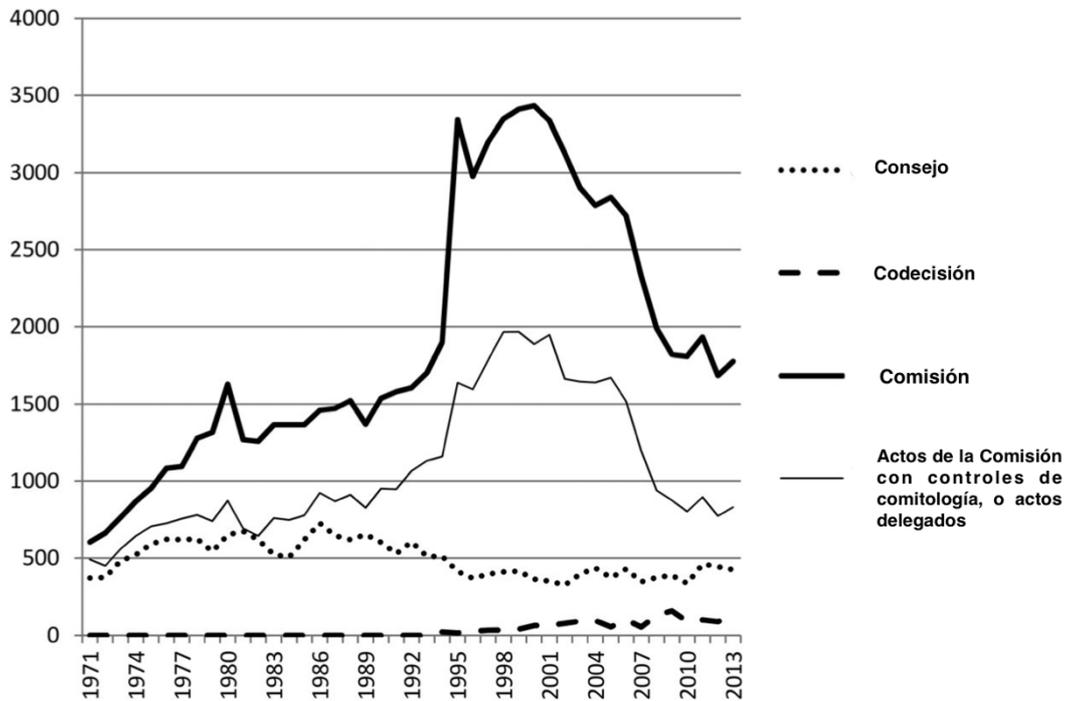
Evidentemente, entre las principales cuestiones que durante este tiempo han tenido que salvarse para llegar a la aceptación general de la delegación, estaban si – y cómo – la ley de delegación debía operar una identificación adecuada del objeto o si, por el contrario, bastaba con que los formulara en términos genéricos y casi indeterminados; o si al mismo tiempo había de identificar correctamente los principios y criterios de orientación, o si por el contrario, era suficiente con que indicara los puntos de referencia generales anteriores; o si, ya finalmente, existía o no una superposición entre la identificación del objeto y la lista de los principios y criterios.

El tema que se examina nos lleva a cuestionar tanto la estructura general de las fuentes del derecho en el ordenamiento europeo, como el sistema de relaciones entre el Parlamento y el Ejecutivo en la conformación actual de su forma de gobierno. Temas, todos, que la doctrina ha identificado, analizado y sacado a la luz durante años y que precisamente por esta razón requieren una verificación empírica, tendente a evaluar su estabilidad en relación con la producción normativa.

El aumento, a lo largo de los años, del uso de legislación delegada también ha tenido consecuencias en su proceso de aprobación, por lo que en cierta medida es más participativo y atractivo para los diferentes actores institucionales y hace que no haya un único titular del poder, concibiéndose, así, como el responsable de un procedimiento "plural".

La impresión general que surge es de un instrumento que, si por un lado ha tenido y continúa teniendo un gran uso en la práctica, por otro lado, marca una distancia cada vez mayor entre el "modelo constitucional" y su aplicación, sin que en este ámbito el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya tenido éxito, al menos hasta hoy, para llevar la práctica a esquemas constitucionales rígidamente comprendidos. Están relacionados con esta evaluación los problemas bien conocidos enlazados no solo con la calidad y los procedimientos de la producción legislativa general, sino también con las relaciones entre los diversos órganos que determinan la forma de gobierno. Y si

esta se ha transformado a lo largo de los años, era inevitable que una transformación similar afectara también la forma de la delegación legislativa⁴⁸⁴.



El gráfico representa este desarrollo, mostrando el número de Decisiones, Directivas, Reglamentos adoptados por cada institución de la UE durante los años 1971-2013. También muestra cuántos de los actos de la Comisión han estado sujetos a control de comitología. Se destacan dos cosas: primero, el surgimiento de la Comisión como órgano legislador; en segundo lugar, un aumento paralelo de la comitología como instrumento de control. Los datos se han descargado de la base de datos EUR-Lex. EUR-Lex contiene todos los actos publicados en el Diario Oficial, excepto un subconjunto de medidas agrícolas rutinarias que son válidas solo por un tiempo limitado, así como un subconjunto de decisiones dirigidas a destinatarios específicos. Fuente: G. J. BRANDSMA y J. BLOM-HANSEN, *Controlling delegated powers in the post-Lisbon European Union*, en *Journal of European Public Policy*, Routledge, 2016.

Por lo tanto, nos enfrentamos a algo que, por lo menos en principio, parecía bastante raro: una legislación secundaria capaz de modificar o derogar la suprema legislación primaria. Haciendo un paralelismo con el derecho anglosajón, a pesar de las distancias, Sir Cecil Carr⁴⁸⁵ habló de la curiosidad que debería surgir de forma

⁴⁸⁴ E. ROSSI, *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e nella XV Legislatura*, Quaderni della Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di perfezionamento, Cedam, Pisa, 2009.

⁴⁸⁵ Sir C. T. CARR, *Delegated Legislation*, Cambridge, 1921.

espontánea en cualquier jurista que se enfrentara por primera vez al panorama legislativo británico, donde la omnipotencia del Parlamento llega a que éste pueda distribuir hacia otros sujetos el mismo poder que el pueblo soberano ha puesto en sus manos a través de elecciones directas.

Dentro del ideal del Estado legislativo, todas las normas generales son adoptadas por el Parlamento. De ahí que se entienda que este último no pueda delegar su poder como un principio universalmente reconocido para la vital integridad y el mantenimiento del sistema democrático de gobierno ordenado por la Constitución. El principio democrático y decimonónico de que el poder legislativo debía residir en el Parlamento chocó, durante el siglo XX, con la necesidad de crear un Estado tecnócrata, de corte administrativo, capaz de satisfacer las necesidades de urgencia legislativa que se apreciaban en la sociedad. Y esto porque los parlamentarios llegaron a ser conscientes de su falta de capacidad y preparación técnica para regular diversos aspectos de la nueva sociedad industrial, que imponía un ritmo legislativo más acelerado y un perfil más técnico en los redactores de las normas. La necesidad de este legislador especializado, técnico y eficaz fue satisfecha por el Ejecutivo, con la anuencia del propio Parlamento, a través de la delegación legislativa.

Las analogías con el ordenamiento comunitario son claras, tanto a nivel teórico como práctico, aunque hay que tener presente que la forma de gobierno de la Unión Europea no es de carácter parlamentario: el Parlamento, en efecto, no es el único legislador, sino que cuenta con la colaboración paritaria del Consejo, que es quien puede delegar en el tercer órgano que entra en juego: la Comisión. De esta especial forma de funcionamiento surgen las diferencias entre la delegación legislativa en la UE y en los Estados. Diferencias que hay que considerar a la hora de analizar el sistema de la fase pre-Lisboa.

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁴⁸⁶, la posibilidad de la delegación legislativa estaba enmarcada únicamente en el poder de ejecución más general de la

⁴⁸⁶ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa, el 13 de diciembre de 2007 (DO C 306 de 17.12.2007, p. 1-271) y entrado en vigor el 1 de enero de 2009.

Comisión, regulado por el art. 202 TCE⁴⁸⁷. De acuerdo con este artículo, el legislador comunitario⁴⁸⁸ podría conferir "a la Comisión, en los actos que adopte, las competencias de ejecución de las normas que establezca"⁴⁸⁹. Esta hipótesis no solo incluía la atribución de poderes puramente ejecutivos, sino que permitía la transferencia a la Comisión de "un poder regulador real"⁴⁹⁰, dado que, según la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia, el concepto de ejecución incluye "al mismo tiempo, la redacción de las normas de ejecución y la aplicación de normas a casos particulares mediante medidas individuales". Precisamente debido a la primera posibilidad, se ha convertido en una práctica habitual que el legislador comunitario deje a la Comisión la tarea de adoptar las normas detalladas de un reglamento que solo dicta en términos generales en el acto de base⁴⁹¹. Esto, además, sobre todo en ciertos sectores en los que se aplicaba el procedimiento de codecisión, permitía proceder a cualquier ajuste posterior a esa legislación a través de un procedimiento de toma de decisiones más rápido y ágil.

La delegación permite a una autoridad hacer un uso eficiente de su poder, desarrollando estructuras para transmitir parte de sus facultades a otro cuerpo. Esta delegación siempre ha mostrado ser igualmente necesaria tanto en el contexto comunitario, como en el contexto del derecho interno, en el que la legislación

⁴⁸⁷ Tratados de Roma (1958) (firma: 25.3.1957; entrada en vigor: 1.1.1958) Los Tratados de Roma crearon la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom o CEEA).

⁴⁸⁸ El artículo hablaba únicamente del Consejo, pero la hipótesis también se consideró extendida al Parlamento Europeo en virtud del procedimiento de codecisión, un procedimiento que se había introducido en los Tratados después del art. 202.

⁴⁸⁹ Esta tarea también se puede conferir al propio Consejo, pero como observó el Tribunal de Justicia (24 de octubre de 1989, Causa 16/88, *Comisión v. Consejo*, 3481), esto se puede hacer "sólo en casos específicos, decisión que [el Consejo] debe justificar en detalle".

⁴⁹⁰ Así, el Abogado General Mayras (recordando la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, Causa 41/69 *Chemifarma*, 661) en sus conclusiones en el caso 23/75, *Rey Soda*, 1312.

⁴⁹¹ Se ha calculado que la Comisión adopta entre 2500 y 3000 actos de este tipo cada año, con una actividad reguladora, por lo tanto, que es sensiblemente superior en términos cuantitativos a la del Consejo (o Consejo y Parlamento).

delegada existe desde hace mucho tiempo, como ya se ha indicado. Sin embargo, dentro del contexto de la UE, el tipo de delegación que puede tener cabida y especialmente los destinatarios que pueden beneficiarse de ella, se han circunscrito cuidadosamente: en la época pre-Lisboa, no existía una disposición general sobre el poder delegado en el contexto comunitario y, de hecho, la obligación establecida en el artículo 7 del TCE de que *cada institución actúe dentro de los límites de las facultades que le confiere el presente Tratado*, podría parecer casi una amenaza para la delegación. Por otro lado, el artículo 202 TCE otorgaba al Consejo la facultad de *conferir a la Comisión, en los actos que adopta, las competencias de ejecución de las normas que establece*, y finalmente el artículo 211 del mismo Tratado exige que la Comisión *ejerza competencias que le confiere el Consejo para la aplicación de las normas establecidas por este*. Estas disposiciones claramente se refieren al poder delegado.

La práctica de la delegación, controlada por el Tribunal de Justicia⁴⁹², ha evolucionado en paralelo con la Comunidad Europea.

La delegación del Consejo a la Comisión es generalizada y relativamente menos problemática de lo que parece⁴⁹³, pues le permite avanzar en las actividades generales de formulación de políticas, dejando que la Comisión aplique las disposiciones más específicas, tarea que, pese a ser necesaria y fundamental, requiere de gran cantidad de tiempo.

Los artículos 202 y 211 TCE antes mencionados, establecían el marco y las directrices para este fin. Dicho sistema parece estar basado en una distinción implícita entre actos legislativos y ejecutivos, distinción que el Tratado no hace⁴⁹⁴, pero que el sistema asume. Así, puede definirse el acto legislativo como aquél que es adoptado

⁴⁹² A. TÜRK, *The Role of the Court of Justice* en M. ANDENAS, A. TÜRK, *Delegated Legislation and the Role of Committees in the EC*, Wolters Kluwer, 2000.

⁴⁹³ S. DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, Longman – Pearson Education Limited, Edimburgo, 2000.

⁴⁹⁴ K. LENAERTS, *Regulating the Regulatory Process: "Delegation of Powers" in the European Community*, en *European Law Review*, 1993.

por las instituciones comunitarias de conformidad con los procesos legislativos de la UE; mientras que el acto ejecutivo, por su parte será un acto adoptado para aplicar un acto legislativo.

Estas delegaciones del Consejo a la Comisión están – casi siempre – sujetas al proceso de comitología, nacido en virtud de las decisiones del Consejo⁴⁹⁵. La legitimidad de la llamada comitología ha sido objeto de una crítica bastante seria y amarga⁴⁹⁶, en particular por el temor a una posible *renacionalización*⁴⁹⁷ de la política que conlleva, dado que los miembros de las comisiones son designados por los mismos Estados miembros. Sin embargo, tal es la necesidad de conocimientos técnicos en la Unión Europea, que sería simplemente imposible para la Comisión, que tiene una burocracia relativamente pequeña, hacer frente a todas las cuestiones técnicas relacionadas con la aplicación de los actos de la misma legislación comunitaria⁴⁹⁸. Se han delegado a la Comisión una amplia gama de competencias de ejecución, incluida la actualización de las directivas, que han de tener en cuenta la evolución técnica, la gestión del mercado de los productos agrícolas, las decisiones sobre la asignación de fondos para proyectos, la formulación y la gestión de proyectos de investigación, el medio ambiente y la gestión de proyectos de ayuda alimentaria.

Además, el alcance de la legislación detallada cuya emisión podía delegarse a la Comisión, de conformidad con el art. 202 TCE, fue interpretado por el Tribunal de Justicia en un sentido extensivo: no está limitado – afirmó el TJUE en repetidas ocasiones – "a la formulación de normas técnicas o de procedimiento", sino que

⁴⁹⁵ Decisión Comitología 1999/468/EC DO UE L184 17/07/1999.

⁴⁹⁶ S. DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, Longman – Pearson Education Limited, Edimburgo, 2000.

⁴⁹⁷ S. DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, Longman – Pearson Education Limited, Edimburgo, 2000.

⁴⁹⁸ Durante mucho tiempo, la mayoría de los reglamentos emitidos por la Comisión fueron elaborados por la propia Comisión, pero más recientemente, la mayoría de las directivas procedían de la Comisión, en R. DEHOUSSE, *Towards a regulation of transitional governance? Citizens, rights and reform of comitology proceedings* en C. JOERGES y E. VOS, *EU Committees: Social regulation, Law and Politics*, Hart Publishing, 1999.

incluye la competencia de la Comisión "para definir nociones a las que el legislador de la UE se ha limitado a mencionar, sin especificar mejor el contenido, y para determinar los criterios o incluso imponer obligaciones a los operadores económicos"⁴⁹⁹, posiblemente también a través de cambios en el acto básico. Es más, ha especificado además aquella jurisprudencia, que la delegación a que se refiere el artículo 202 TCE puede conllevar legítimamente la atribución a la Comisión de "extensas facultades de evaluación y acción"⁵⁰⁰, autorizando a la misma para "adoptar todas las medidas ejecutivas necesarias o útiles para la implementación del marco básico, siempre que no estén en contraste con este último"⁵⁰¹. En consecuencia, aunque también se ha previsto que el acto de base debería especificar "los elementos esenciales" de los poderes delegados de la Comisión⁵⁰², esto raramente se ha hecho explícitamente. De hecho, el Tribunal de Justicia ha declarado que "el Consejo, habiendo establecido las normas esenciales del asunto en cuestión en su reglamento de base, puede delegar a la Comisión la facultad general de adoptar las normas de aplicación sin tener que especificar los elementos esenciales de los

⁴⁹⁹ Así ulteriormente el Abogado General Mayras, en las conclusiones citadas *supra*.

⁵⁰⁰ Sentencia de 30 de octubre 1975, causa 23/75, *Rey Soda*, 10301, punto 11.

⁵⁰¹ Sentencia de 15 de mayo de 1984, causa 121/83, *Zuckerfabrik Franken v. Hauptzollamt Würzburg*, 2058, punto 13; así como, entre otras, Sentencia de 19 de noviembre de 1998, causa C-159/96, *Portugal v. Comisión*, 7379. Por último, véase además la sentencia de 1 de abril de 2008, causas reunidas C-14/06 e C-295/06, *Parlamento europeo v. Comisión y Dinamarca v. Comisión*, I-1649. El Tribunal también observó que las facultades de ejecución conferidas a la Comisión, por ejemplo, en el marco de una organización común de mercado, implican la facultad de establecer límites de tiempo y las sanciones correspondientes por su incumplimiento, si fuera necesario para la organización común de mercado (Sentencia de 2 de mayo de 1990, causa C-357/88, *Hopermann*, I-1669). Cfr. además Sentencia de 29 de mayo de 1997, causa C-69/94, *Francia v. Comisión*, I-2599.

⁵⁰² Así el art. 1 de la Decisión 1999/468/CE: decisión del Consejo de 28 de junio de 1999 por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.

poderes delegados y que, para este fin, una disposición en términos generales proporciona una base suficiente de autorización”⁵⁰³⁵⁰⁴.

III.1.1 – La estructura administrativa en la UE. Conexión con la delegación legislativa

Como ya se tuvo ocasión de exponer con anterioridad, los procesos de toma de decisiones de la Unión se han desarrollado en el seno de un pequeño núcleo institucional⁵⁰⁵, complejo y de difícil acceso, referido más a áreas técnicas que a cuestiones políticas. Por esta razón, su existencia ha sido casi completamente descuidada hasta ahora por los estudiosos de los equilibrios institucionales europeos, vistos desde la óptica del derecho constitucional, mientras que se ha tenido en consideración principalmente por la doctrina administrativa. Este fenómeno es causahabiente de la posición incierta de algunos de los órganos institucionales en cuestión, situados entre las funciones ejecutiva y técnico-administrativa⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Sentencia de 27 de octubre de 1992, causa C-240/90, *Alemania v. Comisión*, I-5435.

⁵⁰⁴ R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, Seconda edizione, Ristampa ampliata ed aggiornata, G. Giappichelli Editore, Turín, 2011.

⁵⁰⁵ P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, en *Le vie della civiltà*, ed. Il Mulino, 2007.

⁵⁰⁶ Cabe destacar el análisis de la politóloga Alessandra Barletta sobre los *Trilogue*, que, acerca del tema en cuestión, de las relaciones entre instituciones y de déficit de democracia y de transparencia, expone que: “el recurso al Trilogue se debe al aumento del poder político del Parlamento de la UE y a las áreas donde se aplica el procedimiento legislativo ordinario. El aumento en el número de archivos legislativos que se discutirán y aprobarán ciertamente ha planteado un problema de eficiencia y velocidad (a la que los trilogue parecen responder en realidad) en los métodos de trabajo, por lo tanto, la creciente expansión de las negociaciones informales en la dirección de la dialéctica entre Instituciones de la UE. Podríamos decir que también se vio favorecida por una tendencia general hacia la desparlamentarización, tanto a nivel nacional como internacional. El poder de negociación ha superado ampliamente al Legislativo y al Ejecutivo. El uso de trilogue en el proceso de toma de decisiones legislativas de la UE suscitó preocupaciones sobre todo en términos de transparencia y procedimientos democráticos, generando amplios debates doctrinales y políticos. Las obras de la trilogue no son accesibles, ni para el público ni para los participantes en la toma de decisiones, que simplemente ratifican los acuerdos ya hechos con las otras instituciones. ¿Cómo puedo, yo elector

Se trata de la enorme cantidad de comités técnicos, consultivos y ejecutivos que participan en las diferentes fases de toma de decisiones e implementación de los actos comunitarios: un vasto y complejo aparato, a menudo operante a la sombra de las otras instituciones, relevante no sólo a nivel de procedimiento (aunque es principalmente en este nivel donde se desarrollan los delicados equilibrios institucionales de la Unión, la distribución de poderes dentro de ella, así como muchas de las posibilidades de una implementación más completa del principio democrático a nivel supranacional). Estos comités de representantes de los países de la Unión Europea, presididos por un funcionario de la Comisión, ofrecen una opinión sobre los actos de ejecución propuestos por la Comisión. El Reglamento (UE) nº 182/2011 establece los principios generales relativos a los mecanismos de control por parte de los países de la UE del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión. Pone en práctica el artículo 291 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) sobre los actos de ejecución. En virtud del Reglamento, los comités utilizan dos tipos de procedimientos: de examen y consultivo. El legislador de la UE elige el procedimiento para un comité, que depende de la naturaleza de las competencias de ejecución que se establecen en el Reglamento de base, la Directiva o la Decisión.

Su actuación se circunscribe a aquel ámbito en el que la Comisión tiene competencia formal para realizar propuestas legislativas⁵⁰⁷, teniendo también la tarea de controlar

europé, entendre cómo votó al representante que elegí si no sé cómo y por qué decidió, porque me dieron un acto solo cuando ya se aprobó?" en A. BARLETTA, *Zone d'ombra nel processo di legislazione ordinaria dell'Unione Europea: i Triloghi*, en *Scenarieconomici.it – il mondo visto da un'altra angolazione*, 2017, <https://scenarieconomici.it/zone-dombra-nel-processo-di-legislazione-ordinaria-dellunione-europea-i-triloghi/>.

⁵⁰⁷ Cada uno de los cuatro procedimientos legislativos que permiten adoptar actos comunitarios, comienza con una propuesta de la Comisión, que ésta puede retirar hasta la adopción final del texto. Aunque al parecer el monopolio de la iniciativa es prerrogativa de la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo y los Estados miembros pueden sugerirle que presente una propuesta: se habla entonces de «la iniciativa de la iniciativa». La Comisión, sin embargo, no está obligada a aceptar esta solicitud y sigue siendo la única institución que puede proponer actos comunitarios.

la aplicación de las regulaciones de la UE por parte de los Países miembros. Con la aprobación del Tratado de Lisboa, su uso se ha extendido a la mayoría de sus sectores de actividad. De hecho, la codecisión se basa en el principio de paridad entre el Parlamento Europeo, elegido por los ciudadanos de la UE, y el Consejo, que representa a los gobiernos de los Estados miembros. Todo comienza con una propuesta de la Comisión (artículo 17, apartado 2, del TUE). Los dos colegisladores (Parlamento y Consejo) a continuación adoptan el acto conjuntamente, que debe cifrarse en la aprobación de un texto idéntico.

Estas dos cuestiones cruciales de la acción comunitaria se han encomendado a lo largo de los años a la acción de un gran número de comités de expertos, cuya función original era apoyar esta actividad de la Comisión⁵⁰⁸. Sin embargo, la importancia de estos aspectos de la administración comunitaria es inversamente proporcional a su accesibilidad, no sólo a nivel de la opinión pública europea⁵⁰⁹, sino también a nivel de las propias instituciones comunitarias. Esta esfera gris inevitablemente genera una considerable incertidumbre en la distribución y atribución de poderes en la Unión Europea, a menudo descrita en términos imaginativos por aquellos que han tratado

⁵⁰⁸ R. RUSSO, *I comitati nel quadro istituzionale dell'Unione Europea*, Università degli Studi di Perugia, 2009.

⁵⁰⁹ Sin embargo, con respecto a la opinión pública sobre las instituciones de la Unión Europea, en el último periodo, cabe destacar otra encuesta de opinión del Eurobarómetro sobre la confianza hacia estas de los ciudadanos europeos: según una encuesta de la primavera de 2018, difundida el 15 de junio de 2018 por dicho servicio de la Comisión, el 50% de los encuestados dijo que confiaba en el Parlamento Europeo: este es un aumento sustancial de 5 puntos en comparación con el otoño de 2017, mientras que el nivel de desconfianza disminuyó de un 3%, en comparación con el mismo período. Además, durante la legislatura, la confianza en el Parlamento Europeo, nuevamente según los resultados del Eurobarómetro, aumentó, pasando del 34% en mayo de 2014, al nivel récord actual del 50%. Fuente: <http://www.europarl.europa.eu/at-your-service/it/be-heard/eurobarometer/>.

de analizarla y que han descubierto este mundo sumergido⁵¹⁰, de poder oculto⁵¹¹, monstruo kafkiano⁵¹² o auténtica pesadilla burocrática⁵¹³ siempre presente, casi como una advertencia a los intentos de racionalizar el sistema de gobierno europeo. *A latere* de esta posible confusión en el entendimiento por parte de los ciudadanos de los roles de las instituciones individuales que pertenecen a la estructura administrativa de la UE y de la ya mencionada falta de transparencia que a veces complica el conjunto, debemos centrarnos en el cuadro de la delegación legislativa. De hecho, la Comisión no solo promueve el proceso de toma de decisiones del Consejo y del Parlamento con la presentación de propuestas, sino que, en virtud del artículo 290 del TFUE, puede ser el receptor de éstas, adoptando un acto legislativo que, a su vez, la faculta para adoptar actos no legislativos que complementen a aquél. Con respecto a esto, comúnmente definido como un "acto básico", el acto de la Comisión será siempre un acto delegado.⁵¹⁴⁵¹⁵

El artículo no especifica qué se debe entender por "elementos no esenciales de un acto básico", cuya individualización, por lo tanto, debe hacer el legislador que confiere la delegación, manteniendo aquí la Comisión un margen de apreciación

⁵¹⁰ M. P. C. M. VAN SCHENDELEN, *EC Committees: Influence counts more than legal power*, en R.H. PEDLER, G. F. SCHÄFER, *Shaping european law and policy: the role of Committees and comitology in the political process*, Maastricht, 1994.

⁵¹¹ D. GUÉNGUEN, C. ROSBERG, *Comitology and other EU committees and export groups. The hidden power of the EU: finally a clear explanation*, Bruxelles, 2004.

⁵¹² C. JOERGES, E. VOS, *Structures of transnational governance and their legitimacy*, en J. A. E. VERVAELE, *Compliance and enforcement of European Community Law*, The Hague, 1999, p. 92.

⁵¹³ C. JOERGES, *Bureaucratic nightmare, technocratic regime and the dream of good transnational governance*, en C. JOERGES, E. VOS, *EU Committees: social regulation, law and politics*, Oxford, 1999, p. 3 ss.

⁵¹⁴ Por ejemplo: reglamento delegado, directiva delegada, etc.

⁵¹⁵ R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, Seconda edizione, Ristampa ampliata ed aggiornata, G. Giappichelli Editore, Turín, 2011.

considerable, especialmente atendiendo a la jurisprudencia del TJUE sobre este tema⁵¹⁶.

Por otro lado, el mismo artículo 290 TFUE establece que el acto de base debe definir explícitamente los objetivos, el contenido, el alcance y la duración de la delegación. No es seguro que esta última condición, la que se refiere a la duración de la delegación, haya de consistir en fijar un término más allá del cuál ésta ya no pueda ejercerse. Y esto porque la competencia que analizamos tiene precisamente como función la de acelerar y agilizar el proceso de toma de decisiones. De lo contrario, cualquier modificación de las condiciones de una disciplina concreta, obligaría a la Comisión a presentar una propuesta que le permitiera enmendar el acto de base, para poder así realizar los ajustes pertinentes. Y esto acabaría con la agilidad y la celeridad que se persigue con el procedimiento que ahora se analiza. Es por ello posible considerar que la condición temporal que impone el artículo 290 al legislador puede considerarse satisfecha incluso con la simple indicación de que la delegación tiene una duración indefinida o, cuando sea necesario por razones de urgencia, con el establecimiento de un término dentro del que la Comisión debe emitir el acto delegado, y cuyo incumplimiento puede suponer que la Comisión sea llevada ante el TJUE, pero no la pérdida de la delegación.

Ahora bien, el legislador tiene en todo caso instrumentos disponibles para poner fin a la delegación conferida a la Comisión. De hecho, el artículo 290 señala los mecanismos de control del legislador sobre el ejercicio de esa delegación: el acto legislativo puede establecer que el Parlamento Europeo o el Consejo puedan decidir revocar la delegación, o que el acto delegado solo pueda entrar en vigor si, dentro de un plazo determinado – establecido en el acto de base – ninguna de las dos

⁵¹⁶ Sentencia 30 de octubre 1975, causa 23/75, *Rey Soda*, 10301, punto 11. El tribunal también observa en esta sentencia (punto 14) que "los límites de competencia [de la Comisión] deben definirse no tanto en relación con el significado literal de la delegación, sino en relación con los objetivos esenciales generales de la organización del mercado"; esta interesante sentencia será analizada extensamente más adelante. En el mismo sentido, el TJUE con la sentencia de 23 de octubre de 2007, causa C-403/05, *Parlamento Europeo v Comisión*, I-9045.

instituciones presenta una objeción. A estos efectos, el Parlamento y el Consejo deciden, por mayoría de sus miembros, el primero y por mayoría cualificada, el otro. A diferencia de lo que se establece en relación con el ejercicio de los poderes de ejecución (artículo 291 del TFUE), no hay ninguna disposición aquí que deba predeterminar las condiciones y los métodos de funcionamiento de estos dos mecanismos de control con valor vinculante (por ejemplo, las razones que pueden justificar una revocación o los efectos de la objeción)⁵¹⁷. Por lo tanto, su definición se atribuye a la negociación entre las instituciones conducentes a la adopción del acto, que también tendrá que decidir cuál de los dos mecanismos se usará en el caso concreto o si se aplicarán ambos, dado que la redacción del artículo 290 y su función no excluye esta posibilidad, operando la objeción únicamente en el acto delegado y la revocación en la continuación del uso de la delegación por la Comisión.

En el artículo 290 no se aprecia ninguna diferencia aparente en el funcionamiento de estos mecanismos, con respecto al tipo de acto legislativo que confiere la delegación a la Comisión. En particular, no distingue si el acto legislativo fue adoptado sobre la base de un procedimiento legislativo ordinario o con el procedimiento legislativo especial. Por lo tanto, parece que los mencionados mecanismos de control habrían de poder activarse para cada una de las dos instituciones involucradas en el procedimiento. De lo contrario, esto es, si se admitiese que los mismos deben ser adaptados según el procedimiento legislativo utilizado, se crearía una asimetría entre el Parlamento y el Consejo en la fase de adopción del acto y en la de control de la delegación por parte de la Comisión.

⁵¹⁷ Sin embargo, por su parte, la Comisión ha adoptado una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del art. 290 del TFUE (COM(2009)673 def.), que también contiene contenidos de modelos estandarizados de artículos que se incluirán en las propuestas de actos legislativos de base en los que el legislador tenga la intención de prever la atribución a la Comisión de una delegación legislativa, según lo establecido en el art. 290 TFUE.

III.1.2 – Las garantías constitucionales de la delegación y la distinción entre legislación y ejecución: el caso Köster

Pero ¿cuáles son las garantías constitucionales impuestas a la legislación delegada en el sistema jurídico europeo? El sistema legal europeo ha desarrollado principalmente dos garantías para proteger sus valores fundacionales de federalismo y democracia. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea apoya la doctrina de la "no delegación"⁵¹⁸: el legislador europeo adolece de prohibiciones constitucionales para delegar las elecciones políticas esenciales en el Ejecutivo y, sin embargo, incluso dentro de estos límites sustanciales, siempre ha sido tradicionalmente reacio a delegar el poder sin algún control político. Desde el principio, el Consejo, en representación de los Estados miembros, no delegó poderes a la Comisión – representante del Ejecutivo supranacional – sin algún tipo de control intergubernamental: por lo tanto, insistió en la creación de comités como garantías políticas de federalismo. Con el crecimiento del Parlamento Europeo como colegislador en el sistema jurídico europeo, un segundo valor ha demostrado la necesidad de protección: la democracia. Con la

⁵¹⁸ Para comprender mejor esta doctrina de origen estadounidense, posteriormente importada al sistema europeo, véase el análisis de Keith E. Whittington que abre afirmando que “los casos de doctrina de no delegación siguen un esquema predecible. Cada pocos años, un tribunal de apelaciones invoca la doctrina para anular un estatuto federal. El Tribunal Supremo inevitablemente otorga *certiorari* y revoca la decisión de apelación, sosteniendo que el estatuto es una delegación constitucional de la autoridad legislativa. Sin lugar a duda, el fallo del Tribunal Supremo enciende un acalorado debate entre los estudiosos de derecho constitucional: algunos apoyan la decisión, elogiando a la Corte por meter otro clavo en el ataúd de la doctrina de la no renuncia; otros se oponen a la decisión, lamentando que la Corte no haya revivido la doctrina y la use para controlar el estado administrativo en constante expansión.” en K. E. WHITTINGTON, JASON IULIANO, *The myth of nondelegation doctrine*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 165:379, 2017, en el que, por cierto, se cita la definición de nondelegation doctrine de C. R. Sustain, que la describe como a “*meaningful check on the unbridled expansion of the administrative state*, un control significativo de la expansión desenfrenada del estado administrativo” en C. R. SUSTEIN, *Constitutionalism After the New Deal*, Harvard Law Review, 447, 1987, notando la oposición de los tribunales a los “estatutos que crean agencias” por motivos de no delegación durante en el comienzo de la era del *New Deal*.

democratización de la *primary legislation*, el Parlamento ha perseverado en las garantías políticas de la democracia en la *secondary legislation*.

Siendo así, como ya se ha señalado, es importante recordar que el cuadro de atribución de poderes normativos en el seno de la UE ha evolucionado a lo largo del tiempo y, sin duda alguna, el órgano más beneficiado por esta evolución ha sido el Parlamento europeo: paralelamente al número de sus miembros, el Parlamento ha visto aumentar sus poderes hasta convertirse hoy en día en una cámara legislativa igual al Consejo en casi todas las áreas políticas.

Entonces, ¿puede decirse que el orden jurídico europeo ha desarrollado una doctrina de no delegación similar a la estadounidense? Después de todo, cualquier delegación de poderes por parte del Consejo a la Comisión supranacional tendría un significativo efecto unificador en el proceso de toma de decisiones en la Unión Europea.

Como se ha señalado, los representantes han de controlar y limitar el poder y el ejercicio de las facultades delegadas a la Comisión, aunque un interesantísimo ejemplo nos cuenta lo contrario: en 1988, la Comunidad Europea y la República Popular de China firmaron un Acuerdo sobre el Comercio de Productos Textiles, que establecía restricciones cuantitativas a las importaciones chinas en los Países miembros, provisionalmente con la Decisión del Consejo 88/658/EEC y, sucesivamente, con el Reglamento 3030/93/EC sobre Reglas Comunes para las Importaciones de Determinados Productos Textiles Procedentes de Terceros Países (modificado por el Reglamento del Consejo 3289/94/CE), que definía el sistema para la importación en la UE de productos textiles originarios de terceros países que están vinculados a la UE por acuerdos, protocolos o acuerdos, o que son miembros de la Organización Mundial del Comercio. En 1996, la Comisión, que supervisaba la implementación del acuerdo, encontró que las autoridades chinas habían emitido licencias de exportación para productos textiles que excedían los límites cuantitativos acordados en 1995 entre la UE y China: como resultado, los productos enviados desde China permanecieron bloqueados en la entrada en los puertos aduaneros europeos. Las autoridades chinas admitieron que se había producido un error, principalmente debido a una avería del sistema informático, pero otros factores de

complicación, especialmente la falsificación de las licencias de exportación, también obstaculizaron la capacidad de la administración china para supervisar el otorgamiento de autorizaciones de exportación e importación. En estas circunstancias, las autoridades chinas solicitaron la aplicación de medidas flexibles admitiendo las importaciones de 1995 y reduciendo las cuotas de 1996 en una cantidad igual. El 6 de marzo de 1996, la Comisión convocó una reunión urgente del Comité Textil, un comité de supervisión que actuaba bajo los auspicios del Consejo. En esa reunión, la Comisión propuso aceptar la solución china de cobro de los incumplimientos de 1995 contra los cupos de 1996, y el Comité Textil emitió un dictamen favorable sobre esa propuesta. La Comisión adoptó posteriormente una decisión que autorizaba la importación de productos textiles de China en una cantidad superior a su cupo asignado de 1995, reduciendo la cantidad correspondiente de cantidades de importación para 1996. En mayo de ese año, Portugal interpuso un recurso de anulación de la decisión de la Comisión ante el TJUE, alegando que la Comisión no tenía la autoridad para cambiar los límites de las cuotas sin el consentimiento del Consejo y, por lo tanto, había violado el Reglamento del Consejo. El TJCE estuvo de acuerdo y, el 19 de noviembre de 1998, concluyó que la Comisión había excedido sus facultades en virtud del Reglamento 3030/93, y anuló la decisión, con la causa C-159/96 *Portuguese Republic v. Commission of the European Communities* [1998] ECR I-7379. Si no fuera por la intervención del TJUE, la Comisión y el Comité Textil, un ejemplo del llamado comité de "comitología", bien podrían haberse coludido para establecer una política en contra de los deseos del Consejo: esta conclusión es algo sorprendente, ya que contradice la opinión del por la que los comités son instrumentos del Consejo que se utilizan para restringir, no mejorar, los poderes ejecutivos de la Comisión. De hecho, los comités son considerados como actores clave en el sistema único de delegación de la UE dentro del poder ejecutivo,

pero los observadores están divididos en cuanto al impacto, si lo tienen, en los resultados de las políticas.⁵¹⁹

Como se puede desprender también de este ejemplo, dado que el volumen de la legislación comunitaria ha aumentado significativamente tanto en términos de cantidad como de complejidad, se ha vuelto esencial encontrar métodos para procesarlo de manera rápida y eficiente. Una gran parte de la acción de la Unión Europea se refiere a cuestiones técnicas y relacionadas con el contexto, como aquellas típicas de la PAC. En estas situaciones, es necesario no solo tener un buen conocimiento práctico de las detalladas cuestiones involucradas, sino también poder responder rápidamente a los cambios en las circunstancias, las perturbaciones del mercado y demás. Si el Consejo, o el Consejo y el Parlamento juntos, tuvieran que enfrentar todos estos problemas, a través de los procedimientos legislativos comunitarios ordinarios, los canales del proceso de toma de decisiones de la comunidad se obstruirían excesivamente y la Comunidad Europea se vería sofocada por millares de detalles técnicos. Por lo tanto, desde los primeros momentos tras la institución de la entonces CE, quedó claro que sería necesario hacer algo para abordar el proceso de toma de decisiones de manera eficiente: siendo conscientes de que esa era la realidad, se adaptó a las exigencias de funcionalidad.

De acuerdo con ello, llegados a este punto del análisis de este tipo de disciplina, la extrusión sustancial y procedimental, desde el punto de vista constitucional, es ¿dónde y cuáles son los límites de la delegación del poder legislativo? La solución al tema planteado va a venir de la mano del TJUE, en el caso que se va a exponer.

Se solicitó a la Corte que determinara los principios constitucionales de la doctrina de la delegación en el caso *Köster*⁵²⁰: un agricultor alemán había cuestionado la legitimidad del sistema legislativo, establecido por la Comisión, que decidía sobre las

⁵¹⁹ Todo esto en A. BALLMANN, D. EPSTEIN, S. O'HALLORAN, *Delegation, Comitology, and the Separation of Powers in the European Union*, *International Organization*, vol. 56 n. 3, 2002, pp. 551-574. *Project MUSE*, muse.jhu.edu/article/14321.

⁵²⁰ Case 25/1970 *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel v Köster et Berodt & Co* [1970] ECR 1161.

licencias de importación y exportación de cereales. Se afirmó que la competencia para adoptar el sistema en cuestión pertenecía al Consejo, que debería haber actuado de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario en virtud del artículo 37 TCE⁵²¹. el Tribunal no acogió esta visión y respondió que el esquema legislativo del Tratado y la práctica habitual de las instituciones comunitarias habían establecido una distinción entre las medidas directamente sobre la base del propio Tratado y la ley derivada, con el fin de garantizar su integración: no puede, por tanto, aceptarse la idea de que todos los detalles de las políticas agrícolas son establecidos por el Consejo, sobre la base del procedimiento previsto en el artículo 37 TCE, por el contrario, es suficiente que el Consejo señale los elementos básicos del asunto. En esencia, mientras que los elementos básicos del sector deben establecerse de acuerdo con el equilibrio institucional previsto por el Tratado, los elementos no esenciales podrían ser delegados y adoptados con un procedimiento más simple: lo que ha surgido desde el sistema del Tratado, en particular el artículo 202 TCE⁵²² y la tradición constitucional común de todos los Estados miembros.

⁵²¹ En virtud de lo dispuesto por el artículo 37 CE, con objeto de determinar las líneas directrices de una política agrícola común, la Comisión convocará, a partir de la entrada en vigor del Tratado, una conferencia de los Estados miembros que habrá de proceder a un contraste de sus respectivas políticas agrícolas, estableciendo, en particular, el balance de sus recursos y necesidades. [...] A propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, el Consejo, por mayoría cualificada, adoptará reglamentos o directivas o tomará decisiones, sin perjuicio de las recomendaciones que pueda formular.

⁵²² Para garantizar el logro de los objetivos establecidos por el presente Tratado y en las condiciones que éste establezca, el Consejo:

[...]

- confiere a la Comisión, en los actos que adopta, los poderes de ejecución de las normas que establece. El Consejo puede someter el ejercicio de estos poderes de ciertas maneras. La Junta también puede reservarse, en casos específicos, para ejercer directamente las facultades de ejecución. Estos procedimientos deben cumplir los principios y normas que el Consejo, por unanimidad a propuesta de la Comisión después de obtener el dictamen del Parlamento Europeo, habrá establecido de antemano.

El caso *Köster* se convierte, así, en la piedra angular con respecto a la legitimidad constitucional de la legislación que lleva a cabo la Comisión, en virtud de las facultades otorgadas por el Consejo, estableciendo los parámetros constitucionales, y, más concretamente, la cuestión relativa a la legalidad del Reglamento de la Comisión de 28 de julio de 1964, n. 102, relativo a las licencias de importación y exportación de cereales, productos elaborados a base de cereales, arroz, arroz partido y productos de arroz elaborado. En este sentido, es apropiado analizar el caso y la siguiente sentencia en detalle.

Tras ser entregada a la empresa *Köster, Berodt & Co.*, el 2 de junio de 1965, una licencia de exportación de 1200 toneladas de harina de maíz, siempre que esta última finalizara la exportación dentro del plazo de validez de la licencia, garantizado con una posible retención del depósito pagado en la cantidad de 0,50 unidades de cuenta por tonelada⁵²³ – la *Einfuhrund Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, con una medida emitida el 25 de noviembre de 1965, declaró la caducidad de dicha fianza, por un importe de 2,4000 DM, a expensas de la compañía. Posteriormente, la empresa *Köster, Berodt & Co.* – tras la falta de pronunciamiento del *Einfuhrund Vorratsstelle* sobre la oposición a la medida – apeló el 8 de octubre de 1966 al *Verwaltungsgericht* – el Tribunal Administrativo de Frankfurt – que con sentencia fechada el 12 de diciembre de 1966, confirmó la solicitud, declarando ilegítimo el reglamento n. 102/64, en la medida en que crea la obligación de exportar, subordinaba la emisión de una licencia de exportación a un depósito y preveía, por regla general, la pérdida de la misma en caso de incumplimiento de la obligación de exportar; por otro lado, la Comisión no era competente para adoptar tal legislación

⁵²³ De acuerdo con el art. 7, n. 1, del Reglamento de la Comisión de la CEE de 28 de julio de 1964, n. 102, relativo a las licencias de importación y exportación de cereales, productos elaborados a partir de cereales, arroz, arroz partido y productos de arroz elaborado (DO 1964, página 2125).

y, por último, esta última violaba el principio que obligaba a la administración a aplicar solo medios proporcionales al objetivo que se pretendía alcanzar⁵²⁴⁵²⁵.

El *Einfuhrund Vorratsstelle*, interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante el *Hessischer Verwaltungsgerichtshof*, el cual, por orden del 21 de abril 1970, solicitó al Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 177 del Tratado, dictaminar con una resolución preliminar la validez del Reglamento de la Comisión n. 102/64⁵²⁶, con particular referencia a los artículos 1 y 7 del mencionado reglamento, en los puntos que rigen las licencias de exportación y los valores. En la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional nacional formuló diversas cuestiones, considerándolas de importancia decisiva para la resolución del conflicto. Entre estas, de primordial importancia para aclarar el tema de los límites constitucionales a la delegación legislativa era la siguiente: si el Reglamento de la Comisión fue o no emitido por un organismo incompetente. Es decir, si el TCE o las disposiciones combinadas del art. 16.2 y 3 y de los arts. 19 o 20 del Reglamento n. 19 del Consejo conferían a la Comisión competencia para dictar el acto.

Si bien la empresa *Köster, Berodt & Co.*, apelante, optó por presentar argumentos en contra de la legalidad del régimen de fianza, el Consejo limitó sus observaciones a la cuestión de la legalidad, con respecto al Tratado, del procedimiento conocido como "Comité de Dirección".

De hecho, el artículo 155 TCE permitía al Consejo atribuir a la Comisión la tarea de aplicar las reglas que establece y evaluar en qué medida y bajo qué condiciones pretende conferir estos poderes ejecutivos. En cuanto a la cuestión de la competencia de la Comisión, se preguntó al Tribunal si el Reglamento de la Comisión 102/64 – que en el artículo 1 prevé la concesión de una licencia que implica automáticamente el compromiso de exportar, en el n. 1 del artículo 7 requiere el depósito de una caución y en el n. 2 del mismo artículo 7 estipula la pérdida de la

⁵²⁴ Principio de proporcionalidad.

⁵²⁵ Case 25/1970 *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel v Köster et Berodt & Co* [1970] ECR 116).

⁵²⁶ Reglamento n. 102/64/CEE de la Comisión, de 28 de julio de 1964.

fianza en el caso de falta de exportación – había sido emitido por un órgano incompetente o – como se había previsto anteriormente – si el Tratado CE en general o en relación con el artículo 16, n. 2 y n. 3, y con los artículos 19 o 20 del reglamento n. 19 del Consejo, confirió esta competencia a la Comisión. A partir de los motivos de recurso, así como de las observaciones de la recurrida, parece que la pregunta se fijaba sobre si la Comisión tenía competencia para establecer el régimen de las medidas de seguridad tanto para la exportación de cereales, como para la importación o exportación de productos procesados basado en cereales.

Conviene determinar si esta disposición puede ser una base válida para la aplicación de las medidas adoptadas en virtud del Reglamento n. 102/64, en lo que respecta a las exportaciones y, en general, a los productos elaborados. El contenido de este artículo ha planteado la cuestión de si – puesto que la caución viene mencionada en el n. 2 del artículo 16, solo en relación con los certificados de importación de cereales *stricto sensu* – la Comisión podría legítimamente ampliarlo mediante la aplicación del Reglamento n. 102/64, a los productos de exportación y procesados. Estas diversas disposiciones deben de interpretarse sobre la base del espíritu y la finalidad tanto del artículo 16, como del Reglamento n. 19 por entero.

Por consiguiente, el artículo 16 debe de entenderse en el sentido de que incluye, en la referencia a las medidas de ejecución a que se hace referencia en el n. 3, todas las disposiciones destinadas a completar la disciplina fragmentaria a la que se hace referencia en el n. 2, de acuerdo con el modelo dado por esta última disposición. Por lo tanto, la Comisión era competente para incluir en el reglamento n. 102/64 con respecto a las licencias de exportación, las disposiciones relativas a los compromisos de exportación y de depósito, que constituían objeto de los artículos 1 y 7, así como las relativas a los productos transformados, categoría en la que entraban las mercancías que, por falta de exportación, dieron lugar a la disputa. Por lo tanto, no es necesario determinar si los artículos 19 y 20 del Reglamento n. 19 podrían haber sido la base del Reglamento n. 102/64.

Es por estas razones que la Corte dictó, por orden de 21 de abril 1970, que el examen de las cuestiones no revelaba ningún elemento capaz de afectar a la validez del

Reglamento de la Comisión de 28 de julio de 1964 n. 102, sobre los títulos para las importaciones y exportaciones de cereales, productos elaborados a partir de cereales, arroz, arroz partido y productos de arroz elaborado, adoptados con arreglo al artículo 16, n. 3, del reglamento n. 19. Todo esto decidido y firmado en Luxemburgo el 17 de diciembre de 1970⁵²⁷.

La legalidad de estos procedimientos de comitología ha sido revisada por el Tribunal de Justicia, mucho antes de que la EAE⁵²⁸ los formalizase, en el caso *Köster*. Como ya se ha visto, el Consejo adoptó un reglamento de conformidad con el art. 37, n. 2, TCE, que establece los principios generales de la organización común del mercado en el sector de los cereales. El mismo Reglamento proporcionaba también las normas detalladas que deben de dictarse en las medidas que adoptará la Comisión, de conformidad con el procedimiento del comité de gestión. El *quid* de la cuestión radica en el hecho de que se impugnó el Reglamento del Consejo por implicar una restricción innecesaria a la Comisión, así como una interferencia en su capacidad de actuar de manera independiente. La objeción, también, había sido que la delegación del Consejo ante la Comisión era en sí misma ilegítima porque, sobre la base de esa delegación, no había posibilidad de consulta con el Parlamento Europeo, en contra de lo dispuesto en el artículo 37 TCE. Precisamente por estos motivos, el Tribunal de Justicia declaró que, por lo tanto, no puede exigirse que todos los pormenores de los reglamentos relativos a la política agrícola común sean fijados por el Consejo mediante el procedimiento establecido en el artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁵²⁹. Este artículo debe observarse en el caso de que los puntos

⁵²⁷ Case 25/1970 *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel v Köster et Berodt & Co* [1970] ECR 1161.

⁵²⁸ La Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) es un sistema que incorpora consideraciones medioambientales en las políticas, planes y programas. Aunque relacionado, el término no debe confundirse con al evaluación de impacto ambiental (EIA). También se la denomina Evaluación de Impacto Ambiental Estratégica. El término específico Evaluación Ambiental Estratégica se refiere a la Directiva de la Unión Europea con ese nombre.

⁵²⁹ En virtud de lo establecido en el segundo párrafo del art. 43 del Tratado CE, *la libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la*

esenciales de la disciplina relevante sean establecidos de conformidad con el procedimiento mencionado en el mismo, por el que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Sin embargo, las disposiciones de aplicación de los reglamentos básicos podrán adoptarse de conformidad con un procedimiento distinto de los contemplados en el artículo 43 TCE, ya sea por el propio Consejo o por la Comisión en virtud de una autorización de conformidad con el artículo 155 TCE.

Por lo tanto, en el caso *Köster*, el TJCE estableció que el art. 202 TCE – antiguo artículo 155 – confería al Consejo la facultad de determinar cualquier norma detallada a la que la Comisión esté sujeta en el ejercicio de las facultades que se le otorgan. El llamado procedimiento del Comité de Gestión forma parte de las normas detalladas a las que el Consejo puede legítimamente delegar poderes en la Comisión⁵³⁰. Nuevamente, con referencia al riesgo de un cambio en el equilibrio institucional, el TJCE especifica que "el Comité de Gestión no tiene la facultad de tomar una decisión en lugar de la Comisión o el Consejo, sin por ello distorsionar la estructura de la Comunidad y el equilibrio en términos institucionales, el mecanismo del Comité de gestión permite al Consejo delegar en la Comisión un poder de ejecución sujeto a su poder de tomar la decisión por sí mismo si es necesario". La existencia de la comitología y su intervención en los procesos de toma de decisiones son legales, ya

constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del art. 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

⁵³⁰ De hecho, sin alterar la estructura de la Comunidad, ni las relaciones entre las instituciones, el Comité de Gestión permite al Consejo asignar a la Comisión poderes de ejecución considerablemente ampliados, reservándose, en su caso, la decisión a sí misma. Por lo tanto, la legitimidad – con respecto a la estructura institucional de la Comunidad – del procedimiento conocido como Comité de Gestión, contemplado en los artículos 25 y 26 del reglamento no. 19. (Case 25/1970 *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel v Köster et Berodt & Co* [1970] ECR 1161).

que están justificados indirectamente por el propio Tratado como condiciones útiles para que el Consejo delegue en la Comisión poderes para implementar los actos aprobados. Sin embargo, el TJCE también intervino en otras áreas, como por ejemplo en lo que respecta a la distinción entre medidas básicas y de aplicación.

La sentencia *Köster* también establece que "solo los elementos esenciales deben de indicarse en el acto legislativo de conformidad con el procedimiento establecido en los Tratados". A pesar de esto, el TJCE siempre ha exigido que el Consejo determine los elementos esenciales, ya que esto incluye una evaluación política que el Tribunal haría a regañadientes⁵³¹. El concepto de implementación "incluye tanto el desarrollo de reglas ejecutivas, como la aplicación de reglas a casos específicos a través de actos que tienen como destinatarios diferentes individuos".

Por un lado, la distinción entre acto básico y ejecutivo y la interpretación del concepto de "implementación" sigue siendo algo vaga; pero, por otro lado, surge una orientación precisa sobre la cuestión de las reglas para la atribución de poderes de implementación⁵³². El Tribunal reiteró que la delegación a la Comisión es admisible siempre que se trate de una aplicación detallada, es decir, actos ejecutivos, en lugar de principios generales, o actos legislativos, que se delegan. Sin embargo, la línea entre las elecciones políticas y los detalles de implementación a menudo es borrosa. Además, el Tribunal dio una interpretación amplia de la aplicación, como lo confirmó su jurisprudencia⁵³³, y en particular en el caso de *Rey Soda* – que se analizará más adelante – en el que el Tribunal afirmó que, en el ámbito de la agricultura, el Consejo podría otorgar a la Comisión "amplios poderes de discreción y acción"⁵³⁴.

Vale la pena recordar que el Consejo también puede delegar poderes a sí mismo, una práctica también confirmada en el caso *Köster* y posteriormente en el artículo 202

⁵³¹ A. TÜRK, *The Role of the Court of Justice* en M. ANDENAS, A. TÜRK, *Delegated Legislation and the Role of Committees in the EC*, Wolters Kluwer, 2000.

⁵³² S. ROMOLI, *La comitatologia nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria en I comitati nel processo decisionale dell'Unione Europea: un'analisi empirica*, 2012.

⁵³³ Case 41/69 *Chemiefarma* [1970] ECR 661 ; Case 16/88 *Commission v Council* [1989] ECR 3457.

⁵³⁴ Case 23/75 *Rey Soda* [1975] ECR 1279.

TCE. El Consejo tiene ventajas al hacerlo, pues le permite procedimientos más simples que los especificados en el Tratado. Aunque esto se ha utilizado en el ámbito de las medidas *antidumping*⁵³⁵, existen otros pocos casos en los que el Consejo haya ejercido esta prerrogativa, ya que el objetivo de la delegación parece aliviar al Consejo de la carga de la aplicación. Lenaerts⁵³⁶ sugirió que el razonamiento detrás del rigor de la Corte, en este caso, podría provenir de la preocupación de proteger los presupuestos y los controles constitucionales, que tendrían un apoyo más fuerte y seguro, si la Comisión fuera la institución encargada de la implementación de estos actos. Si el Consejo delega a su vez, existe el riesgo de que la línea divisoria entre legislación e implementación sea confusa.

III.1.3 – Elementos básicos y elementos no esenciales: el caso *Rey Soda*

La posición es diferente cuando los destinatarios de la delegación de poder de la UE son los Estados miembros. En el seno de la UE, siempre ha operado un federalismo ejecutivo y la propia Unión, en aquella época Comunidad, ha recurrido a los Estados miembros para que recauden tributos, impongan gravámenes y ejecuten sus normas. Sin embargo, una delegación del poder de la UE a los Estados miembros no es habitual, y este problema ha sido analizado en el caso de *Rey Soda*⁵³⁷, relativo a la organización común del mercado del azúcar. Éste se regía por el Reglamento 1009/67 del Consejo⁵³⁸, que delegó a la Comisión la facultad de adoptar medidas para evitar perturbaciones en el mercado del azúcar, ejercidas de acuerdo con el procedimiento del Comité de gestión, que se consideraba libre de problemas.

⁵³⁵ Legislación o medida implementada por un Estado, para contrarrestar la venta de bienes extranjeros a precios inferiores a los del mercado interno.

⁵³⁶ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Tercera edición, London, Sweet & Maxwell, 2011..

⁵³⁷ A. TÜRK, *The Role of the Court of Justice* en M. ANDENAS, A. TÜRK, *Delegated Legislation and the Role of Committees in the EC*, Wolters Kluwer, 2000.

⁵³⁸ Reglamento n. 1009/67/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1967.

Por todo ello, la Comisión aprobó posteriormente su reglamento, delegando a Italia la facultad de adoptar otras medidas, para hacer frente a las perturbaciones en el mercado nacional mencionadas anteriormente: el propio Gobierno Italiano había perseguido esta finalidad al imponer un gravamen a los accionistas del azúcar. Esta delegación se consideró ilegítima por la Cassa Conguaglio Zucchero, ya que la Comisión no tenía el poder para delegar amplios poderes discrecionales, a lo sumo sólo podía delegar poderes de aplicación estrictamente definidos.

Puesto que por el artículo 202 TCE se puso de manifiesto que los elementos básicos del sector deben establecerse de conformidad con el equilibrio institucional establecido en el Tratado, mientras que los elementos no esenciales pueden delegarse y adoptarse con un procedimiento más simple, la pregunta es: ¿cuál es la delimitación entre los elementos básicos y los elementos no esenciales? La respuesta a esta pregunta se deriva de la argumentación recogida en la resolución del asunto *Rey Soda*⁵³⁹.

En relación con el caso pendiente entre *Rey Soda*⁵⁴⁰ y la Cassa Conguaglio Zucchero, la controversia versaba, *lato sensu*, sobre la competencia de la Comisión en virtud de la delegación del Consejo y sobre la extensión de los poderes que se le habían conferido. Específicamente, se centraba la cuestión en que, en virtud de lo dispuesto por el art. 77 de la Constitución italiana, se autoriza al poder ejecutivo, en casos de extraordinaria urgencia y necesidad, a adoptar medidas provisionales con fuerza de ley a través del decreto-ley. Por consiguiente, el Gobierno italiano, por Decreto-Ley de 8 de julio de 1974, n. 255 – relativo a la aplicación de regulaciones comunitarias n. 834/74 y 1495/74, concernientes los azúcares destinados al consumo humano (GURI Nº 177, de 8 de julio de 1974, página 4522) – imponía impuestos a todos los que poseyeran, a las cero horas del 1º de julio de 1974, azúcar blanco, caña de azúcar

⁵³⁹ Case 23/75 *Rey Soda v Cassa Conguaglio Zucchero* (1975) ECR.

⁵⁴⁰ *Rey Soda, Associazione Italiana Industrie Dolciarie, Associazione Italiana Bevande Gasate, Associazione Italiana Industrie Prodotti Alimentari*, las últimas tres intervenidas en la audiencia de 17 de enero de 1975 en representación de los usuarios del azúcar italianos para respaldar los argumentos del solicitante.

o jarabe de azúcar o destinatarios fósiles de tales productos por cantidades superiores a 500 kg, a pagar antes del 30 de septiembre de 1974 a la Cassa Conguaglio Zucchero⁵⁴¹.

De acuerdo con las regulaciones anteriores, y con el fin de evitar las sanciones previstas en caso de incumplimiento, la empresa Rey Soda, usuaria de azúcar, aunque considerase ilegítima la obligación, que alcanzaba la cantidad de 366.910 £ para entregársela a la Cassa Conguaglio Zucchero, se reservó el derecho de solicitar un reembolso.

Posteriormente, mediante una instancia de fecha 19 de noviembre de 1974, la misma empresa pidió al Pretor de Abbiategrosso que ordenase el embargo hacia la Cassa Conguaglio Zucchero, hasta la totalidad del importe pagado: esta incautación se basaba en la ley nacional y comunitaria.

Las cuestiones a resolver, por tanto, eran varias, a saber: primera, si el art. 6 del Reglamento 834/74/CEE de la Comisión, complementado y modificado por los Reglamentos 1495/74/CEE y 2106/74/CEE de la Comisión, debía de interpretarse en el sentido de que no permitía al Estado italiano imponer un impuesto pecuniario a los usuarios de azúcar y a los productores de remolacha; segunda, si dicho Reglamento fue promulgado ilegítimamente, ya que una imposición del tipo de la autorizada debía de ser aprobada explícitamente por el Consejo de Ministros; tercera, si el Reglamento aludido, en la medida en que podía permitir la solicitud de determinados pagos por parte del Estado Italiano, no sería ilegal por contrario al principio de igualdad; cuarta, si el Reglamento podía ser ilegal por falta de motivación, en la medida en que podría interpretarse como una autorización al Estado italiano para solicitar pagos a usuarios de azúcar en relación con la posesión de más de 500 kg debido a un trato desigual; quinta, si la legislación comunitaria conociera los principios que permitirían clasificar como ilegítimo por ser incompatible con el Derecho comunitario, un acto legislativo de un Estado miembro, cuando se

⁵⁴¹ Organismo público italiano establecido por el reglamento del comité interministerial de los precios el 22 de junio de 1968, n. 1195 (GURI n. 162 del 27 de junio de 1968), con el objetivo específico de igualar los precios en el mercado azucarero italiano.

haya promulgado el mismo acto legislativo para ejecutar actos de las instituciones comunitarias, previsto de forma abstracta por el art. 189 del TCE.

En cuanto a la validez del muy disputado artículo 6 del reglamento 834/74, la Comisión recordó que según el art. 155 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁵⁴² estaba facultada para ejercer las competencias que le confiere el Consejo para la aplicación de las normas establecidas por él. El procedimiento conocido como Comité de Gestión forma parte de las condiciones bajo las cuales el Consejo puede hacer que la Comisión ejerza los poderes que se le atribuyen. En la primera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pregunta al Tribunal si el artículo 6 de la regulación (CEE) n. 834/74 debe interpretarse en el sentido de que éste no autoriza a Italia a imponer cargas pecuniarias a los usuarios del azúcar ni a los productores de remolacha. En la segunda cuestión, se solicita al Tribunal que se pronuncie sobre si dicha disposición fue adoptada ilegítimamente, ya que una imposición del tipo autorizado por el Tribunal debe ser aprobada expresamente por el Consejo de Ministros. Dado que las cuestiones están estrechamente relacionadas, el Tribunal consideró apropiado resolverlas conjuntamente, de hecho, abordando que el art. 6 de la regulación n. 834/74 fue adoptado por la Comisión de conformidad con el art. 37, n. 2 del Reglamento del Consejo n. 1009/67, constituye la regulación básica en el sector azucarero. Dado que el propósito del art. 155 del Tratado es mantener el equilibrio de poderes entre el Consejo y la Comisión, las facultades atribuidas a este último por el art. 37, n. 2, deben estar sujetas a interpretación restrictiva. Cuando el art. 155 del Tratado CE declara que "la Comisión ... ejerce las facultades que le confiere el Consejo para la aplicación de las normas establecidas por ella", en el contexto del Tratado, en el que se debe considerar el artículo, así como a partir de requisitos concretos, resulta que la noción de implementación debe ser interpretada en un sentido amplio.

⁵⁴² El art 155 establece que la Comisión ejerce las competencias que le confiere el Consejo para la implementación de las normas por él mismo establecidas. El procedimiento dicho del "Comité de gestión" forma parte de las condiciones a las que el Consejo puede subordinar el ejercicio por parte de la Comisión de los poderes a ella atribuidos.

Dado que solo la Comisión puede controlar el progreso de los mercados agrícolas de forma constante y cuidadosa y actuar con la puntualidad necesaria, el Consejo puede, en el ámbito de la política agrícola común, otorgar a la Comisión amplios poderes de evaluación y acción. Por otro lado, el art. 155 permite al Consejo determinar las condiciones en las que puede hacer que la Comisión ejerza los poderes que se le atribuyen.

Uno de los puntos cruciales de este asunto son exactamente las atribuciones concedidas a la Comisión por el art. 37, n. 2 del Reglamento: estas deben de ejercerse de conformidad con el procedimiento del Comité de Gestión antes mencionado, que permite al Consejo asignar a la Comisión poderes de ejecución considerablemente ampliados, reservando, en su caso, tomar la decisión por sí mismo. Si el Consejo ha otorgado amplias facultades a la Comisión, los límites de su competencia deben definirse no tanto en relación con el sentido literal de la delegación, sino con respecto a los objetivos esenciales generales de la organización del mercado.

Es por estas razones que la Corte decidió – mediante decisión y pronunciamiento en Luxemburgo el 30 de diciembre de 1975 – tomando en consideración las cuestiones planteadas por el pretor de Abbiategrosso, que el artículo 6 del Reglamento no. 834/74/EEC de la Comisión era ilegítimo.

Por lo tanto, es evidente que, en el caso en cuestión, el Tribunal, basándose en el equilibrio institucional entre el Consejo y la Comisión, declaró – en el noveno punto de los fundamentos de derecho – que el mandato de la delegación debe interpretarse de manera restrictiva; sin embargo, a pesar de esta limitación, la Corte insistió en que la noción de integración debe tener una interpretación amplia. Solo la Comisión podría supervisar constantemente las tendencias de los mercados agrícolas y regularlas rápidamente si la situación así lo exigiera y, por lo tanto, se confió al Consejo la facultad discrecional y de acción de la Comisión. Por consiguiente, incluso aunque, como se mencionó, la "comitología" no está prevista en los Tratados, el Tribunal de Justicia esencialmente terminó legitimándola siempre que el equilibrio institucional no se distorsionara.

La importancia de los dos casos citados viene dada porque la jurisprudencia del TJUE ha seguido en la línea marcada por éstos, tratando de delimitar la delegación de los poderes para legislar. Dicha jurisprudencia posterior ha confirmado tres límites constitucionales a la delegación de poderes: en primer lugar, para que una ley de delegación sea válida, debe ser lo suficientemente específica, es decir, el Consejo debe establecer claramente los límites de la facultad conferida a la Comisión⁵⁴³; en segundo lugar, las disposiciones destinadas a dar forma concreta a las directrices fundamentales de la política comunitaria no están sujetas a delegación⁵⁴⁴; en tercer y último lugar, la Comisión no puede utilizar sus amplios poderes de implementación en un área de política para interferir con los poderes del Consejo en otra área⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Case 291/86 *Central-Import Münster GmbH & Co. KG v Hauptzollamt Münster* [1988] ECR 3679.

⁵⁴⁴ Case C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383.

⁵⁴⁵ Case 22/88 *Industrie- en Handelonderneming Vreugdenhil BV and Gijs van der Kolk – Douane Expeditie BV v Minister van Landbouw en Visserij* [1989] ECR 2049.

III.2 – El Tratado de Lisboa: la incorporación de los arts. 290 y 291 TFUE. Su interpretación en vía jurisprudencial

III.2.1 – Elementos de novedad versus continuidad

El artículo 291 TFUE, ya mencionado varias veces e introducido por el Tratado de Lisboa de 2007, describe las funciones de las autoridades competentes en el ejercicio de la función ejecutiva, pero no define el concepto o el contenido de los actos de ejecución, en consonancia con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea, que seguía un enfoque similar⁵⁴⁶. En los nuevos Tratados, los poderes de ejecución de la Comisión han cambiado significativamente el alcance de la distinción introducida por el Tratado de Lisboa entre la delegación a la Comisión de poderes reglamentarios genuinos y el ejercicio de los poderes ejecutivos.

De hecho, como ya se ha señalado, el art. 290 TFUE dispone que un acto legislativo puede delegar a la Comisión la facultad de adoptar actos no legislativos de alcance general destinados a complementar o modificar elementos no esenciales del acto legislativo⁵⁴⁷. Por otro lado, el artículo 291 del mismo Tratado rige la ejecución de "actos jurídicamente vinculantes" y establece que, cuando se requieren condiciones

⁵⁴⁶ Artículo 202 del Tratado CE.

⁵⁴⁷ Para alentar al legislador a centrar los actos legislativos en los aspectos esenciales del asunto a tratar y hacer un uso extensivo de este nuevo instrumento, es necesario proporcionar las garantías adecuadas en cuanto al hecho de que, en el ejercicio de la delegación, la Comisión adopta los actos respetando el mandato que se le ha atribuido. De hecho, teniendo en cuenta el hecho de que el legislador delega la facultad de dictar una disposición que en teoría él mismo podría adoptar, es necesario reconocerle la posibilidad de intervenir de manera efectiva si no está satisfecho con las normas que la Comisión ha establecido realmente. Con este fin, el artículo 290 del TFUE prevé dos mecanismos de control específicos: el derecho a objetar, que (si se ejerce) impide la entrada en vigor del acto delegado, y la revocación, que tiene el efecto más radical de privar a Comisión del poder delegado.

uniformes de implementación a nivel europeo de tales actos⁵⁴⁸, estos confieren poderes de ejecución a la Comisión. De esta manera, la noción de ejecución de los actos de la Unión esbozada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la priva formalmente de su perfil normativo, quedando reservada al ejercicio de los poderes ejecutivos y a la aplicación reglamentaria únicamente de actos jurídicamente vinculantes con carácter no legislativo.

Además, la Comisión ha sugerido un enfoque uniforme con respecto a la determinación de ciertos aspectos materiales de la delegación, por ejemplo, deseando una interpretación extensa de la necesidad de definir su duración, sin proporcionar fechas fijas para la extinción del poder delegado⁵⁴⁹, de las modalidades predefinidas relativas a la aplicación concreta de los mecanismos de control por los colegisladores y, por último, de las normas específicas para la aplicación de los actos delegados adoptados en casos de urgencia.

De los debates que tuvieron lugar en los primeros meses de aplicación del Tratado de Lisboa, se colige que tanto el Parlamento europeo⁵⁵⁰, como el Consejo están a favor de acordar interpretaciones comunes tanto de los conceptos establecidos en la disposición en cuestión, como de las fórmulas estándar para su aplicación coherente y efectiva. Con este fin, en mayo de 2011, las tres instituciones firmaron un acuerdo común⁵⁵¹. La disposición en cuestión se aplicó por primera vez en el Reglamento sobre las condiciones zoosanitarias aplicables al movimiento de mascotas⁵⁵². Dicho Reglamento preveía la concesión a la Comisión de la delegación para la adaptación

⁵⁴⁸ El mismo art. 291 afirma, de hecho, que, en principio, la aplicación de los actos de la Unión es competencia de los Estados miembros, que están obligados a adoptar *todas las medidas de derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión* (párr. 1).

⁵⁴⁹ *Sunset clauses*.

⁵⁵⁰ Resolución del Parlamento Europeo de 5 de mayo de 2010 sobre el poder de la delegación legislativa 2010/2021 (1N1) (*DOUE* C 81 E de 15 de marzo de 2011, 6 -10).

⁵⁵¹ *Common understanding*.

⁵⁵² Reglamento UE n. 438/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, *DO UE* L 132 de 29 de mayo de 2010, 3-10.

de algunas disposiciones incluidas en sus anexos⁵⁵³; la duración de la delegación, establecida en cinco años, prorrogables automáticamente una vez expirada, salvo el ejercicio de la revocación por uno de los colegisladores⁵⁵⁴; la facultad de revocar, que se vinculaba, por un lado, a la obligación de informar a las otras instituciones, y, por otro, a su impacto en los actos delegados ya adoptados⁵⁵⁵; vinculada a la facultad de revocar, se establecían también el poder de objeción y la definición de los términos dentro de los cuales éste debía ejercerse⁵⁵⁶. También debe mencionarse el *considerando 12* del preámbulo, que subraya la importancia de que la Comisión lleve a cabo las consultas apropiadas a nivel de expertos durante la preparación de los actos delegados⁵⁵⁷.

En coherencia con la disposición pertinente sobre el tema en el sistema anterior (el artículo 202 del Tratado CE) y a diferencia de lo establecido para los actos delegados, el nuevo art. 291 TFUE establece que los principios y las normas relativos al control del ejercicio de los poderes de ejecución por parte de la Comisión se definen de antemano en una medida de aplicación general, a la que se debe hacer referencia en los actos básicos que confieren tales poderes en casos específicos. Por lo tanto, las instituciones autoras de los actos básicos están obligadas a recurrir exclusivamente a los procedimientos de control previstos en este acto de aplicación general, que debe de considerarse, a este respecto, como jerárquicamente superior⁵⁵⁸. En el momento

⁵⁵³ Art. 19-bis.

⁵⁵⁴ Art. 19-ter.

⁵⁵⁵ Art. 19-quater.

⁵⁵⁶ Art. 19-quinquies.

⁵⁵⁷ Además, considerando los actos legislativos adoptados hasta el 31 de julio de 2011, la Comisión ha recibido la facultad de adoptar actos delegados también en la Directiva 2010/45/UE, en la Directiva 2010/30/UE, así como en los Reglamentos instituyentes las agencias que supervisan las actividades financieras de la Unión Europea.

⁵⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2003. Comisión de las Comunidades Europeas contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Comitología - Decisión 1999/468/CE del Consejo, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión - Criterios de elección entre los distintos procedimientos de adopción de las medidas de ejecución - Efectos - Obligación de motivar - Anulación parcial del

de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, estaba en vigor el régimen de los métodos de control adoptados sobre la base del art. 202 TCE, es decir la Decisión 1999/468/CE⁵⁵⁹, que imponía a la Comisión la obligación de presentar los proyectos de actos de ejecución que preparaba para la consulta de comités compuestos por representantes de los gobiernos de los Estados miembros: por este motivo, se conoce con el nombre de "Decisión comitología". La Decisión originalmente preveía cuatro procedimientos diferentes a los que pueden referirse los actos básicos para los controles que pretenden introducir: el procedimiento consultivo, el procedimiento de gestión, el procedimiento de reglamentación y el procedimiento de salvaguardia para los casos de medidas que deben tomarse en urgencia. La elección del procedimiento a utilizar se realiza en cada acto básico individual, de acuerdo con los criterios establecidos en la Decisión comitología, que son puramente indicativos, de modo que la institución autora del acto básico sea realmente libre de decidir qué procedimiento utilizar, siempre que su elección esté expresamente justificada⁵⁶⁰. Si bien, la Comisión goza de un amplio margen de discreción en el procedimiento consultivo⁵⁶¹. En particular, en el procedimiento de gestión, la Comisión está obligada a remitir el asunto al Consejo en caso de dictamen negativo del comité; en el procedimiento de reglamentación debe dirigirse al Consejo no sólo en caso de una opinión negativa, sino también en el caso de que no obtenga una opinión favorable por mayoría cualificada del comité. En condiciones diferentes según los dos procedimientos, el Consejo puede ser llamado a intervenir y, en última instancia, también a adoptar el acto ejecutivo. El Parlamento Europeo, por otro lado, asume un papel más bien marginal, caracterizado esencialmente por ser titular de un derecho

Reglamento (CE) nº1655/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al instrumento financiero para el medio ambiente (LIFE). Asunto C-378/00.

⁵⁵⁹ Decisión 1999/468/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 (DOCE L184 de 17 de julio de 1999, 23-26.

⁵⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2003, Comisión de las Comunidades Europeas contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Asunto C-378/00.

⁵⁶¹ Debiendo limitarse sólo a tener en cuenta la opinión del comité antes de adoptar formalmente las medidas de implementación.

general de información, y por la posibilidad de solicitar a la Comisión que revise el proyecto de medidas de implementación para los actos básicos adoptados en codecisión, cuando considere que la Comisión ha superado las competencias de ejecución que se le confieren.

Tal situación de equilibrio entraba en conflicto con la posición que Consejo y Parlamento ocupaban en los actos de codecisión. Así, tras la fuerte presión ejercida por el Parlamento, el consejo acordó enmendar la Decisión comitología, introduciendo un nuevo procedimiento “de reglamentación y control”, destinado a otorgar al Parlamento poderes de control análogos a los del Consejo.

En virtud de la regla de mantener los efectos legales de los actos preexistentes a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁵⁶², la Decisión comitología sigue siendo de principio aplicable con referencia a la ejecución adoptada de conformidad con la disposición en cuestión. Sin embargo, el Tratado de Lisboa introdujo algunos cambios importantes en comparación con el sistema anterior, que no se reflejan adecuadamente en la Decisión 1999/468/CE: además de la distinción antes mencionada entre poderes delegados y poderes de ejecución, también un procedimiento diferente para la adopción del régimen de las modalidades de control – el procedimiento legislativo ordinario en lugar de la decisión del Consejo por sí solo – y de una entidad diferente responsable de llevar a cabo los controles – los Estados miembros y no el Consejo.

Esta situación de no consonancia plena entre la ley primaria y la Decisión comitología en vigor suscitó dudas legales y tensiones políticas en las relaciones entre los dos colegisladores. Dichas tensiones quedaron, no obstante, neutralizadas gracias a un acuerdo incorporado en una Declaración del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, y relacionado con la implementación del art. 291 TFUE⁵⁶³.

Para hacer un seguimiento de esta declaración de intenciones, la Comisión ha presentado rápidamente una propuesta de acto legislativo destinada a establecer las normas y principios generales relativos a los medios de control por parte de los

⁵⁶² Artículo 9 del Protocolo de Lisboa n. 36 sobre disposiciones transitorias.

⁵⁶³ No publicada.

Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión⁵⁶⁴. Al final de los debates no exentos de choques y dificultades, el Parlamento Europeo y el Consejo han llegado a un acuerdo mediante la adopción del Reglamento de la UE n. 182/2011, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y principios generales relativos a las modalidades de control de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas por la Comisión⁵⁶⁵, designado como “Reglamento comitología”.

El Reglamento comitología mantiene la impostación de la Decisión comitología, en lo que respecta a la consulta de los comités, mientras que la simplifica mediante la provisión de solo dos procedimientos: el procedimiento consultivo⁵⁶⁶, que corresponde al procedimiento consultivo anterior, y un nuevo procedimiento de examen⁵⁶⁷, destinado a sustituir los anteriores procedimientos de gestión y reglamentación. Los criterios para elegir el procedimiento, mencionados en cada acto básico⁵⁶⁸, corresponden en gran medida a los definidos en la Decisión comitología.

La innovación más importante consiste en la forma concreta en que se aplica la norma prevista por la disposición en cuestión, según la cual el control debe ser ejercido exclusivamente por los Estados miembros y no por los colegisladores, en particular por el Consejo. Como en el pasado, antes de adoptar un acto de ejecución, la Comisión debe consultar a los comités que preside y que están compuestos por representantes de los Estados miembros⁵⁶⁹. Por un lado, en el caso de los actos sometidos al procedimiento consultivo, la Comisión garantizará que los actos de ejecución se adopten teniendo debidamente en cuenta los debates sobre los comités y las opiniones recibidas; por otro lado, en el caso del procedimiento de examen, la Comisión puede adoptar inmediatamente los actos que hayan recibido un informe

⁵⁶⁴ COM(2010)83 de 9 de marzo de 2010.

⁵⁶⁵ DO UE L 55 de 28 de febrero de 2011, 13-18.

⁵⁶⁶ Artículo 4.

⁵⁶⁷ Artículo 5.

⁵⁶⁸ Artículo 2.

⁵⁶⁹ Artículo 3.

positivo emitido por mayoría cualificada; y finalmente, en el caso de informe negativo, la Comisión se enfrenta con la alternativa de abandonar el proyecto rechazado o presentar un proyecto modificado al comité de apelación⁵⁷⁰, que tiene una composición similar a los comités de primera instancia. El comité de apelación también debe participar en los proyectos de actos en ciertos asuntos, si los comités de primera instancia no han podido formar una mayoría cualificada a favor o en contra de los proyectos de la Comisión⁵⁷¹; en otros casos de ausencia de informes, la Comisión podrá adoptar los proyectos presentados.

El RC también prevé la posibilidad de que la Comisión adopte directamente actos de ejecución que, al no haber obtenido un dictamen favorable de los comités de primera instancia, deban pasar al comité de apelación, en casos excepcionales destinados a evitar importantes turbulencias en los mercados de sectores agrícolas o riesgos para los intereses financieros de la Unión⁵⁷²; así como un procedimiento de urgencia en el que, para casos debidamente justificados, el legislador podrá disponer que la Comisión adopte inmediatamente actos de ejecución temporales, en espera del examen *ex post* por los comités competentes⁵⁷³. Además, contiene normas sobre la obligación de la Comisión de informar sobre el trabajo de los comités y sobre el progreso de los procedimientos⁵⁷⁴, así como sobre el derecho de control de los legisladores, si consideran que los proyectos de actos superan las facultades de ejecución conferidas en los actos legislativos pertinentes⁵⁷⁵. Finalmente, una disposición proporciona en detalle las adaptaciones de los actos básicos adoptados antes de la entrada en vigor del Reglamento en cuestión, que son necesarios para

⁵⁷⁰ Artículo 6.

⁵⁷¹ Artículo 4, párr. 4.

⁵⁷² Artículo 7.

⁵⁷³ Artículo 8.

⁵⁷⁴ Artículo 10.

⁵⁷⁵ Artículo 11.

permitir la aplicación de los nuevos procedimientos⁵⁷⁶, sustituyendo a los procedimientos establecidos en la Decisión comitología⁵⁷⁷.

Cabe destacar que el artículo 15 del RC establecía que la Comisión hubiera tenido que presentar al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la aplicación del mismo Reglamento, cinco años después de su entrada en vigor: así hizo, con el informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (UE) 182/2011 de 26 de febrero de 2016⁵⁷⁸. En sus conclusiones, la Comisión afirma satisfecha que el RC ha permitido durante los últimos cinco años el uso efectivo de las competencias de ejecución de la Comisión bajo el control de los Estados miembros, con el marco actual que permite una cooperación constructiva y eficaz entre la Comisión y los Estados miembros, sin detectar problemas que exijan o justifiquen una propuesta legislativa para modificar el mismo Reglamento en aquel entonces.

III.2.2 – Aproximación en clave jurisprudencial: el Caso C-427/12, sobre la supuesta infracción del TFUE y la inobservancia del sistema de atribución de poderes

En la práctica, el Tratado de Lisboa confiere al legislador – el Parlamento Europeo y el Consejo, en el caso de un procedimiento legislativo ordinario; o sólo una de las dos instituciones, en el caso de un procedimiento legislativo especial – la posibilidad de delegar⁵⁷⁹ a la Comisión, bajo ciertas condiciones, la adopción de actos jurídicos

⁵⁷⁶ Artículo 13.

⁵⁷⁷ C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione Europea operativo*. Edizioni Giuridiche Simone, Gruppo Editoriale Simone, Nápoles, 2012.

⁵⁷⁸ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (UE) 182/2011 de 26 de febrero de 2016. Bruselas, COM(2016)92 final.

⁵⁷⁹ Como atentamente ha sido analizado por el Miembro del Parlamento Europeo József Szàjer, “el objetivo de la delegación de poder del legislador es garantizar que la legislación pueda seguir siendo simple y, al mismo tiempo, completarse y actualizarse sin tener que recurrir a procedimientos legislativos repetidos, que podrían ser demasiado engorrosos y requerir un tiempo excesivo. Por lo tanto, la delegación permite tratar los aspectos más detallados de una disposición legislativa de la

vinculantes no legislativos. En este caso los límites establecidos por la disposición anterior adquieren especial importancia⁵⁸⁰. Por lo tanto, la atribución o no de la delegación dependerá de una evaluación política, vinculada a la voluntad del Parlamento Europeo y del Consejo que deciden no abordar cuestiones que podrían ser tratadas, de manera más idónea por el Ejecutivo: "es con el propósito de una mayor eficacia que se delegan a la Comisión los poderes que son responsabilidad del legislador"⁵⁸¹.

Sin embargo, una vez que se complete la evaluación política de la disposición y la conveniencia sobre la posibilidad de delegar – de conformidad con lo establecido en los artículos 290 y 291 TFUE – el punto crucial será elegir cuál de los dos nuevos métodos introducidos por el Tratado de Lisboa se va a utilizar: en muchos casos, la elección por parte del legislador es sencilla, rápida y casi obvia, en cuanto a la conveniencia del uso de actos delegados o directamente de actos de implementación. Sin embargo, como se vio anteriormente, el margen de discrecionalidad del legislador con respecto al instrumento que se utilizará es bastante amplio. De hecho, desde 2009, año de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia nunca se había expresado a este respecto y el desarrollo de la jurisprudencia, por lo tanto, no había sido útil para clarificar el asunto.

La situación aludida va a experimentar un cambio sustancial en el año 2014, cuando, en su sentencia de 18 de marzo de 2014, en el Caso C-427/12, Comisión contra el

Unión, mientras que le permite al legislador conservar el poder y la responsabilidad que finalmente le corresponde. De esta manera, la delegación también puede considerarse un instrumento para mejorar la regulación a nivel de la UE." en *Informe sobre el poder de delegación legislativa*, Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, ponente József Szájer [A7-0110/2010].

⁵⁸⁰ G. CARRUBA, *Atti delegati ed atti di esecuzione. Gli Artt. 290 e 291 del TFUE*, Ministerio de Agricultura, Políticas Alimentarias y Forestales, Departamento de Políticas Europeas e Internacionales. Dirección General de Políticas Comunitarias y del Mercado Internacional, 2011.

⁵⁸¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Aplicación del artículo 290 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [COM(2009)673 de 09.12.2009].

Parlamento y el Consejo – en el ya célebre “asunto Biocidas⁵⁸²” – el Tribunal de Justicia tomó por primera vez una posición sobre la cuestión de la demarcación entre actos delegados y actos de ejecución.

Con su recurso de apelación, la Comisión Europea solicitó la anulación de una disposición que preveía la adopción de medidas que establecían los impuestos cobrados a la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos mediante actos de ejecución ex art. 291 TFUE. La Comisión consideró que estas tarifas deberían establecerse, por el contrario, mediante actos delegados ex art. 290 TFUE. Al contrario, el Tribunal de Justicia rechazó el recurso de la Comisión por infundado. Si bien no cuestiona el hecho de que los artículos 290 y 291 del TFUE tienen su propio alcance, declaró que el legislador, al decidir otorgar a la Comisión poderes delegados en virtud del artículo 290 TFUE o una facultad de ejecución en el sentido del artículo 291 TFUE, tiene un poder discrecional. Consecuentemente, el Tribunal resolvió que la revisión judicial debe limitarse a errores manifiestos de evaluación⁵⁸³.

Un análisis más profundo del asunto puede ayudar a clarificar la cuestión sobre la opción de atribución del legislador y el margen de discrecionalidad del que dispone. La Comisión Europea solicitaba la anulación del artículo 80, párrafo 1⁵⁸⁴, del

⁵⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014. Comisión Europea contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Recurso de anulación — Elección de la base jurídica — Artículos 290 TFUE y 291 TFUE — Acto delegado y acto de ejecución — Reglamento (UE) nº 528/2012 — Artículo 80, apartado 1 — Biocidas — Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas — Fijación de tasas por la Comisión Asunto C-427/12.

⁵⁸³ Como se puede leer en el *Informe de la Comisión sobre la actividad de los Comités en 2014*, de 2 de septiembre de 2015, en Bruselas [SWD(2015) 165 final].

⁵⁸⁴ El artículo 80 del Reglamento nº 528/2012, titulado «Tasas y derechos», dispone:

“1. La Comisión adoptará, sobre la base de los principios establecidos en el apartado 3, un reglamento de ejecución que especifique:

- a) las tasas adeudadas a la Agencia, incluida una tasa anual, para los productos a los que se les conceda una autorización de la Unión con arreglo al capítulo VIII y una tasa para las solicitudes de reconocimiento mutuo con arreglo al capítulo VII;
- b) las normas que definen las condiciones para tasas reducidas, la exención de tasas y el reembolso del miembro del Comité de Biocidas que actúa como ponente, y

Reglamento n. 528/2012⁵⁸⁵, dictado mediante un acto basado en el artículo 291 TFUE, apartado 2 y no a través de un acto basado en el artículo 290 TFUE, apartado 1. A tal propósito, cabe destacar que las disposiciones para la implementación directa de las disposiciones legislativas europeas, de hecho, son numéricamente limitadas y consisten principalmente en normas destinadas a garantizar la aplicación de los Reglamentos de la UE, con respecto a los cuales la falta de normas de implementación internas hace que el cumplimiento de las funciones por parte de las administraciones públicas sea crítico⁵⁸⁶.

Por las razones antes mencionadas, por un lado, la Comisión solicitaba al Tribunal de Justicia que anulara el artículo 80, apartado 1, del Reglamento n. 528/2012, por cuanto preveía la adopción de medidas para fijar las tasas adeudadas a la Agencia mediante un acto de ejecución en virtud del artículo 291 TFUE, y no mediante un acto delegado de conformidad con el artículo 290 TFUE.

Tras ver estimada la admisibilidad del recurso⁵⁸⁷ – no obstante las razones sobre la inadmisibilidad del recurso de anulación parcial del Reglamento desarrolladas por el

c) las condiciones de pago.

Dicho Reglamento de ejecución se adoptará de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 82, apartado 3. Solo se aplicará con respecto a las tasas pagadas a la Agencia.

La Agencia podrá cobrar derechos por otros servicios que preste.

Las tasas adeudadas a la Agencia se fijarán a un nivel tal que quede garantizado que los ingresos procedentes de las tasas, junto con las demás fuentes de ingresos de la Agencia de acuerdo con el presente Reglamento, son suficientes para cubrir el coste de los servicios prestados. La Agencia publicará las tasas que se hayan de abonar.”

⁵⁸⁵ Reglamento (UE) n. 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativo a la comercialización y el uso de los biocidas. Texto pertinente a efectos del EEE, en *DOUE L* 167 de 27 de junio de 2012, p. 1–123.

⁵⁸⁶ M. ROSINI, *L’attuazione del diritto dell’Unione europea nel più recente periodo: legge di delegazione europea e legge europea alla luce della prassi applicativa*, en *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017.

⁵⁸⁷ Apoyada, además que por la Comisión, por el Parlamento Europeo y por la República de Finlandia.

Consejo⁵⁸⁸, debidas a la indivisibilidad del art. 80 del resto del cuerpo normativo⁵⁸⁹ – por parte del Tribunal, en virtud de reiterada jurisprudencia del mismo TJUE⁵⁹⁰, la Comisión alegó – y aquí una de las claves de la sentencia – “un único motivo en apoyo de su recurso, basado en la infracción del TFUE y que consiste en el desconocimiento del sistema de atribución de los poderes que el legislador de la Unión puede conferir a la Comisión en virtud de los artículos 290 TFUE y 291 TFUE”.

Esto resulta importante porque la Comisión, en cuanto a los respectivos ámbitos de aplicación de dichos artículos, funda su pretensión en una clara y neta distinción de estos: de acuerdo con ella, de hecho, los poderes ex art. 291 son exclusivamente de origen ejecutivo, mientras que los ex art. 290 tienen naturaleza *quasilegislativa*. La Comisión ha apoyado siempre la distinción clara entre las áreas de competencia, acompañada de una necesidad igualmente inmediata y fuerte de claridad sobre la base de los criterios de selección y adjudicación, refiriéndose a ellos como “criterios objetivos y claros que puedan ser objeto de control jurisdiccional, y añadiendo que son entre ellos mismos diferentes y mutuamente excluyentes”.

La Comisión sostenía pues, en cuanto a la legalidad del art. 80, párr. 1, que el Consejo y Parlamento le atribuían, mediante el art. 291 TFUE y con el instrumento de los actos ejecutivos, poderes que provenían del art. 290 TFUE y, de integración de elementos no esenciales, como por ejemplo los criterios⁵⁹¹ directos a garantizar la coordinación y la coherencia entre las diferentes modalidades de financiación de la Agencia, desarrolladas por el art. 78 del Reglamento n. 528/2012 y *similiter* en varias disposiciones del mismo Reglamento.

⁵⁸⁸ Apoyadas también por el Reino de los Países Bajos y el Reino Unido.

⁵⁸⁹ Basadas sobre el hecho de que el pago de la tasa es un requisito para la intervención de la Agencia a lo largo de un procedimiento de aprobación de un biocida.

⁵⁹⁰ Según la cual la anulación parcial de un acto de la Unión sólo es posible en la medida en que los elementos cuya anulación se solicita puedan separarse del resto del acto (Sentencias Comisión/Consejo, C-29/99, C/2002/734, apartado 45, y Alemania/Comisión, C-239/01, EU:C:2003:514, apartado 33).

⁵⁹¹ Criterios del régimen tarifario que al revés Parlamento, Consejo y los Estados miembros intervenidos reputan suficientemente detallados.

III.2.2.1 – Las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón: el área gris y el margen de discrecionalidad

Seguidamente se analizarán con detenimiento las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, quien examina de la cuestión, brindando un importante análisis del caso y una interpretación profunda del tema, que, no obstante, no es seguida por el Tribunal.

En primer lugar, el Abogado General aclara de inmediato el alcance dentro del cual se moverán sus conclusiones, indicando que debe tenerse en cuenta que el único motivo presentado por la Comisión se basa en lo que considera una interpretación incorrecta por parte del Parlamento y del Consejo, de los respectivos campos de aplicación de los artículos 290 del TFUE y 291 (2) del TFUE, introducidos por el Tratado de Lisboa⁵⁹².

La clave de las conclusiones del Abogado General reside precisamente en lo que él define como el principal desafío en el primer período de validez de la nueva forma de legislar, es decir, asegurar un determinado nivel de justiciabilidad respecto de las opciones del legislador de la Unión a la hora, ya sea de encomendar a la Comisión la tarea de completar o alterar el contenido de un acto legislativo, ya sea de confiarle la aprobación de actos de ejecución. Pedro Cruz Villalón sigue articulando sus conclusiones en dos partes y, a los efectos del estudio y análisis de estos instrumentos de derecho secundario, la primera parte es ciertamente muy interesante, estando la segunda más específicamente dedicada a analizar el fondo de la disputa. Según la Comisión, las áreas de aplicación de los artículos 290 y 291 del TFUE están completamente separadas, sin espacio para la confusión y margen de discrecionalidad: esta última niega la existencia del llamado área gris. Por el contrario, como se afirma en las conclusiones, existiría, además, una “zona gris” que

⁵⁹² El mismo Cruz Villalón afirma que el Tratado de Lisboa abre la puerta a lo que cabría calificar de una nueva forma de legislar basada en la colaboración entre el Parlamento y el Consejo, por una parte, y la Comisión, por otra, lo cual es suficiente para considerar muy sensible el problema que la Comisión nos plantea.

hace difícil delimitar en abstracto los ámbitos respectivos de uno y otros preceptos, dependiendo en cada caso del grado de detalle del acto legislativo sobre el que ha de actuar la Comisión.

Tras un profundo y detallado análisis del artículo 290 TFUE⁵⁹³ (intentando calificar y clasificar los actos delegados⁵⁹⁴, como no dueños de poderes de naturaleza *quasilegislativa* y consecuentemente no pertenecientes a un *tertium genus*), el AG evidencia que, siendo estos actos no legislativos, si no hubiera una traslación de poder legislativo, la delegación legislativa llegaría a ser una mera autorización⁵⁹⁵.

Sigue el AG abordando el artículo 291⁵⁹⁶, con referencia al ya mencionado anteriormente RC n. 182/2011. A este respecto, llega a definir la diferencia crucial entre los actos delegados y aquellos ejecutivos – clave para la resolución de la controversia y para la investigación llevada a cabo hasta este momento – es decir que “no responde únicamente a la diferencia entre la legislación (siquiera sea delegada) y la ejecución, sino, además, al hecho de que los actos delegados son el resultado del ejercicio de una competencia normativa propia de la Unión, mientras que los actos

⁵⁹³ Las observaciones más interesantes son seguramente las que realiza sobre la definición de “no legislativo” del art. 290 – que según el Abogado General no sólo se refiere al hecho de que este acto no se aprueba con el procedimiento legislativo ordinario, sino que también se coloca en una posición de subordinación con respecto al acto legislativo básico – y la identificación de la reserva material absoluta que procede de la no esencialidad de los elementos delegables: es decir, lo que no se puede delegar – lo esencial – dejando a la interpretación de si tal limite es aplicable a cualquier contexto normativo.

⁵⁹⁴ Sabiamente definidos como una oportunidad de colaboración entre el legislador de la Unión y la Comisión con el fin de llevar a cabo la función legislativa.

⁵⁹⁵ De hecho, si se tiene que llamar delegación, porque así lo establece el art. 290, sería entonces una “delegación impropia”: estaríamos entonces en frente una hipótesis de “deslegalización”, porque la materia así temporalmente “expulsada” del ámbito de la ley, deja de ser ley, por más que materialmente estuviera llamada a serlo.

⁵⁹⁶ Cuya verdadera separación del alcance del artículo anterior radica en el hecho de que con el artículo 291 TFUE abandonamos momento de la regulación en el sentido del artículo 290 TFUE, para situarnos en un ámbito funcional distinto, el de la ejecución y, más en concreto, el de la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión.

de ejecución son fruto del ejercicio (subsidiario) por la Comisión (o por el Consejo) de una competencia que corresponde principalmente a los Estados miembros”.

Cabe destacar esta afirmación del AG, que a la hora de diferenciar los ámbitos de aplicación y la razón divisoria de los artículos 290 y 291 TFUE, expone que “no es tanto (o tan sólo) la necesidad de delimitar la frontera entre la legislación y la ejecución como fases sucesivas del procedimiento de producción de normas de la Unión, cuanto, antes aún, la voluntad de hacer valer los límites entre las competencias respectivas de la Unión y de los Estados miembros”, y esta es la razón por la que la delegación se resuelve siempre en el ámbito de las competencias de la Unión y no afecta a la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros.

Tras este análisis de los artículos y de la línea que demarca su división, el Abogado General analiza el llamado área gris, que es el límite entre el alcance de los actos delegados y el de los actos ejecutivos. El motivo por el que entender la forma y extensión del área gris en tan importante reside en el hecho de que de ahí deriva el consiguiente margen de discrecionalidad para el legislador que debe elegir qué instrumento utilizar.

Según lo expuesto por Cruz Villalón, el verdadero problema no es el que se plantea la Comisión, de separación entre las dos áreas, sino de profundidad del control que el Tribunal puede ejercer legítimamente en el asunto: es decir, la verdadera cuestión no es si “ontológicamente” una determinada norma puede ser adscrita sin discusión posible – ya sea al ámbito del artículo 290 TFUE, ya sea al del artículo 291 TFUE – sino más bien la de si el Tribunal de Justicia puede fiscalizar o no hasta el último detalle todas y cada una de las opciones que el legislador realice⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ Como ha hecho observar el Abogado General Jääskinen – en sus conclusiones del asunto Reino Unido/Consejo y Parlamento Europeo, C-270/12, puntos 60 a 88 – la existencia de una zona en cierto modo vedada para el juez de la Unión no excluye, sino todo lo contrario, el que el Tribunal de Justicia efectúe un efectivo control jurisdiccional, adecuado a sus características, del «modo de administrar» la alternativa actos delegados/actos de ejecución por parte del legislador.

A los efectos del asunto, como ya se ha visto, la Comisión sostiene que no basta con implementar, sino que sirve integrar el art. 80, párrafo 1, del Reglamento 528/2012, mientras que el Parlamento y el Consejo consideran que este artículo es lo suficientemente detallado. Según Cruz Villalón, el problema real que debe analizarse es, precisamente, si el art. 80 es la expresión del legislador para adoptar una disciplina que aún debe desarrollarse completamente, o si ya estamos en la fase de ejecución. Procediendo del párrafo 3, letra e) del artículo 80, aparentemente puede parecer que se trata de un caso de excesiva discrecionalidad, atribuyendo a la Comisión una decisión de carácter político, un campo normalmente de competencia del legislador. No obstante, en la opinión del Abogado General, dicho artículo tiene una especificidad suficiente para excluir cualquier tipo de carácter político⁵⁹⁸ de las decisiones que adoptará la Comisión, que, en base a los principios establecidos en el párrafo 3, no proporciona un margen de legislación, ya establecido por el legislador, pero garantiza que los aranceles impuestos por los Estados tienen una estructura armonizada, orientándolos. La clave está en el hecho de que las circunstancias debidamente justificadas para la exención de la que se habla en dicho párrafo necesitan aceptación por la autoridad competente o la Agencia: una vez más, la dimensión política fundamental de la decisión acerca de la posibilidad de exenciones ha sido adoptada directamente por el legislador y no es entonces la Comisión la que puede decidir si habrá o no exenciones o si éstas pueden ser totales o parciales.

Es más, cabe destacar que el hecho de que los principios del artículo 80, apartado 3, vinculen por igual a la Comisión y a los Estados miembros viene a confirmar que el legislador ha considerado concluido – por las razones vistas anteriormente – y consumado el momento de la regulación.

Por todas estas motivaciones, además de clarificar la razón de ser, la finalidad y el alcance de los actos delegados y de los actos ejecutivos, el Abogado General Pedro Cruz Villalón propone al Tribunal de Justicia que decida desestimar el recurso de la Comisión y condenar a la Comisión en costas.

⁵⁹⁸ El Tribunal de Justicia se ha servido de la idea de “las orientaciones fundamentales de la política comunitaria” como referente para la delimitación de los límites de las competencias ejecutivas.

III.2.2.2 – Parámetros guía de la decisión del Tribunal: la integridad del contexto legal

Por todo lo que se ha expuesto hasta aquí, según los fundamentos de hecho y de derecho, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que, si el poder atribuido a la Comisión hubiera sido el previsto en el art. 290 TFUE, en el acto de base debería de haber explícitamente delimitado el contenido, el alcance y la duración de la delegación, incluso los elementos no esenciales para los cuales se impuso la modificación o la integración, mientras que en este caso nos enfrentamos a la necesidad de aclarar el contenido de un acto legislativo por la Comisión para garantizar su aplicación en condiciones uniformes en todos los Estados miembros.

El Tribunal de Justicia se aparta de las consideraciones del Abogado General y basa su decisión en el hecho de que el Reglamento n. 528/2012 no establece los criterios de coordinación entre las diferentes fuentes de financiación de la Agencia a que se refiere el artículo 78, apartado 1, de dicho Reglamento y el hecho de que, de conformidad con el artículo 80, apartado 3, letra a), del mismo Reglamento, las tasas exigibles deban en principio cubrir el coste, no apunta en modo alguno a la atribución de un poder delegado a la Comisión. Como indican el Parlamento y el Consejo, la expresión "en principio" expresa esencialmente la dificultad de garantizar en todas las circunstancias que las tasas cobradas por la Agencia serán suficientes para cubrir el coste de los servicios a los que corresponden. Además, es por esta razón que el artículo 78 de ese reglamento también prevé otras fuentes de financiación que hacen posible garantizar dicha cobertura.

Es más, la Comisión deja claro que, con respecto a las condiciones para las reducciones, exenciones y reembolsos contempladas en el artículo 80, apartado 1, letra b), y 3, letra e), del Reglamento n. 528/2012, el legislador de la UE no especificó las circunstancias que justifican la excepción. El Tribunal se opone a este argumento alegando que el legislador de la UE ha establecido un "marco legal completo" y justifica esta afirmación al dictar que cuando habla de las necesidades específicas de las PYMES "cuando corresponda", corrobora el hecho de que La Unión consideró necesario establecer un marco legal completo.

Más allá de eso, el problema principal, *lato sensu*, respecto a la distinción entre art. 290 y 291 TFUE, y *stricto sensu*, con respecto al asunto en análisis, no es la excesiva discreción a la hora de decidir qué instrumento usar y, por lo tanto, la posibilidad consiguiente de hacer una elección incorrecta. Debido a esto, el razonamiento principal sobre el que se coloca la decisión del Tribunal reside en el hecho de que el legislador de la Unión dispone de una facultad de apreciación cuando decide atribuir a la Comisión un poder delegado en virtud del artículo 290 TFUE, apartado 1, o un poder de ejecución en virtud del artículo 291 TFUE, apartado 2. Por lo tanto, el control jurisdiccional se limita – y aquí la piedra angular – a los errores manifiestos de apreciación, en presencia de los que no se ha encontrado en este supuesto. De cuanto antecede se desprende que el legislador de la Unión pudo razonablemente considerar que el artículo 80, apartado 1, del Reglamento nº 528/2012 no confiere a la Comisión la facultad de completar elementos no esenciales de este acto legislativo, sino la de precisar el contenido normativo de éste, conforme al artículo 291 TFUE, apartado 2.

En virtud de todo lo expuesto, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, presidida por el juez Vassilios Skouris, con fecha 18 de marzo de 2014, decidió desestimar el recurso, condenar en costas a la Comisión Europea y que la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Francesa, el Reino de los Países Bajos, la República de Finlandia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cargaran con sus propias costas.

III.3 – Calidad y control de la legislación (delegada) europea

Parece oportuno, llegados a este punto y antes de concluir el análisis, abordar finalmente el tema de los filtros de producción que el ordenamiento supranacional impone al legislador europeo: este *topic* – si bien colateral al universo de la legislación delegada desarrollado hasta ahora bajo sus diferentes niveles y reflejos – es relevante con respecto a la producción de legislación analizada y se desarrolla principalmente en dos ramas: los controles y la calidad.

Por tanto, será oportuno, en este breve, pero importante análisis final, por un lado, observar los controles impuestos al legislador europeo por su propio ordenamiento jurídico y, con mayor atención, los impuestos específicamente al legislador delegado, para proteger las competencias que le son encomendadas y su legitimidad. Dichos controles se realizan, como veremos, por métodos tanto jurisdiccionales, como de otro tipo.

Por otro lado, sin embargo, y de forma concluyente, es interesante observar un tema que ha cobrado cada vez más importancia en los últimos años, con las instituciones europeas que han comenzado – y continúan – a adoptar los medios más adecuados para dar respuesta a esta necesidad: el control de la calidad de la legislación europea, que obviamente también afecta a la calidad de la legislación delegada.

III.3.1 – El control de los instrumentos normativos europeos

La Comisión, como se ha observado, ha sido reconocida como un importante creador de normas ejecutivas en el sistema de la UE. Por un lado, esto no es inusual: en la mayoría de los ordenamientos, el poder legislativo delega poderes de elaboración de normas al ejecutivo para complementar la legislación⁵⁹⁹. Por otro lado, la UE no es como la mayoría de los ordenamientos. Los Estados miembros son mucho más

⁵⁹⁹ D. EPSTEIN, S. O'HALLORAN, *Delegating Powers. A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making under Separate Powers*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; E. PAGE, *Policy without Politicians. Bureaucratic Influence in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

reacios a delegar poderes en la Comisión, que en su ejecutivo nacional. Pero con el fin de crear igualdad de condiciones para los Estados miembros, la Comisión elabora normas que complementan la legislación de la UE a nivel supranacional. Sin embargo, aunque la Comisión es un importante legislador, no es autónoma. Los Estados miembros siempre se han preocupado de insertar mecanismos de control cuidadosamente especificados al delegar poderes a la Comisión. Desde una perspectiva comparada, la Comisión se destaca como un ejecutivo constreñido debido a su limitada autonomía⁶⁰⁰. Más específicamente, como se ha ya analizado anteriormente, los Estados miembros suelen instalar comités de representantes de los Estados miembros para monitorear la Comisión, un sistema que se conoce como comitología y que comprende cientos de comités de seguimiento⁶⁰¹. En este sentido, el sistema es un ejemplo de "apilamiento del mazo" de sistemas de control, o "maximización del poder institucional", favoreciendo a los distritos electorales⁶⁰². Por

⁶⁰⁰ E. PAGE, *Policy without Politicians. Bureaucratic Influence in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2012; H. KASSIM, J. PETERSON, M. BAUER, S. CONNOLLY, R. DEHOUSSE, L. HOOGHE, A. THOMPSON, *The European Commission of the Twenty-First Century*, Oxford University Press, Oxford, 2013; A. WILLE, *The Normalization of the European Commission: Politics and Bureaucracy in the EU Executive*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

⁶⁰¹ El control de los poderes delegados en la UE se convirtió en una cuestión política a principios de la década de 1960 cuando se estableció la política agrícola común. La gestión de los mercados agrícolas se dejó a la Comisión, pero varios Estados miembros se mostraron reacios a otorgarle poderes discrecionales. Por lo tanto, se decidió que la Comisión consultaría a los comités de representantes de los Estados miembros antes de adoptar actos ejecutivos. Si los comités rechazaran las medidas ejecutivas propuestas por mayoría cualificada, el asunto se remitiría al Consejo. Este sistema de comités rápidamente demostró ser una forma conveniente para que los Estados miembros deleguen poderes ejecutivos en la Comisión sin perder el control. La comitología hizo que los Estados miembros fueran menos reacios a delegar poderes de elaboración de normas y, en las décadas siguientes, la Comisión se convirtió en el creador de normas más importante de la UE, al menos en un sentido cuantitativo, como observado en G. J. BRANDSMA, J. BLOM-HANSEN, *Controlling delegated powers in the post-Lisbon European Union*, en *Journal of European Public Policy*, Routledge, 2016.

⁶⁰² A. HÉRITIER, C. MOURY, C. BISCHOFF, C. F. BERGSTRÖM, *Changing Rules of Delegation. A Contest for Power in Comitology*, Oxford University Press, Oxford, 2012; M. McCUBBINS, R. NOLL, B.

esa razón, el Parlamento Europeo siempre ha sido crítico con la comitología porque proporciona puestos de control solo para los Estados miembros y no para el mismo Parlamento⁶⁰³.

Sin embargo, el Tratado de Lisboa a partir de 2009 cambió la forma en la que funciona el control de la delegación en la UE: introdujo el nuevo tipo de actos jurídicos adoptados por la Comisión para los que tanto el Parlamento Europeo como el Consejo gozasen de plenos derechos de oposición y revocación. Además, supuso una reforma del antiguo sistema de comitología para el control de la adopción de actos de ejecución de la Comisión⁶⁰⁴, basándose en el control de los funcionarios de los Estados miembros. Antes del Tratado de Lisboa, el control lo ejercían los comités de conformidad con la Decisión 1999/468/CE del Consejo – analizada previamente – que enumeraba un conjunto fijo de procedimientos que dotaban a los comités de diferentes grados de poder. Ahora, el Tratado de Lisboa distingue entre dos tipos de actos de la Comisión con diferentes mecanismos de control: dicho Tratado intentó resolver las controversias sobre el control de la elaboración de normas ejecutivas facultando al Parlamento. El precio fue un aumento en la complejidad ya que los legisladores ahora no solo deben elegir entre varios procedimientos de comité para

WEINGAST, *Administrative procedures as instruments of political control*, en *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1987.

⁶⁰³ C. F. BERGSTRÖM, *Comitology. Delegation of Powers in the European Union and the Committee System*, Oxford University Press, Oxford, 2005; J. BLOM-HANSEN, *The EU Comitology System in Theory and Practice: Keeping an Eye on the Commission?*, Palgrave Macmillan, Londres, 2011; K. BRADLEY, *The European Parliament and comitology: on the road to nowhere?*, en *European Law Journal*, 3, 1997; G. J. BRANDSMA, *Controlling Comitology. Accountability in a Multi-Level System*, Palgrave MacMillan, Londres, 2013; A. HÉRITIER, C. MOURY, C. BISCHOFF, C. F. BERGSTRÖM, *Changing Rules of Delegation. A Contest for Power in Comitology*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁶⁰⁴ G. J. BRANDSMA, J. BLOM-HANSEN, *Negotiating the post-Lisbon comitology system: institutional battles over delegated decision-making*, en *Journal of Common Market Studies*, 2012; T. CHRISTIANSEN, M. DOBBELS, *Non-legislative rule making after the Lisbon Treaty: implementing the new system of comitology and delegated acts*, en *European Law Journal*, 2013.

los actos de ejecución, sino que también deben acordar en primer lugar si deben utilizarse actos delegados o de ejecución.⁶⁰⁵

Las diferencias y desarrollos de la llamada “Decisión Comitología” y del sucesivo reglamento llamado “Reglamento Comitología” ya se han analizado de forma exhaustiva anteriormente en este capítulo, durante el estudio de la evolución del uso de la delegación legislativa a nivel supranacional⁶⁰⁶. Asimismo, ya se han observado los relativos distintos procedimientos de control a disposición de las instituciones europeas, en función del objetivo que se persiga. Por tanto, dado que la repetición sería excesiva, sigue siendo útil recordarlos mediante una tabla resumen:

Mecanismo de control	Aplicación formal	Parlamento Europeo	Consejo de la UE	Estados miembros
1) <u>Actos delegados</u>	Modificar o integrar elementos no esenciales del acto	Poder de veto y revocación de poderes delegados (ambos por mayoría absoluta plenaria)	Poder de veto y revocación de poder delegado (ambos por mayoría cualificada)	Asesoramiento no vinculante a la Comisión a través de grupos de expertos

⁶⁰⁵ G. J. BRANDSMA, J. BLOM-HANSEN, *Controlling delegated powers in the post-Lisbon European Union*, en *Journal of European Public Policy*, Routledge, 2016.

⁶⁰⁶ Los cambios antes mencionados introducidos por el Tratado de Lisboa han hecho superfluo el papel de los comités en el caso de una delegación de conformidad con el art. 290 TFUE, considerando que el control del cumplimiento por parte de la Comisión de las condiciones y límites de la delegación corresponde directamente al Parlamento Europeo y al Consejo (art. 290, párr. 2). En cambio, el papel de los comités se mantiene con referencia a los poderes de ejecución reconocidos a la Comisión por el art. 291 TFUE, pero el Reglamento 182/2011 racionaliza – como se ha observado previamente a lo largo del capítulo – los procedimientos preexistentes, llevándolos a dos: el procedimiento consultivo anterior conserva este nombre (art. 4 del Reglamento), mientras que los procedimientos de gestión y reglamentario se fusionan en el procedimiento de examen actual (art. 5 del Reglamento), el procedimiento de salvaguardia se remonta a la adopción de actos de ejecución inmediatamente aplicables (art. 6 del Reglamento); como se ha mencionado, el procedimiento de reglamentación con control – previsto por la Decisión 2006/512/CE antes mencionada – pasa a ser absorbido por el poder de control que el Parlamento Europeo o el Consejo pueden ejercer sobre la Comisión en caso de delegación de conformidad con el art. 290 TFUE, en I. INGRAVALLO, *La “nuova comitologia”. Il controllo degli Stati membri sulla Commissione*, en www.sudineuropa.net, 2011.

2) <u>Actos de ejecución:</u>	Condiciones uniformes para la ejecución de los actos de la UE por parte de los Estados miembros			
2A) <u>Sin comitología</u> ⁶⁰⁷		Ninguno	Ninguno	Ninguno
2B) <u>Procedimiento consultivo</u>		Sin poderes vinculantes	Sin poderes vinculantes	Asesoramiento no vinculante a la Comisión
2C) <u>Procedimiento de examen</u>		Sin poderes vinculantes	Sin poderes vinculantes	Poder de veto (mayoría simple o cualificada en contra)
2D) <u>Variación del procedimiento de examen</u>		Sin poderes vinculantes	Sin poderes vinculantes	Poder de veto (bloqueo de minoría en contra)

Fuente: tabla de resumen basada sobre la exégesis de los artículos 290/291 TFUE y sobre el Reglamento 182/2011/UE, desarrollada por G. J. BRANDSMA y J. BLOM-HANSEN, en *Controlling delegated powers in the post-Lisbon European Union*, en *Journal of European Public Policy*, Routledge, 2016.

Aclarado esto, ahora parece apropiado desarrollar y analizar todo tipo de "control" – jurisdiccional, no jurisdiccional, institucional, etc. – que el ordenamiento jurídico de la UE pone a disposición de diferentes sujetos – particulares, instituciones, órganos, organismos, agencias, etc. – frente a los actos legislativos en general y, deductivamente, a la legislación delegada, además del mencionado Reglamento Comitología. Este examen del control de los actos legislativos europeos pretende ser, más que un análisis, una visión general de las herramientas que utiliza el ordenamiento supranacional para controlar y filtrar la actividad del legislador y, en particular, del legislador delegado. Esta discusión, que requeriría un tratamiento mucho más amplio y detallado, parece, sin embargo, apropiada por riqueza de

⁶⁰⁷ A este respecto, recuérdese que la comitología no es obligatoria para todos los actos de ejecución. Algunos pueden ser adoptados por la Comisión sin consultar a un comité (por ejemplo, en la concesión de subvenciones inferiores a un determinado importe), en https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/adopting-eu-law/implementing-and-delegated-acts/comitology_es.

detalles, sobre todo frente al mismo análisis que se realizó para los ordenamientos jurídicos nacionales abordados anteriormente.

III.3.1.1 – Los controles jurisdiccionales y los límites de la revisión judicial

La misma introducción, de un nuevo grado de jurisdicción, en 1989, se situó en el contexto de las medidas encaminadas a hacer que la jurisdicción de la Unión Europea no solo fuese más eficiente, sino también más confiable. Recordado como la competencia de los Tribunales de la Unión Europea se refiere al respeto de la ley en la interpretación y aplicación de los Tratados (artículo 19 TUE), con las excepciones señaladas en los artículos 275 y 276 TFUE, de forma muy esquemática, el Tribunal (que, no en vano, después de Lisboa ha perdido su especificación anterior "de primera instancia") se configura como el órgano jurisdiccional con competencia general y eje central entre los otros dos Tribunales.

Sus competencias, siempre que no estén reservadas a un tribunal especializado o cedidas, por el art. 51 del Estatuto de la Corte, a la propia Corte, se señalan en el art. 256, párr. 1, TFUE⁶⁰⁸. Otras competencias más especializadas derivan del Tribunal de las controversias que le son propias en materia de los contratos estipulados por la Unión, que prevén expresamente su intervención, de la marca de la Unión Europea y de la propiedad industria⁶⁰⁹.

También se prevé que las cuestiones preliminares relativas tanto a la interpretación como a la anulación puedan ser presentadas al Tribunal, en las materias que determine el Estatuto del Tribunal, por los tribunales nacionales competentes (art.

⁶⁰⁸ El art. 256, párr. 1, TFUE se refiere a los recursos de anulación o de carencia, en las condiciones y con los límites establecidos por los artículos 263 y 265 TFUE (art. 146 y 148 EURATOM); a los recursos destinados a hacer valer la responsabilidad extracontractual de la Unión, de conformidad con el art. 268 TFUE (art. 151 EURATOM); a los recursos en litigios entre la Comunidad y sus agentes, de conformidad con el art. 270 TFUE (art. 152 EURATOM); a los recursos destinados a hacer valer una responsabilidad contractual basada en una cláusula de arbitraje estipulada por la Unión o en su nombre, como se indica en el art. 272 TFUE (art. 153 EURATOM).

⁶⁰⁹ Según lo especificado por los Reglamentos 40/94 CE, 2100/94 CE y 6/02 CE.

256, párr. 3, TFUE) habiendo cesado, a este respecto, la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia. Se admite, sin embargo, que es el propio Tribunal el que remite la discusión de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, si estima necesaria una decisión de principio que pueda comprometer la unidad o coherencia del derecho de la Unión (art. 256, párr. 3, TFUE). Por último, el Tribunal está llamado a ejercer la función de jurisdicción de apelación contra el Tribunal de la Función Pública (artículo 256, párr. 2, TFUE) y, por regla general, contra todas las decisiones de cualquier otro tribunal especializado por motivos de derecho y, cuando se disponga específicamente, también de mérito. Con respecto a este sistema, es habitual reconocer que tanto el Tribunal de la Función Pública como el propio Tribunal de Justicia acaban configurándose como jueces especializados *ratione materiae* y *personae*.

A los efectos de este estudio y sobre todo a efectos comparativos con los órganos constitucionales responsables del control de la legislación delegada a nivel nacional que se han observado anteriormente, en lo que respecta al Tribunal de Justicia no es difícil ver su progresiva afirmación en un papel de carácter constitucional, configurándose los Tribunales más como órganos judiciales de carácter administrativo ordinario. En este sentido, el Tribunal es competente para juzgar, así como en los casos en que se cuestione el ejercicio del Defensor del Pueblo Europeo, de los miembros de la Comisión y de los miembros del Tribunal de Cuentas, también sobre recursos de anulación o carencia, cuando a actuar son los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europea, así como sobre las remisiones de las sentencias prejudiciales, tanto de interpretación como de nulidad (salvo las que sean de competencia del Tribunal), además de otras competencias no relevantes a los efectos del presente estudio.

Pasando a examinar con más detalle los citados recursos colocados para garantizar la legalidad de los actos y algunas de las conductas eurounitarias, nos encontramos con un primer grupo de acciones que, aunque bastante diferenciadas tanto desde el punto de vista subjetivo (es decir, los titulares de la acción), que objetivo (es decir, de los actos sometidos a verificación judicial) y, nuevamente, bajo él de la naturaleza

y efectos de los recursos que pueden obtenerse de los Tribunales de la Unión, se caracterizan por haber tenido un desarrollo suficientemente homogéneo en la jurisprudencia de la Unión Europea, alimentándose recíprocamente en el trabajo de definición de la fisonomía exacta de cada uno. Por tanto, como ya se anticipó parcialmente, el recurso de anulación (art. 263 y 264 TFUE), el recurso por carencia (artículo 265 TFUE), la excepción de nulidad incidental (artículo 277 TFUE), de los recursos contra las sanciones impuestas en sede europea (artículo 261 TFUE) y de las acciones compensatorias (por responsabilidad extracontractual *ex art.* 268 y 340 TFUE; y contractual *ex art.* 272 y 273 TFUE).

Conectando con lo argumentado anteriormente, se puede decir que un valor constitucional es intrínseco a casi todas estas actuaciones: de hecho, aunque tanto la Corte de Justicia como el Tribunal sin duda realizan un control judicial general de legitimidad similar al que se les confiere a los jueces del sistema administrativo nacional, es el parámetro de este control el que marca la diferencia, tendiendo a censurar las violaciones directas e indirectas de los Tratados.

En cualquier caso, actualmente se trata fundamentalmente de comprobar la legitimidad de los actos adoptados en el contexto legislativo ordinario⁶¹⁰;

⁶¹⁰ Los actos jurídicos de la Unión Europea, regidos por el Título V de la Parte I de la llamada Constitución europea de 2004, se distinguieron en los actos legislativos, representados por la ley europea y la ley marco europea, y, en una posición subordinada, los actos no legislativos. Estos últimos estaban representados por reglamentos y decisiones europeos, adoptadas directamente sobre la base de la Constitución; normativa europea delegada, emitida por la Comisión en casos de delegación de poderes por parte del legislador; y actos ejecutivos, que podrían consistir en reglamentos de ejecución europeos o decisiones de ejecución europeas. El Tratado actual ha mantenido la distinción entre actos legislativos y actos no legislativos, distinguiéndolos sobre la base de un criterio puramente formal: no es el nombre, ni la estructura, ni el alcance del acto lo que califica su carácter "legislativo", sino sus métodos de adopción (de conformidad con el art. 289, párr. 3, TFUE). Además, a partir del Tratado Constitucional anterior, el Tratado de Lisboa ha restablecido el nombre original de las fuentes derivadas (de conformidad con el art. 288 TFUE). A esto hay que añadir que incluso los actos no legislativos, si se promulgan, pueden adoptar la forma de reglamentos, directivas o decisiones; si se delega, de reglamentos o directivas, en F. NICOTRA, *La ricevibilità dei ricorsi per annullamento*

individualmente por el Consejo, la Comisión o el BCE, con exclusión de recomendaciones y dictámenes emitidos; individualmente por el Parlamento y el Consejo Europeo, cuando produzcan efectos jurídicos frente a terceros; por otros órganos y organismos de la Unión, cuando también estén destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros⁶¹¹.

Entonces, entre las innovaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en el contexto contencioso de la Unión, el nuevo sistema de recursos contra actos ha cobrado especial importancia. El art. 263 TFUE, que sustituyó al art. 230 TCE, en primer lugar, amplía el ámbito de competencia del Tribunal de Justicia, incluyendo entre los actos impugnables, de conformidad con la nueva estructura de fuentes derivadas, los actos legislativos, así como los actos adoptados por el Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo y los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. A estos actos se añaden también los adoptados por órganos u organismos de la Unión, también a condición de que produzcan efectos jurídicos⁶¹². El art. 263 luego codificó la jurisprudencia comunitaria en referencia a las condiciones de admisibilidad, implicando un fortalecimiento de la protección judicial de las personas físicas y jurídicas. La redacción anterior preveía, de hecho, la posibilidad para los "solicitantes no privilegiados" de interponer un recurso contra las decisiones que se hubiesen tomado en su contra y contra las decisiones que, aunque apareciesen como un reglamento o

promossi dai cosiddetti "ricorrenti non privilegiati". Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 03 ottobre 2013 – Causa C-583/11P, en www.filodiritto.com, 2015.

⁶¹¹ A. RUGGERI, *Le fonti del diritto eurounitario ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, en P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2014.

⁶¹² La jurisprudencia ya había reconocido la impugnabilidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión que no fueran instituciones en el sentido propio: *ex multis*, véase la sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2008, asunto T-411/06, *Sogelma – Società generale lavori manutenzione appalti S.r.l. v. Agenzia Europea de Reconstruccion (AER)*, en *ECLI:EU:T:2008:419*. A este respecto, véase también G. VANDERSANDEN, *Arrêt "Sogelma": l'annulation d'actes adoptés par des organes établis sur la base du droit dérivé*, en *Journal de droit européen*, 1/2008.

una decisión contra otras personas, les afectasen directa e individualmente. La nueva disposición es, en primer lugar, es más sencilla en su formulación, refiriéndose simplemente a los "actos" adoptados contra el recurrente o que le conciernen directa e individualmente, y añade la posibilidad de recurso contra un acto "reglamentario" de alcance general que no implique medida de ejecución, sin que el solicitante tenga que demostrar que le afecta individualmente⁶¹³. Esta es la novedad más significativa, considerando las críticas y perplejidades que había suscitado el sistema anterior⁶¹⁴. Sin querer detenerse en los efectos y alcance de estos cambios, ampliamente analizados en la doctrina⁶¹⁵, el objetivo que se fija en cambio se refiere a los motivos

⁶¹³ Recientemente, el TJUE encontró las condiciones de aplicabilidad de la nueva disposición por primera vez, en la sentencia del Tribunal (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2018, asuntos reunidos C-622/16 P, C-623/16P y C-624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori S.r.l. v. Comisión, Comisión v Scuola Elementare Maria Montessori S.r.l., Comisión v. Pietro Ferracci*, en ECLI:EU:C:2018:229. A este respecto, véase también G. CAGGIANO, *La legittimazione ad agire per annullamento di un atto regolamentare da parte di soggetti che dimostrino un interesse individuale: il caso Montessori/Ferracci in materia di aiuti di Stato e le esenzioni fiscali ICI/IMU agli enti ecclesiastici*, en *Eurojus*, 2018.

⁶¹⁴ Véanse las conclusiones del Abogado General, de 21 de marzo de 2001, asunto C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores v. Consejo de la Unión Europea*, en ECLI:EU:C:2002:197.

⁶¹⁵ *Ex multis*, A. ADINOLFI, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, en *Rivista di diritto internazionale*, 2010; R. BARENTS, *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, en *Common Market Law Review*, 2010; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Turín, 2009; G. DONÀ, *Il ricorso di annullamento e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona*, en *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010; E. FONTANA, *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, en *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2010; K. LENAERTS, *Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*, en *Cahiers de droit européen*, 2009; B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 Tfeue*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010; R. MASTROIANNI, A. PEZZA, *Access of individuals to the European Court of Justice of the European Union under the new text of article 263, para. 4, TFEU*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014; O. PORCHIA, *I ricorsi davanti la Corte di Giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, en P. BILANCIA, M. D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milán, 2009; A. M. ROMITO, *Il ricorso per annullamento ed i limiti alla tutela dei ricorrenti non privilegiati*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2008.

de recurso, enumerados en el párr. 2 del art. 263 TFUE⁶¹⁶, que, aunque retoma casi servilmente el párr. 2 del art. 230 TCE, está destinado a encontrar una demanda por parte del juez de la UE – como ha ya en parte ocurrido – diferente al pasado, al menos en algunos aspectos, en virtud de las diversas innovaciones que el Tratado de Lisboa ha aportado al ordenamiento jurídico de la Unión en su conjunto.

Por tanto, resulta importante analizar, aunque sea brevemente, los principales motivos individuales de recurso – los llamados vicios del acto – destacando las novedades más significativas encontradas en su aplicación por el Tribunal de Justicia, también en el contexto de la referencia de validez preliminar, que ha asumido, entre los recursos judiciales contra la ilegalidad de los actos Unión, un cargo de gran importancia. Sin embargo, además de los medios antes mencionados para el control jurisdiccional de los actos de la UE, el *focus* de este apartado se trasladará, como ya se ha anticipado, al control de los actos legislativos y ejecutivos, sin descuidar los tipos secundarios de control.

Entre las principales razones para recurrir a la tutela jurisdiccional para el control de los actos de la UE, cabe citar sin duda alguna la vulneración de las formas sustantivas⁶¹⁷, la violación de los Tratados o de cualquier Estado de derecho relativo

⁶¹⁶ “A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión”.

⁶¹⁷ El régimen que inspira la formación de los actos de la UE es, como es sabido, el de la libertad de formas. Cuando los Tratados no establecen el tipo de acto a adoptar, las instituciones deciden periódicamente, de conformidad con los procedimientos aplicables y el principio de proporcionalidad (art. 296, párr. 1, TFUE). De hecho, a veces la elección del acto viene impuesta por la disposición del acuerdo en la que se basa la jurisdicción, es decir, por la base jurídica, en muchos otros casos el tratado prevé genéricamente la adopción de disposiciones, medidas o acciones. Por tanto, en lo que respecta a la violación de formas sustantivas, ante la ausencia de una definición en los Tratados, es necesario remitirse a las normas que imponen los requisitos formales del acto y las relativas al procedimiento de formación, así como a la copiosa jurisprudencia del TJUE de la cual es posible derivar algunas figuras en cuya presencia se puede deducir una posible violación de las formas sustantivas, que invalida la legitimidad del acto. Sobre este punto, P. MORI, *Art. 296 TFUE*, en A. TIZZANO, *Trattati dell’Unione*

a su aplicación y abuso de poder⁶¹⁸ y, finalmente, la incompetencia. De particular interés para los propósitos de este estudio es esta última, ya que, *a latere* de la

Europea, Milán, 2014. En el contexto de la violación de formas sustantivas, obsérvense las principales tipologías, concernientes la participación del Parlamento Europeo en la acción exterior de la UE, la obligación de motivar actos que limitan los derechos de ciudadanía: el caso de las decisiones que rechazan la iniciativa de los ciudadanos europeos y, finalmente, la elección de la base jurídica para actos con finalidades y objetivos diferentes. Sobre este tema, dentro de una bibliografía amplísima, *ex multis*, F. BESTAGNO, *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2015; P. MORI, *Autonomia e primato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, en G. NESI, P. GARGIULO, *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Trento, 2015; B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, en *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1, 2017; S.I. SÀNCHEZ, *The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, en *Common Market Law Review*, 2012; D. SARMIENTO, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National courts, and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, en *Common Market Law Review*, 2013; G. STROZZI, *Il Sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, en *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011.

⁶¹⁸ La violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su aplicación es un vicio que se presta a comprender los vicios más numerosos y frecuentes del acto, a llenar los espacios que dejan libres otros defectos o absorberlos. Se trata, por tanto, del defecto más invocado ante el TJUE, así como el más constatado. A diferencia de los demás vicios, se refiere no solo al procedimiento de adopción del acto impugnado, sino sobre todo a su contenido. El Tratado de Lisboa introdujo, como único cambio, la disposición contenida en el entonces párr. 2 del art. 230 TCE, la referencia a los Tratados más que al Tratado, haciendo explícito que el derecho primario incluye tanto el TFUE como el TUE. Además, las violaciones de los actos que son parte integrante de los Tratados, como las anejas, protocolos, Tratados de adhesión, hoy también la Carta de los Derechos Fundamentales, que con el Tratado de Lisboa adquirieron el mismo valor jurídico, también son un vicio de los Tratados. En el pasado, el Tribunal siempre ha sido muy prudente al reconocer la Carta de los Derechos Fundamentales como parámetro de legitimidad de los actos de la UE, recurriendo en cambio a la referencia a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y al CEDH. Esta posición ha cambiado con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. De hecho, a pesar de que la petición de decisión prejudicial sigue siendo el principal instrumento a través del cual la Carta de Derechos Fundamentales ha cobrado relevancia en la jurisprudencia del Tribunal, se han dado casos en los que, en el marco de los recursos de anulación, la violación constituía un vicio autónomo; relevan, al

incompetencia en el sector de las relaciones externas, está la incompetencia sobre el otorgamiento de competencias de integración o de implementación a la Comisión. Se trata, de hecho, de otra hipótesis recurrente de relativa incompetencia y se refiere a la irregularidad de la delegación de poderes, del Consejo a la Comisión. El marco regulador relativo a las competencias de ejecución conferidas a la Comisión por el Consejo, o por el Consejo y el Parlamento conjuntamente, para la ejecución de un acto ha cambiado profundamente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En primer lugar, el Tratado distingue claramente la función ejecutiva – de mera ejecución de las normas dictadas por las instituciones con poderes legislativos, regulada por el art. 291 TFUE – del parcialmente legislativo – consistente en la emisión de medidas generales destinadas a modificar elementos no esenciales del acto a realizar, incluso suprimiendo algunos de estos elementos, función regulada por el art. 291 TFUE⁶¹⁹. Esta distinción fue aclarada por el Tribunal de Justicia en el recurso de la Comisión contra el Parlamento y el Consejo sobre el procedimiento de

respecto, determinadas decisiones sobre competencia, consideradas contrarias al art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales, sobre los derechos de defensa, o decisiones de congelación de capitales consideradas contrarias al art. 17, sobre el derecho de propiedad. Sobre este punto, *ex multis*, A. SPAGNOLO, *The Loan of Organs between International Organizations as a “Normative Bridge”: Insights from Recent EU Practice*, en *The Italian Yearbook of International Law*, 2016; S. VEZZANI, *Sulla responsabilità extracontrattuale dell’Unione Europea per violazione della Carta dei diritti fondamentali: riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia nel caso Ledra Advertising*, en *Rivista di diritto internazionale*, 2017; J. GERMAIN, *La protection par l’Union européenne des droits fondamentaux contre les programmes d’ajustement macroéconomiques*, en *Revue de l’Union européenne*, 2017; G. BRONZINI, *Corte di giustizia: verso la sindacabilità delle misure di austerità?*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017; P. DERMINE, *The end of impunity? The legal duties of “borrowed” EU institutions under the European stability mechanism framework*, en *European Constitutional Law Review*, vol. 13, 2017; R. REPASI, *A. Court of Justice Judicial protection against austerity measures in the euro area: Ledra and Mallis*, en *Common Market Law Review*, 2017; A. POULOU, *The Liability of the EU in the ESM framework*, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017.

⁶¹⁹ Así, como atentamente observado por Villaini, en U. VILLAINI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Cacucci, 2017; sobre los actos delegados y ejecutivos, véase también R. BARATTA, *Sulle fonti delegate ed esecutive dell’Unione europea*, en *Il Diritto dell’Unione europea*, 2, 2011.

definición de las tarifas adeudadas a la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA) – que se ha tenido ocasión de analizar en profundidad previamente durante este estudio⁶²⁰ – en el que, debe recordarse, el Tribunal destacó que cuando el legislador de la UE confiere a la Comisión, en un acto legislativo, un poder delegado de conformidad con el art. 290, párr. 1 TFUE, este último está llamado a adoptar normas que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales de esta ley. De acuerdo con el segundo párrafo de esta disposición, los objetivos, contenido, alcance y duración de la delegación de poderes deberán estar delimitados explícitamente por el acto legislativo que otorgue la delegación. Cuando, por el contrario, el mismo legislador confiere un poder ejecutivo a la Comisión en base al art. 291, párr. 2, TFUE, este último está llamado únicamente para especificar el contenido de un acto legislativo, para garantizar su ejecución en condiciones uniformes en todos los Estados miembros; en la elección del poder delegado, la Corte reconoció al Consejo un poder absolutamente discrecional. En el presente caso, el Tribunal desestimó el recurso de la Comisión que impugnaba la elección de actos de ejecución del Consejo y el Parlamento como procedimiento para definir las tarifas a la ECHA. Poco después, cabe señalar, el Tribunal volvió a la cuestión de la demarcación entre actos delegados y actos de ejecución, en el contexto de un recurso de la Comisión destinado a la anulación del mecanismo de reciprocidad revisado para los visados⁶²¹, en la medida en que cuando las disposiciones del reglamento

⁶²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014, asunto C-427/12, *Comisión Europea v. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, en ECLI:EU:C:2014:170. Sobre este punto, véase también D. RITLENG, *The dividing line between delegated and implementing acts: The Court of Justice sidesteps the difficulty in Commission v. Parliament and Council (Biocides)*, en *Common Market Law Review*, 2015.

⁶²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, asunto C-88/14, *Comisión v. Parlamento y Consejo*, en ECLI:EU:C:2015:499. Sobre el tema, véase M. CHAMON, *The dividing line between delegated and implementing acts, part two: The Court of Justice settles the issue in Commission v. Parliament and Council (Visa reciprocity)*, en *Common Market Law Review*, 2015; L. GUILLOUD-COLLIAT, *L'exégèse des articles 290 TFUE et 291 TFUE par la Cour de justice de l'Union*

pertinente⁶²² confieren a la Comisión un poder delegado en lugar de un poder de ejecución, considerándolo más apropiado dadas las tareas en cuestión (la enmienda de una aneja a raíz de una solicitud de visado presentada por un tercero). El Tribunal desestimó el recurso y declaró que ni la existencia ni el alcance de la facultad discrecional conferida a la Comisión por un acto legislativo es pertinente para determinar si el acto que debe adoptarse es un acto delegado o un acto de ejecución. Por tanto, con referencia a los actos de ejecución, el Tribunal especificó que la Comisión no puede modificar o completar el acto legislativo, ni siquiera en sus elementos no esenciales⁶²³, mientras que, con referencia a los actos delegados, el Tribunal pudo observar que la expresión “complementar o modificar” muestra que las dos categorías de poderes delegados son claramente distintas. La delegación de la facultad de integrar un acto legislativo, de hecho, consiste simplemente en autorizar a la Comisión a ejecutar este acto, en este caso su mandato se limita al desarrollo en detalle de los elementos no esenciales de la legislación específica que el legislador no ha definido. La delegación de poderes para modificar un acto legislativo, en cambio, consiste en autorizar a la Comisión a modificar o derogar elementos no esenciales previstos en el acto por el legislador⁶²⁴.

Por tanto, estos fueron los principales motivos que, además de suscitar un debate doctrinal y jurisprudencial en un intento de diferenciar los distintos casos, justificaban recurso y límites a la tutela jurisdiccional ante el TJUE, para el control de actos delegados y ejecutivos.

européenne: le juge précise, complète et modifie sa jurisprudence, in Revue des affaires européennes, 2015.

⁶²² Reglamento (UE) n° 1289/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 347 de 20.12.2013).

⁶²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, asunto C-88/14.

⁶²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 2016, asunto C-286/14, *Parlamento Europeo v. Comisión Europea*, en C/2016/183.

Los motivos de nulidad de los actos comunitarios examinados hasta ahora también son relevantes en el contexto de otros procedimientos judiciales que, junto con el recurso de anulación – desarrollado anteriormente, con especial atención a la legislación delegada – completan el sistema de recursos y procedimientos, destinados a garantizar el control de la legalidad de los actos de la Unión⁶²⁵; la referencia es, en particular, a la excepción de ilegalidad, regulada por el art. 277 TFUE, y a la cuestión prejudicial de validez *ex art.* 267 TFUE, instrumentos de protección indirecta contra un acto ilegítimo. De hecho, a diferencia del recurso de anulación que, como hemos visto, es un instrumento de protección directa que puede ejercerse frente a un acto ilegal de la UE que pudiera perjudicar la posición jurídica del demandante, los dos procedimientos aquí examinados operan en situaciones en las que un acto de aplicación general da lugar a la adopción de actos sucesivos por parte de las instituciones europeas o de las autoridades nacionales: la protección indirecta permite, por tanto, valorar la legitimidad del acto en el ámbito general, en el contexto de una sentencia sobre la legitimidad de actos posteriores. Así, de conformidad con el art. 277 TFUE, en caso de litigio que implique un acto de alcance general adoptado por una institución, órgano u organismo de la UE, cada parte podrá invocar la inaplicabilidad del acto ante el TJUE⁶²⁶; si, por el contrario, un acto adoptado por las autoridades de un Estado miembro, cuya legitimidad podría depender de un acto de alcance general, es objeto de controversia ante la autoridad nacional, quien invoque la nulidad de este último acto podrá solicitar, de conformidad con el art. 267 TFUE, al órgano jurisdiccional nacional, la remisión preliminar ante el TJUE para que se pronuncie sobre la cuestión *de quo*⁶²⁷.

⁶²⁵ Sentencia de la Corte de 23 de abril de 1986, asunto 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" v. Parlamento europeo*, C/1986/166.

⁶²⁶ P. IANNUCELLI, *Art. 277*, en C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione Europea operativo*. Edizioni Giuridiche Simone, Gruppo Editoriale Simone, Nápoles, 2012.

⁶²⁷ A. PITRONE, *I vizi dell'atto ed alcune recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea*, en *Eurojus*, n. 2, 2019.

III.3.1.2 – Otros tipos de controles

Como ya se ha mencionado, las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa no han erradicado las tensiones interinstitucionales relativas al control de la adopción de actos delegados y la delegación de competencias de ejecución a la Comisión. De hecho, además del control que ejercen los Estados miembros a través de los comités y de los procedimientos antes mencionados, las competencias de ejecución de la Comisión están sujetas al control adicional del Parlamento Europeo y el Consejo de la UE. Las dos instituciones tienen por un lado, derecho de información: todas las medidas propuestas por la Comisión y debatidas en los comités deben al mismo tiempo notificarse al Parlamento y al Consejo; por otro, derecho de control: si las medidas de la Comisión se refieren a un acto legislativo aprobado por el procedimiento legislativo ordinario, el Parlamento y/o el Consejo pueden formular objeciones al acto de ejecución propuesto si excede las competencias de la Comisión definidas en el acto inicial⁶²⁸. En ese caso, la Comisión está obligada a revisar el acto propuesto atendiendo a esta observación y decidir si mantiene la propuesta, la modifica o la retira⁶²⁹.

El Parlamento no tardó en hacer uso de los poderes de supervisión que había adquirido y, en una resolución legislativa de 19 de mayo de 2010⁶³⁰, rechazó por primera vez una propuesta de directiva de la Comisión presentada en aplicación del

⁶²⁸ G. VITALE, *La delega dei poteri normative nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea*, en *I quaderni del corso di perfezionamento in Diritto dell'Unione europea dell'Università di Napoli "Federico II"*, Editoriale scientifica, Nápoles, 2019.

⁶²⁹ Así en https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/adopting-eu-law/implementing-and-delegated-acts/comitology_es.

⁶³⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre el proyecto de Directiva de la Comisión por la que se modifican los anexos de la Directiva 95/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes, y se deroga la Decisión 2004/374/CE.

artículo 290 del TFUE⁶³¹. El Parlamento aprobó por amplia mayoría la resolución presentada por la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Protección del Consumidor, sobre el proyecto de directiva de la Comisión destinada a modificar los anexos de la Directiva 95/2/CE del Parlamento y del Consejo sobre aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes. En particular, el Parlamento consideró que el proyecto de directiva de la Comisión, al no cumplir los criterios para la inclusión de aditivos alimentarios en el anexo IV de la Directiva 95/2/CE, no era compatible con la finalidad y el contenido del reglamento.

Este rechazo no es el único caso de oposición de los legisladores a una propuesta de acto delegado de la Comisión. Por lo tanto, se considera apropiado analizar en detalle otro caso que, si bien no dio lugar al rechazo de la directiva de la Comisión – ya que el presidente de la comisión parlamentaria competente decidió retirar el informe tras negociaciones informales con la Comisión – ilustra los límites de la cooperación interinstitucional y, en particular, las deficiencias de la formulación del *Common understanding*.

La Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo (ECON)⁶³² propuso, mediante la votación de un proyecto de resolución, el 23 de enero de 2013, el rechazo de dos actos delegados que completan el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo OTC, sobre instrumentos derivados, contrapartes centrales y registros de operaciones. Este Reglamento fue aprobado por el Parlamento en primera lectura durante la sesión plenaria de marzo de 2012. Por la relevancia que asumió este caso, es apropiado un análisis que se centre en diversos aspectos del proceso de toma de decisiones: tras introducir el contexto internacional en el que se ubica el Reglamento, se presentarán las propuestas clave presentadas en el Informe, las interacciones institucionales que llevaron a su adopción y el proceso de formulación de los actos delegados destinados a su integración. Por último, se

⁶³¹ J. MONAR, *The European Union's institutional balance of power after the Treaty of Lisbon*, in *The European Union after the Treaty of Lisbon: visions of leading policy-makers, academics and journalists*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010.

⁶³² COM(2010)0484; C7 0265/2010; 2010/0250(COD).

ilustrará el procedimiento de rechazo de la propuesta de actos delegados y las criticidades surgidas en cuanto a la implementación de los acuerdos interinstitucionales destinados a regular la aplicación del artículo 290 TFUE.

El Reglamento UE 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativos a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central (CCP) y los registros de operaciones (TR) – conocido como el Reglamento EMIR – entró en vigor el 16 de agosto de 2012, tras su aprobación por el Consejo y el Parlamento en marzo⁶³³. Sin embargo, muchas disposiciones requerían el desarrollo de normas técnicas por parte de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) y la fecha efectiva de aplicación de estas disposiciones dependía de la fecha de entrada en vigor de dichas normas técnicas. La propuesta de la Comisión, que tiene como base jurídica el artículo 114 del TFUE⁶³⁴, forma parte de un esfuerzo internacional más amplio destinado a aumentar la estabilidad y la seguridad del sistema financiero en general y del mercado de derivados OTC en particular. Dada la naturaleza global de los mercados, un enfoque coordinado a escala internacional es de fundamental importancia. Con la presente propuesta de Reglamento, la Comisión ha mantenido su compromiso de actuar con rapidez y coherencia con la legislación recientemente adoptada sobre derivados OTC en los Estados Unidos⁶³⁵, teniendo

⁶³³ Reglamento UE N. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones., texto pertinente a efectos del EEE, DO L 201 de 27.7.2012. El Reglamento sobre la infraestructura del mercado europeo – conocido como el Reglamento “EMIR” – establece las normas relativas a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, acorde con los acuerdos del G-20 establecidos en Pittsburgh en septiembre de 2009. El EMIR tiene por objeto reducir el riesgo sistémico, aumentar la transparencia en el mercado de derivados extrabursátiles y salvaguardar la seguridad financiera.

⁶³⁴ Ex artículo 95 del TCE, relativo a la aproximación de las legislaciones.

⁶³⁵ Se hace referencia al Frank-Dodd Act: 111th Congress Public Law 203, From the U. S. Government Printing Office, Page 1375, Dood-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, p.124 STAT 1376, Public Law 111-203, 111th Congress.

debidamente en cuenta las posiciones expresadas por el Parlamento⁶³⁶ y el Consejo⁶³⁷. El Reglamento en cuestión, que promueve la resistencia y transparencia del mercado de derivados, también debe mantener la eficiencia de estos mercados para las inversiones de los usuarios, ya sean financieros o no financieros. Mantener el carácter internacional de este mercado promueve ambos objetivos si se basa en la cooperación entre autoridades supervisoras y criterios internacionales convergentes. Ante la necesidad de reducir al mínimo el riesgo sistémico que podrían generar los derivados OTC, el Parlamento Europeo ha propuesto algunos ajustes a las disposiciones relativas a las empresas no financieras, con el fin de asegurar una adecuada regulación de sus operaciones con derivados OTC, moderando al mismo tiempo, la carga administrativa sobre reguladores y empresas. Las enmiendas aprobadas por el Parlamento en primera lectura fueron el resultado de amplias negociaciones entre el Parlamento Europeo y el Consejo encaminadas a alcanzar un acuerdo sobre la propuesta de la Comisión en primera lectura.

Para garantizar la aplicación coherente de las disposiciones sobre los procedimientos relacionados con la obligación de compensación, los legisladores han decidido encargar a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA)⁶³⁸ para que desarrollase propuestas de normas técnicas que especificasen los detalles que debían

⁶³⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2010, sobre los mercados de derivados: actuaciones futuras (2010/2008(INI)).

⁶³⁷ Conclusiones del Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2009, EUCO 6/09.

⁶³⁸ La ESMA es un organismo de la Unión Europea, operativo desde el 1 de enero de 2011, fecha en la que sustituyó al Comité de autoridades reguladoras de valores nacionales. El objetivo principal de la ESMA, que tiene personalidad jurídica, es proteger el interés público, contribuyendo a la estabilidad y eficacia del sistema financiero en beneficio de la economía de la Unión Europea, sus ciudadanos y empresas. También es una autoridad independiente que contribuye a asegurar la integridad, transparencia, eficiencia y conducción ordenada de las actividades en los mercados financieros, además de proporcionar salvaguardas para proteger a los inversores. Específicamente, la ESMA fomenta la convergencia supervisora tanto a través de la cooperación entre las autoridades competentes que operan en el sector financiero como trabajando en estrecha colaboración con otras autoridades supervisoras europeas competentes en los sectores bancario (EBA), seguros y pensiones (EIOPA), en <https://www.esma.europa.eu>.

incluirse en los actos delegados para su posterior adopción por la Comisión, que había sido delegada en virtud del artículo 290 del TFUE, antes del 30 de septiembre de 2012.

El Reglamento UE 648/2012 confiere a la Comisión, tras la presentación de la propuesta de normas técnicas por parte de la ESMA, la adopción de actos delegados en un determinado número de áreas específicas de acuerdo con los procedimientos previstos en los artículos 10 – 14 del Reglamento UE 1095/2010⁶³⁹. Como parte de la supervisión del mercado financiero europeo, la ESMA, en los casos señalados por el Reglamento, elabora propuestas de estándares regulatorios y de implementación, para la definición de estándares técnicos comunes, de proyectos de estándares técnicos que no impliquen opciones políticas y que se puede transfundir a las regulaciones de la UE. Esta delegación tiene lugar de acuerdo con la declaración n. 39, relativa al art. 290 TFUE, anexo al acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, que establece que, si el desarrollo de normas técnicas de regulación requiere conocimientos técnicos en forma específica para el sector de los servicios financieros, es necesario permitir que la Autoridad proporcione esta competencia, también con respecto a las normas o partes de las normas que no se basan en proyectos de normas técnicas de regulación elaboradas por la propia ESMA. La introducción de este instrumento responde a la necesidad de establecer normas técnicas de regulación armonizadas en el ámbito de los servicios financieros, con el fin de garantizar, en particular gracias a un conjunto único de normas, la igualdad de condiciones y la protección adecuada de inversores y consumidores en toda la Unión. La Comisión debe aprobar estos proyectos de normas técnicas de regulación mediante actos delegados de conformidad con el art. 290 TFUE para darles fuerza jurídica vinculante. Para facilitar y acelerar el proceso de adopción de estas normas, se impuso a la Comisión un plazo para deliberar sobre la aprobación de

⁶³⁹ Reglamento (UE) n. 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión n. 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión, *DO L 331 de 15.12.2010*.

proyectos de normas técnicas de regulación. Dada la experiencia técnica de la Autoridad en las áreas de elaboración de normas técnicas de regulación, es necesario observar la intención declarada por la Comisión de basarse, como regla general, en los proyectos de normas técnicas de regulación que la ESMA le había presentado en previsión de la adopción de los actos delegados correspondientes.

La delegación conferida a la Comisión puede ser revocada en cualquier momento por el Parlamento Europeo o por el Consejo. Todo acto delegado adoptado de conformidad con los art. 23 y 63 del Reglamento EMIR entra en vigor únicamente si el Parlamento Europeo o el Consejo no han expresado su oposición en un plazo de tres meses a partir de la notificación del acto mencionado al Parlamento Europeo y al Consejo o si, antes de que expire el plazo, el Parlamento Europeo y el Consejo informan a la Comisión de que no tienen intención de presentar objeciones. Este período puede ampliarse de tres meses a iniciativa del Parlamento Europeo o del Consejo. Si bien la delegación de Parlamento Europeo y Consejo a la Comisión se rige por el Reglamento EMIR, el papel desempeñado en el desarrollo de las normas técnicas y de implementación propuestas por la ESMA está sujeto a las disposiciones de los artículos 10 – 14 del Reglamento ESMA, que establece las condiciones de la delegación, especificando los procedimientos, plazos y contenidos. En específico, el art. 10 del Reglamento establece que, si el Parlamento Europeo y el Consejo delegan en la Comisión la facultad de adoptar normas técnicas de regulación mediante actos delegados, de conformidad con el art. 290 TFUE con el fin de garantizar una armonización coherente en los ámbitos especificados en los actos legislativos a que se refiere el art. 1, apartado 2, la Autoridad podrá elaborar proyectos de normas técnicas de regulación. Sobre la base de la propuesta de normas técnicas desarrollada por la ESMA, la Comisión debe decidir qué clases de derivados OTC deben estar sujetos a las obligaciones de compensación.

El 27 de septiembre, la ESMA presentó a la Comisión proyectos de normas técnicas de regulación sobre derivados OTC, CCP y registros comerciales. Cinco de las normas técnicas de regulación fueron aprobadas por la Comisión Europea el 19 de diciembre sin cambios y se presentaron al Parlamento Europeo y al Consejo para su aprobación.

La Comisión no adoptó únicamente los proyectos de normas técnicas de regulación sobre CCP, sin que el Parlamento Europeo viniese informado – de conformidad con el art. 14, apartado 1, del Reglamento de la ESMA – de las razones para no adoptar la propuesta de acto delegado. Dado que la Comisión adoptó estos actos poco antes de las vacaciones de invierno, el Parlamento no pudo ejercer efectivamente su derecho de control dentro de ese plazo. Por tanto, el presidente de la ECON solicitó, en nombre de la comisión parlamentaria, la prórroga de un mes del plazo de votación, es decir, hasta el 19 de febrero de 2013⁶⁴⁰. La Comisión Europea ha adoptado cinco de los seis proyectos de normas técnicas en forma de actos delegados, destinados a integrar el Reglamento UE 648/2012 sin realizar ningún cambio en la propuesta de la ESMA. Si bien el Colegio de Comisarios no había adoptado los proyectos de normas técnicas de regulación sobre las contrapartes centrales, la Comisión no había informado al Parlamento, antes del 22 de enero, según lo establecido por el procedimiento previsto en el artículo 14, apartado 1, del Reglamento ESMA, sobre las razones que condujeron a la no aprobación del acto⁶⁴¹. Dos de los actos delegados adoptados por la Comisión, C (2012)9593 y C (2012)9623⁶⁴² suscitaron reservas en el ECON.

De conformidad con el art. 2 del *Common understanding*⁶⁴³ negociado entre las tres instituciones, sobre los actos delegados, el Parlamento, el Consejo y la Comisión deben emprender un proceso de cooperación interinstitucional en todas las etapas del procedimiento de adopción de actos delegados que deben estar marcados por un

⁶⁴⁰ El plazo para las objeciones en la práctica es de un mes a partir de la fecha de notificación.

⁶⁴¹ La Comisión Europea presentó los motivos del rechazo de la propuesta de la ESMA solo después de que el Parlamento iniciara el procedimiento de rechazo de dos actos delegados.

⁶⁴² Respectivamente, sobre normas técnicas sobre disposiciones para compensación indirecta, obligaciones de compensación, registros públicos, acceso a centros de negociación, contrapartes no financieras, las técnicas de mitigación del riesgo para los contratos de derivados OTC no compensados por una contraparte central y los requisitos para las contrapartes centrales.

⁶⁴³ Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 4 de abril de 2011, 8640/1 PE-L 40 INST 192, Nota de Jerzy Buzek, Presidente del Parlamento Europeo, recibida el 4 de abril de 2011, a János Martonyi, Presidente del Consejo de la UE, sobre el *Common Understanding on delegated acts*.

ejercicio fluido de los poderes delegados por parte de la Comisión y un estricto ejercicio de control por parte del Consejo y el Parlamento. Antes de fijar los plazos para el ejercicio del poder de control del Parlamento y del Consejo, la Comisión debe comprobar el orden del día de los legisladores, a fin de garantizar que las dos instituciones tienen la posibilidad de examinar las normas técnicas propuestas⁶⁴⁴. El Parlamento remitió sin demora los comentarios de la comisión competente – la ECON – sobre la propuesta de normas técnicas a los servicios de la Comisión, inmediatamente después de que la ESMA hubiera enviado la propuesta. Sin embargo, la Comisión respondió a los comentarios del Parlamento solo después de adoptar los actos delegados en cuestión, sin respetar el procedimiento de ejecución de los poderes delegados. Al mismo tiempo, la ESMA no cumplió con el plazo del 30 de septiembre de 2012 para la presentación de todas las propuestas de actos delegados previstas por el reglamento EMIR. Las dos normas técnicas que la ECON propuso rechazar se referían a los umbrales de compensación para los usuarios finales corporativos y la elegibilidad de las garantías bancarias como garantía con las cámaras de compensación. A la luz del análisis detenido de los dos actos delegados, la ECON rechazó los actos delegados C (2012)9593 y C (2012)9623 adoptados por la Comisión Europea, en aplicación del artículo 87-*bis*, apartado 3, de su Reglamento, aprobando una propuesta de resolución el 4 de febrero de 2013⁶⁴⁵. En la actualidad no existe ninguna disposición que permita la aplicación de un procedimiento simplificado en caso de adaptación de una medida técnica a una objeción de los

⁶⁴⁴ El período real de control del Parlamento no puede ser inferior a dos meses.

⁶⁴⁵ Propuesta de resolución de 4.2.2013, presentada de conformidad con el artículo 87-*bis*, apartado 3, del Reglamento sobre los Reglamentos Delegados de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por los que se completa el Reglamento UE n. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a las normas técnicas de regulación relativas a los acuerdos de compensación indirecta, la obligación de compensación, el registro público, el acceso a la plataforma de negociación, las contrapartes no financieras y las técnicas de reducción del riesgo aplicables a los contratos de derivados extrabursátiles no compensados por una ECC (C(2012)9593) y a los requisitos que deben cumplir las entidades de contrapartida central (C(2012)9623) (2013/2522(RSP)) de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, ponente: Werner Langen.

legisladores, por lo que el procedimiento debería haberse reiniciado desde su fase inicial y la ESMA debería haber vuelto a presentar la propuesta de acto delegado a la Comisión antes de presentarla al Parlamento y al Consejo. Las modalidades a través de las cuales la Comisión puede adoptar las nuevas normas técnicas dependen de las competencias específicas que le confiere el Reglamento 648/2012 y los artículos 10 – 14 del Reglamento ESMA⁶⁴⁶.

Las conclusiones a la que lleva la reconstrucción que se ha llevado a cabo son que el procedimiento que dio lugar a la propuesta de rechazo, por parte de la ECON de dos actos delegados destacó una falta de cooperación interinstitucional que pone de relieve las deficiencias del acuerdo interinstitucional sobre el tema⁶⁴⁷. Aunque el *Common understanding* fue aprobado por las tres instituciones después de largas y complejas negociaciones, las disposiciones no están suficientemente articuladas para superar los problemas prácticos que pueden surgir en la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 290 TFUE. El punto n. 2 del *Common understanding* invita a las tres instituciones, en el ejercicio de sus competencias, a cooperar durante el procedimiento en la perspectiva de un ejercicio armonioso de los poderes delegados y el ejercicio de un poder de control efectivo por parte del Parlamento y el Consejo a través del establecer contactos adecuados a nivel administrativo, pero no proporciona suficientes detalles prácticos para evitar conflictos interinstitucionales. Durante la preparación de las propuestas de actos delegados, aún no se ha reproducido la práctica de concertación que se puede encontrar en el procedimiento legislativo ordinario; las instituciones involucradas no cooperaron de manera

⁶⁴⁶ Los actos delegados relativos a las normas técnicas que rigen los acuerdos de compensación indirecta, la obligación de compensación, el sector público, el acceso a los centros de negociación, las contrapartes no financieras, las técnicas para reducir los riesgos de los contratos de derivados OTC no compensados por la contraparte central C(2012)9593 se basa en los artículos 4, apartado 4; 5, apartado 1; 6, apartado 4; 8, apartado 5; 10, apartado 4 y 11, apartado 14 del Reglamento EMIR.

⁶⁴⁷ La cooperación institucional se rige por dos instrumentos: el *Common understanding* y el acuerdo marco entre el Parlamento y la Comisión que establece, entre otras disposiciones, el compromiso de la Comisión de proporcionar al Parlamento información y documentos relacionados con la preparación de actos delegados.

transparente y no pudieron respetar los plazos y los compromisos mutuamente contraídos en las diferentes fases del procedimiento. Las causas de esta deficiencia son muchas y se derivan de la definición pobre e incompleta de las interacciones institucionales en un nuevo sector. La Comisión en una comunicación interna definió el desarrollo de normas técnicas de regulación y actos delegados para todas las instituciones, subrayando la necesidad de una rápida mejora del procedimiento que incorpore las soluciones a los problemas surgidos durante el presente procedimiento de rechazo de actos delegados.

Dejando de lado las acusaciones mutuas institucionales de violación de los acuerdos establecidos, lo que surge de este relato de falta de cooperación interinstitucional es la ausencia de disposiciones específicas, dirigidas a regular los aspectos particulares que caracterizan el procedimiento de adopción de actos delegados. Por ejemplo, el *Common understanding* no prevé la definición de las obligaciones respectivas en los casos en los que, por razones técnicas, la Comisión no sea la institución responsable de la elaboración de la propuesta de acto delegado. De ello se desprende que el Acuerdo interinstitucional sobre actos delegados no regula las relaciones entre el Parlamento y el Consejo, por una parte, y la Autoridad designada por las propias instituciones para definir el proyecto de acto delegado. Las deficiencias en la definición de los procedimientos de consulta se refieren tanto a la fase de preparación del proyecto como a la fase posterior a la presentación de la escritura.

En el procedimiento objeto de revisión, la falta de cooperación entre la ESMA y los legisladores en la primera etapa procesal se sumó a la existente entre esta última y la Comisión durante la aprobación de las medidas técnicas por el Colegio de Comisarios. Esta cuestión fue planteada por la Comisión, junto con la relativa al engorroso procedimiento, entre las razones que deberían haber impedido al Parlamento rechazar los dos actos delegados adoptados por la Comisión. Sin embargo, el Parlamento no aceptó las razones dadas por la Comisión.

En lo que respecta al proceso de delegación de competencias *stricto sensu*, en particular entre el Parlamento y la Comisión, en relación con la adopción de normas técnicas de regulación, la evolución del procedimiento ha demostrado que es

necesario aclarar las relaciones institucionales ya que los eventos decretaron un *vacuum* en la definición de las interacciones entre la Comisión y el Parlamento. Por último, cabe señalar la total ausencia de cooperación por parte del Consejo, que no se pronunció sobre las objeciones planteadas por el Parlamento y que podría beneficiarse de la reapertura del procedimiento para ejercer su derecho de voto alargando aún más el plazo para la adopción de actos delegados.⁶⁴⁸

III.3.2 – La calidad de la legislación europea

Una regulación precisa de los procedimientos de producción legislativa es una condición necesaria para el buen desempeño de los actos emitidos a su conclusión, en relación con los fines institucionales de la Unión. Necesaria, pero no suficiente, ya que el respeto formal dado a las metanormas por los actos a los que se refieren no valdría nada si los actos mismos fueran inadecuados en cuanto a estructura, articulación interna, lenguaje y contenidos generales. De ahí una especial atención que, desde hace años, se ha dedicado al tema de la buena redacción de los actos legislativos, tanto a nivel interno como, precisamente, en el ámbito supranacional⁶⁴⁹. Y, efectivamente, el cuidado de la calidad de redacción de los textos legislativos de las instituciones de la Unión se ha asumido recientemente entre los factores clave

⁶⁴⁸ C. PAMBIANCO, *L'equilibrio istituzionale nell'Unione Europea*, Alma mater studiorum Università di Bologna, Université de Strasbourg, Bologna, 2014.

⁶⁴⁹ Las instituciones comunitarias no tardaron mucho en entender que, con el fin de que la legislación supranacional fuese mejor comprendida y su aplicación se realice de forma más correcta, resultaba esencial velar por la calidad de su redacción. En efecto, como se desprende en el Prefacio a la primera edición de la Guía Práctica Común que se analizará a continuación, para que los ciudadanos y los agentes económicos puedan conocer sus derechos y obligaciones y para que los órganos jurisdiccionales puedan garantizar su observancia y los Estados miembros puedan llevar a cabo, cuando sea necesario, una incorporación de las normas comunitarias al ordenamiento jurídico interno, correcta y respetuosa de los plazos correspondientes, la legislación comunitaria debe formularse de manera clara y coherente y según principios uniformes de presentación y de técnica legislativa, así G. GARZÓN CLARIANA, J. C. PIRIS, J. L. DEWOST, *Prefacio a la primera edición, en Guía Práctica Común*, Bruselas, 2000.

para que las mismas fuentes puedan ser mejor entendidas e implementadas de manera correcta y oportuna, no solo por las propias instituciones, sino también por y dentro de los Estados miembros.

A partir del Consejo Europeo de Birmingham del 16 de octubre de 1992, en el que se lanzó la invitación que *la législation communautaire devienne plus simple et plus claire* (que la legislación comunitaria fuese más simple y clara) y luego, sobre todo, a raíz del posterior Consejo Europeo de Edimburgo de 11 y 12 Diciembre de 1992⁶⁵⁰, que vio las primeras propuestas concretas para la *simplification de la législation communautaire* (simplificación de la legislación comunitaria), la necesidad de *mieux légiférer* (legislar mejor), a través de textos más claros y simples que correspondan a una buena técnica legislativa, fue reconocida en los más altos niveles políticos de la Unión Europea.

Por lo tanto, la razón por la que este tema merece ser investigado en última instancia es que parece ser aún más importante con respecto a la legislación delegada: si ya se han encontrado cuestiones relacionadas y problemas en los normales procedimientos legislativos ordinarios, no es difícil imaginar las dificultades que se han incrementado posteriormente a la delegación de poderes legislativos. De hecho, cuando se introducen nuevos temas en el procedimiento legislativo, es complicado transmitir con claridad estructura, articulación interna, lenguaje y contenidos generales de uno a otro de manera que no deje lugar a malos entendidos: existe un alto riesgo de que estos sean malinterpretados o exagerados, para no hablar sobre el lenguaje específico que se suele utilizar en áreas a menudo muy técnicas, como los de la legislación delegada, en la que la colaboración interinstitucional es hasta mayor y de mayor delicadez que en los demás procedimientos. Por tanto, la Unión Europea también se ha movido en este sentido, en un intento de conciliar la colaboración entre las instituciones en este ámbito. Por otra parte, se ha pedido a las instituciones comunitarias que ejecuten esta "política legislativa" mediante la adopción de

⁶⁵⁰ Tras el Consejo Europeo de Edimburgo se ha reconocido al más alto nivel político la necesidad de legislar mejor, es decir, con textos más claros y sencillos, que respeten los principios legislativos elementales.

diversas iniciativas, entre las que merece una mención especial la Resolución del Consejo de 8 de junio de 1993⁶⁵¹, relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria. También cabe mencionar el seguimiento constante del estado de la legislación, que la Comisión viene realizando desde la segunda mitad de la década de los noventa, a través de informes dedicados a "Legislar mejor" y "Legislar inteligente". El referido requisito fue posteriormente reafirmado con la Declaración n. 39, relativa a la calidad de redacción de la legislación comunitaria, firmada en Turín el 29 de marzo de 1996, aneja al Acta final del Tratado de Ámsterdam, con el que se esperaba que las tres instituciones implicadas en el procedimiento de adopción de legislación comunitaria desarrollaran conjuntamente directrices para mejorar la calidad de la redacción de la legislación comunitaria, que deben seguirse al examinar propuestas o proyectos de actos legislativos comunitarios. A esto siguió el Acuerdo interinstitucional de 22 de diciembre de 1998⁶⁵², en cuyos "considerando" leemos que las orientaciones integran el compromiso de las instituciones de hacer más accesible y comprensible la legislación comunitaria, constituyendo al mismo tiempo herramientas de uso interno de las instituciones y entonces, como tales, no legalmente vinculantes. Sin embargo, se estableció que, para asegurar la correcta aplicación de los lineamientos, las instituciones deberían haber tomado las medidas organizativas internas que se consideren necesarias, mientras que los Servicios Jurídicos relacionados desarrollaron una Guía Prácticas Común⁶⁵³ – desarrollada el 16 de marzo de 2000 y publicada en 2003 – concebida como un "libro abierto", a cuya continua adaptación y mejora – así como, por supuesto, uso – las instituciones están calurosamente invitadas a contribuir: para ello, las propuestas y sugerencias pueden

⁶⁵¹ Resolución del Consejo de 8 de junio de 1993 relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria, DO C 166 de 17.6.1993.

⁶⁵² Acuerdo interinstitucional, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria, DO C 73 de 17.3.1999.

⁶⁵³ Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea.

ser enviadas en cualquier momento al Grupo de Reflexión de Técnica Legislativa⁶⁵⁴, llamado a actualizar permanentemente el texto. Más concretamente, la Guía es una herramienta destinada a todos aquellos que participan, por cualquier motivo, en la elaboración de actos legislativos en las instituciones comunitarias⁶⁵⁵; además, profundizan en el contenido y concretan las implicaciones de los lineamientos elaborados por las instituciones, para ello comentarlos e ilustrarlos mediante ejemplos. El uso de la Guía se combina con herramientas más específicas, como el reglamento interno de las instituciones individuales: por ejemplo, el Reglamento Interno del Parlamento, cuyo Anexo VIII se dedica específicamente a los "requisitos para la redacción de actos adoptados de conformidad con el procedimiento

⁶⁵⁴ El Grupo de Reflexión se creó en 2010 para facilitar la cooperación entre las tres instituciones en materia de técnica legislativa.

⁶⁵⁵ Más detenidamente, como se lee en el Prefacio, la Guía *de qua*, elaborada por los tres Servicios Jurídicos de conformidad con el mencionado Acuerdo interinstitucional de 22 de diciembre de 1998, tiene por objeto desarrollar el contenido y precisar las consecuencias de estas directrices, comentándolas una por una e ilustrándolas con ejemplos. Ha sido concebida como un instrumento para todas las personas que contribuyen a la redacción de los actos comunitarios más habituales. Debería, además, servir de inspiración para todo acto de las instituciones, tanto en el marco de los Tratados comunitarios como en el de los Títulos del Tratado de la Unión Europea relativos a la política exterior y de seguridad común y a la cooperación policial y judicial en materia penal, así G. GARZÓN CLARIANA, J. C. PIRIS, J. L. DEWOST, *Prefacio a la primera edición*, en *Guía Práctica Común*, Bruselas, 2000.

legislativo ordinario⁶⁵⁶", el Reglamento Interno del Consejo⁶⁵⁷, cuyo art. 22 se titula aún más explícitamente "Calidad de la redacción"⁶⁵⁸, el Formulario de los actos

⁶⁵⁶ Anexo VIII: Requisitos para la redacción de los actos adoptados de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario.

1. Los actos indicarán el tipo de acto seguido del número de referencia, los nombres de las dos instituciones que lo hayan adoptado, la fecha de su firma y el asunto de que tratan.

2. Los actos incluirán:

(a) la fórmula «El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea»;

(b) las referencias a las disposiciones sobre cuya base se haya adoptado el acto, precedidas por la palabra «Visto»;

(c) las referencias a las propuestas presentadas, dictámenes obtenidos y consultas celebradas;

(d) los motivos por los que se justifica el acto, precedidos por la palabra «Considerando» o la fórmula «Considerando lo siguiente»;

(e) una fórmula del tipo «Han adoptado el presente Reglamento» o «Han adoptado la presente Directiva» o «Han adoptado la presente Decisión», seguida del cuerpo del acto.

3. Los actos se dividirán en artículos agrupados, si procede, en partes, títulos, capítulos y secciones.

4. El último artículo de un acto fijará la fecha de entrada en vigor, en el caso de que esta sea anterior o posterior al vigésimo día siguiente al de su publicación.

5. A continuación del último artículo de un acto se incluirá:

- la formulación adecuada, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados, en relación con su aplicabilidad;

- la fórmula «Hecho en ...», seguida de la fecha en que se haya firmado;

- las fórmulas «Por el Parlamento Europeo, El Presidente» y «Por el Consejo, El Presidente», seguidas de los nombres del presidente del Parlamento y del presidente en ejercicio del Consejo en el momento de su adopción.

⁶⁵⁷ Decisión del Consejo, de 1 de diciembre de 2009, por la que se aprueba su Reglamento interno, DO L 325 de 11.12.2009.

⁶⁵⁸ Art. 22 - Calidad de la redacción.

A fin de asistir al Consejo en su cometido de velar por la calidad de la redacción de los actos legislativos por él adoptados, el Servicio Jurídico estará encargado de verificar, con la suficiente antelación, la calidad de la redacción de las propuestas y proyectos de actos y de formular al Consejo y a sus órganos sugerencias sobre redacción, de conformidad con el Acuerdo interinstitucional de 22 de diciembre de 1998 relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria. A lo largo de todo el proceso legislativo, quienes presenten textos en el marco de los trabajos del Consejo prestarán particular atención a la calidad de la redacción.

establecidos en el marco del Consejo de la Unión Europea⁶⁵⁹, las normas de técnica legislativa para uso de los servicios de la Comisión, el Libro de estilo interinstitucional publicado por la Oficina de Publicaciones Oficiales de la UE⁶⁶⁰ y, por último, pero no menos importante, los modelos de *LegisWrite*⁶⁶¹, así como, por supuesto, los principales actos básicos que regulan las materias individuales.

Además del perfil de *drafting* formal, cuya definición más clara puede identificarse de alguna manera en el desarrollo de la Guía Práctica Común, resultan asimismo importantes, pero ciertamente más complejos, los perfiles del *drafting* sustancial del mantenimiento del derecho. Baste recordar aquí que las instituciones comunitarias ya se han movido en esta última dirección con el Acuerdo Interinstitucional sobre el "Método de Trabajo Acelerado para la Codificación Oficial de Textos Legislativos" de 1994, para alcanzar el más reciente Acuerdo Interinstitucional de 28 de noviembre

Y las dos adendas:

1) El Servicio Jurídico del Consejo se encargará asimismo de prestar ayuda al Estado miembro autor de una iniciativa conforme a la letra b) del artículo 76 del TFUE, en especial con el fin de comprobar la calidad de la redacción de dichas iniciativas, en caso de que el Estado miembro de que se trate solicite dicha ayuda.

2) Los miembros del Consejo formularán sus observaciones sobre las propuestas de codificación oficial de los textos legislativos dentro de los treinta días hábiles siguientes a la difusión de dichas propuestas por la Secretaría General. Los miembros del Consejo velarán por que el examen de aquellas disposiciones de una propuesta de refundición de textos legislativos que se recojan del acto precedente sin modificación en cuanto al fondo se efectúe conforme a los principios previstos para el examen de las propuestas de codificación.

⁶⁵⁹ Publicado en diciembre de 2013 por la Dirección Calidad de la Legislación de la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, SN 1250/4/10 REV 4.

⁶⁶⁰ Publicado el 12.7.2012 y consultable online en <https://publications.europa.eu/code/es/es-000100.htm>.

⁶⁶¹ *LegisWrite* es una herramienta integrada de Microsoft Word utilizada en la Comisión por quienes mecanografían, redactan, traducen actos y documentos relacionados. Produce documentos hechos a medida y debidamente estructurados con una presentación uniforme y no se proporciona como *open source*, en <https://joinup.ec.europa.eu/collection/justice-law-and-security/solution/leos-open-source-software-editing-legislation/faqs#q2>.

de 2001⁶⁶², para un recurso más estructurado a la técnica de la refundición de los actos jurídicos; mientras se había observado como en el Acuerdo interinstitucional de 1998 antes mencionado se hizo hincapié en que la accesibilidad y comprensión de la legislación comunitaria debería haberse perseguido, en particular, mediante la codificación oficial de los textos legislativos y la refundición y simplificación de los textos existentes. El perfil de *drafting* sustancial, que se refiere al análisis y la evaluación de impacto *ex ante* y *ex post* de los actos legislativos, puede considerarse un punto pionero en el contexto europeo, especialmente en comparación con muchos Estados miembros: cabe destacar a este respecto el Acuerdo interinstitucional de 31 de diciembre de 2003⁶⁶³, en el que las tres instituciones reconocieron, entre otras cosas, que un procedimiento de consulta pre-legislativa más eficaz y una mayor recordación de los análisis de impacto, tanto *a priori* como *a posteriori*, contribuyen a la consecución del objetivo de una legislación de mayor calidad.

En última instancia, todas estas cuestiones están relacionadas con la necesidad de lograr de forma rápida y eficaz los objetivos de la Unión, que se pueden encontrar, enunciados más recientemente en la adecuación normativa de la UE a la que se hace referencia en la Comunicación de la Comisión COM(2012)746 de 12 de diciembre de 2012⁶⁶⁴. Finalmente, un problema editorial de primer orden está representado, como

⁶⁶² Acuerdo interinstitucional, de 28 de noviembre de 2001, para un recurso más estructurado a la técnica de la refundición de los actos jurídicos (2002/C 77/01) DO GU C 77 de 28.3.2002.

⁶⁶³ Acuerdo interinstitucional “Legislar mejor”, de 16 de diciembre de 2003, sobre la mejora de la legislación (2003/C 321/01).

⁶⁶⁴ En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones para la adecuación de la normativa de la UE, publicada en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2012, se desprende como a legislación de la UE es fundamental para alcanzar los objetivos del Tratado de la UE y crear las condiciones necesarias para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, beneficioso para los ciudadanos, las empresas y los trabajadores. Lograr estos objetivos es una responsabilidad compartida entre la Comisión, las otras instituciones europeas y los Estados miembros. Es importante destacar como la Comisión no cree que la fijación de objetivos globales o fórmulas cuantitativas para gestionar el *corpus* legislativo producirá el efecto esperado. Se necesita un enfoque específico con una evaluación de los costes y beneficios reales, para

se adivina fácilmente, por la significativa pluralidad de idiomas hablados en la UE, también ante el establecimiento de normas y un considerable despliegue de recursos⁶⁶⁵⁶⁶⁶.

III.3.2.1 – El programa “Legislar mejor”

Las cuestiones de calidad legislativa o de la *better regulation*⁶⁶⁷, introducidas a nivel internacional por la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la mejora de la calidad de la regulación de 9 de marzo de 1995⁶⁶⁸, se han convertido desde hace

determinar si están relacionados directamente con la legislación de la UE o con las decisiones de aplicación tomadas por lo Estados miembros.

⁶⁶⁵ Véase a este respecto, por ejemplo, la Dirección General de Traducción (DGT), que está al servicio de la Comisión Europea y traduce a las 24 lenguas oficiales de la UE textos cuyos originales están en esas mismas lenguas u otras, según las necesidades. Este departamento se ocupa exclusivamente de textos escritos y, entre sus objetivos, está traducir legislación, documentos de orientación, informes, cartas, etc. que haya redactado o recibido la Comisión; ayudar a la Comisión a comunicar con los ciudadanos, contribuyendo a la explicación de las políticas de la UE; revisar documentos originales redactados por personal de la Comisión; asesorar a los demás departamentos de la Comisión sobre cuestiones lingüísticas y sobre la gestión de webs multilingües; velar por que la terminología sea correcta en todas las lenguas oficiales de la UE, según lo establecido en la base de datos interinstitucional, en [https://ec.europa.eu/info/departments/translation es](https://ec.europa.eu/info/departments/translation_es).

⁶⁶⁶ A. RUGGERI, *Le fonti del diritto europolitano ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, en P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2014.

⁶⁶⁷ En castellano, la expresión *better regulation* se ha traducido con “legislar mejor”.

⁶⁶⁸ La Recomendación instó a los Países miembros a tomar medidas efectivas para asegurar la calidad y transparencia de la regulación y proporcionó una lista de criterios de referencia, las llamadas *checklist*, para ser utilizadas en la toma de decisiones públicas, con el fin de proporcionar a los Estados miembros una serie de principios y herramientas procedimentales comunes para mejorar la calidad y eficiencia de la actividad reguladora. Tras la aprobación de esta Recomendación, se puso en marcha un programa plurianual específico sobre reforma regulatoria: en 1997 se presentó un informe especial sobre la implementación de este programa con estudios sectoriales y temáticos sobre revisión regulatoria realizados por los Estados miembros y con una serie de recomendaciones sobre el uso del

mucho tiempo en parte integral de las estrategias de instituciones de la Unión Europea, en la creencia de que la *bad regulation* tiene un impacto negativo no solo en la seguridad jurídica, en el cumplimiento de la ley y en la eficiencia de la justicia, sino también en el desarrollo económico y el uso eficiente de los recursos de un País. Como prueba de este compromiso creciente, las instituciones europeas han adoptado iniciativas específicas destinadas a implementar las políticas de *better regulation* (o *smart regulation* – legislar con inteligencia – según una sucesiva expresión europea) y las presidencias de la UE también pretendían incluir cuestiones relativas a la calidad de la regulación en sus programas. Además, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁶⁶⁹, consagrados en el artículo 5 TUE, no solo representan dos momentos fundamentales en el proceso de toma de decisiones, sino que también aparecen como las reglas básicas para garantizar la calidad de la

análisis de impacto regulatorio (a este respecto, véase *The OECD Report on Regulatory reform*, París, 1997). En 1998, la OCDE lanzó el programa *Country Reviews* sobre la reforma del sistema regulatorio en los Países miembros con el objetivo de construir una revisión amplia y profunda de las experiencias de reforma económica, gubernamental y administrativa en los Países miembros y ayudar a los gobiernos a mejorar el desempeño de la economía en términos de innovación, crecimiento y progreso social.

⁶⁶⁹ La subsidiariedad consiste en determinar cuál es el nivel más adecuado para la formulación y la aplicación de las políticas. La UE solo debería intervenir en caso necesario y cuando esa intervención aporte ventajas claras frente a la adopción de medidas a escala nacional, regional o local. La proporcionalidad se centra en las repercusiones financieras y administrativas de la legislación propuesta. Esas repercusiones deben reducirse al mínimo y guardar proporción con los objetivos estratégicos. Por lo que respecta a la Comisión, eso significa aplicar nuestras ambiciosas políticas de la manera más sencilla y menos costosa posible, evitando trámites burocráticos innecesarios. El 14 de noviembre de 2017, el presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, creó oficialmente el Grupo Operativo sobre Subsidiariedad, Proporcionalidad y "Hacer menos pero de forma más eficiente" para formular recomendaciones sobre cómo aplicar mejor los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El Grupo Operativo presentó su informe final el 10 de julio de 2018. El 23 de octubre de 2018, la Comisión estableció los cambios que se propone introducir en el proceso de elaboración de políticas de la Comisión a raíz de las recomendaciones del Grupo Operativo, en https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_es.

regulación: por un lado, el principio de subsidiariedad obliga a considerar la denominada opción cero, es decir, requiere tomar en consideración la oportunidad de no adoptar ninguna medida regulatoria y en este sentido ayuda a contener la producción de legislación; por otro lado, la referencia al principio de proporcionalidad implica evaluaciones y estudios de viabilidad – análisis *ex ante* – y controles *ex post*, es decir, un seguimiento constante del impacto de la legislación, contribuyendo a favorecer, al menos potencialmente, una mayor eficacia de la legislación y las políticas europeas enlazadas. Sin embargo, conviene recordar que, hasta la década de 1990, el debate sobre la regulación europea se centró en los problemas de la calidad de la redacción de los textos – el *drafting* formal – y en las herramientas y métodos de técnica legislativa⁶⁷⁰, más que en la cuestión de cómo gobernar las políticas. normativa en un sistema multinivel, como el de la Unión Europea. Las instituciones europeas consideran que el cuidado de la calidad de la redacción de los textos legislativos es indispensable para que la legislación se comprenda mejor y se aplique correctamente. Se presta especial atención a las implicaciones del multiculturalismo. Sólo a finales de la década de los noventa⁶⁷¹, por iniciativa de los

⁶⁷⁰ El primer Formulario de leyes comunitarias fue elaborado por el Consejo en abril de 1963 y fue revisado y actualizado en los años siguientes. A lo largo de los años, las demás instituciones también se han equipado con guías y herramientas editoriales, como las que se han mencionado anteriormente.

⁶⁷¹ Con los compromisos oficiales adoptados en 2000 por los Consejos Europeos de Lisboa y Feira, se esbozó una estrategia global que llevó a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros a adoptar programas concretos para mejorar la calidad de la regulación. A raíz de estos compromisos, se creó una comisión de expertos con la tarea de redactar un plan de acción real para la calidad de la regulación: el documento final de la Comisión, que del nombre de su presidente toma el nombre de "Informe Mandelkern", fue presentado al Consejo Europeo de Laeken en diciembre de 2001. Este Informe define por primera vez un enfoque común de los Países miembros a los problemas de la calidad regulatoria.

gobiernos de algunos Países miembros – Italia y España en primer lugar – el tema de la calidad de la legislación se estableció a nivel de la UE⁶⁷².

El nuevo programa "Legislar mejor", presentado por la Comisión el 19 de mayo de 2015, incluye instrumentos de diversos tipos, incluida la Comunicación de 2015 sobre la Agenda de la Unión Europea⁶⁷³, la Comunicación sobre la plataforma REFIT y la Decisión de fundación relacionada⁶⁷⁴. El paquete también incluye la propuesta de acuerdo interinstitucional, sobre cuya base se han iniciado las negociaciones entre las tres instituciones, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, que dio lugar al Acuerdo de los días 13 y 4 de abril de 2016⁶⁷⁵.

El Acuerdo "Legislar mejor" se divide en nueve títulos y contiene un anexo sobre el Acuerdo sobre "actos delegados" previsto en el artículo 290 TFUE y su apéndice. El Acuerdo, con el objetivo de mejorar el proceso legislativo de la Unión mediante la cooperación interinstitucional, sustituye al anterior Acuerdo Interinstitucional de 2003 y al enfoque interinstitucional de las evaluaciones de impacto de 2005⁶⁷⁶. Los cambios se hicieron necesarios también teniendo en cuenta las nuevas disposiciones introducidas por el Tratado de Lisboa que modificaron parcialmente el equilibrio interinstitucional. Precisamente en un intento de lograr el equilibrio necesario para asegurar el funcionamiento del sistema, durante las negociaciones las instituciones

⁶⁷² L. TAFANI, R. RAVAZZI, A. SANSÒ, M. CAPORALE, *Better regulation for better results. Momenti, soggetti e obiettivi delle politiche europee per la qualità della regolamentazione*, en *Esperienze*, vol. 5, Ufficio Valutazione Impatto, Senato della Repubblica, Roma, 2015.

⁶⁷³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 19 de mayo de 2015, Legislar mejor para obtener mejores resultados – Un programa de la UE, COM(2015)215 final.

⁶⁷⁴ C(2015)3260 y C(2015)3261.

⁶⁷⁵ Acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, de 13 de abril de 2016, DOUE L 123 de 12 de mayo de 2016. Las negociaciones concluyeron en diciembre de 2015, bajo la presidencia de Luxemburgo y, por tanto, se firmaron el 13 de abril de 2016, siguiendo los procedimientos formales emprendidos por las instituciones individuales.

⁶⁷⁶ Proyecto interinstitucional "Legislar mejor" (DOCE C 321 de 31 de diciembre de 2003); Enfoque interinstitucional común sobre evaluaciones de impacto de 2005 (Doc. n. 14901/05).

insistieron en garantizar los principios de equidistancia, especialmente en las relaciones entre el Consejo y el Parlamento respecto a la Comisión. En cuanto a la eficacia⁶⁷⁷, los autores no tenían la intención de atribuir un efecto vinculante a todas las partes del Acuerdo, dejando que el intérprete determinara el alcance de las disposiciones individuales de vez en cuando.

Los aspectos innovadores se recogen en la parte relativa a la programación anual y plurianual (título II). En relación con la primera, las tres instituciones manifestaron su voluntad de intercambiar opiniones sobre los principales objetivos, en pleno cumplimiento del papel asignado al Consejo Europeo (art. 15 TUE). En cuanto a la programación anual, que es responsabilidad primordial de la Comisión, el Acuerdo reconoce al Consejo y al Parlamento⁶⁷⁸ la tarea de participar en la definición de las líneas de programación, teniendo en cuenta los objetivos estratégicos definidos por el Consejo Europeo.

Entre las herramientas destinadas a mejorar la calidad de la legislación (Título III), destaca la evaluación de impacto. Esto es principalmente responsabilidad de la Comisión, que debe tener en cuenta, entre otras cosas, el impacto de las propuestas legislativas sobre la competitividad, las cargas administrativas para los ciudadanos y las empresas, especialmente las PYMES⁶⁷⁹. La evaluación de impacto también se aplica a los actos delegados y ejecutivos si se pretende que tengan un impacto económico, medioambiental y social significativo. Sin interferir con la responsabilidad de la Comisión en la evaluación de impacto, el Consejo y el Parlamento se han comprometido a mejorar, en la medida de lo posible, sus respectivos sistemas internos de evaluación de impacto. Los legisladores realizan, si lo estiman oportuno, evaluaciones de impacto de los cambios sustanciales que pretenden introducir en las

⁶⁷⁷ El art. 295 TFUE, modificado por el Tratado de Lisboa, reconoce expresamente que los acuerdos interinstitucionales pueden tener efectos vinculantes.

⁶⁷⁸ Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, de 20 de noviembre de 2010, Anexo IV, DO L 304 de 20.11.2010.

⁶⁷⁹ El acuerdo para el Reino Unido de 19 de febrero de 2016, alcanzado en el Consejo Europeo, también incluía una declaración por la que la Comisión se comprometía a reforzar el mecanismo de control de subsidiariedad (anexo IV).

propuestas de la Comisión. Las tres instituciones se han puesto a disposición para cooperar en este sentido, incluso si no se aceptó la propuesta original de la Comisión de confiar la evaluación a un organismo interinstitucional independiente⁶⁸⁰. Otra herramienta está representada por la consulta de las partes interesadas, que se extiende a todas las etapas del proceso legislativo: *ex ante*, *ex post* y dentro de la Plataforma REFIT.

Entre los principios de la mejora de la legislación, resaltan sin duda el principio de eficacia de las decisiones políticas de las instituciones, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que deben garantizarse concretamente, el principio de transparencia que debe garantizarse mediante el sistema de consulta "circular" deseado por la Comisión y, al mismo tiempo, de claridad, es decir, inteligibilidad de los textos. Todos estos principios deben garantizarse respetando el equilibrio interinstitucional, salvaguardando las prerrogativas de las instituciones y demás órganos de la Unión. En particular, debe tenerse en cuenta la función consultiva que el Tratado asigna al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social, función que también se reivindica en los respectivos dictámenes expresados sobre todo el paquete "Legislar mejor"⁶⁸¹. La consulta con los *stakeholder* forma parte de un marco que deja a las instituciones y los Estados miembros en una posición privilegiada. La lógica de reorganización subyacente al ejercicio de negociación se vio atenuada por la preocupación constante por no crear complicaciones excesivas y estratificaciones en un proceso legislativo ya complejo. El nivel europeo de Legislar mejor se combina y se cruza con la dimensión interna. La plena aplicación de los principios requiere la plena participación a nivel nacional, lo que puede hacerse de dos formas: por un lado, se puede registrar una colaboración ascendente en la fase organizativa de Legislar mejor, que puede tener lugar mediante la consulta de expertos nacionales y también mediante la participación en la plataforma REFIT, donde participan los

⁶⁸⁰ Propuesta de acuerdo interinstitucional, COM (2015) 216, punto 8.

⁶⁸¹ Dictamen del Comité Económico y Social sobre la mejora de la legislación, de 16 de septiembre de 2015 (SC/41) y del Comité de las Regiones, Agenda de la UE para la mejora de la legislación, de 14 de octubre de 2015 (CDR 4129/2015).

representantes de los Países miembros; por otro lado, la dimensión nacional en sentido estricto debe ser considerada en relación con el desempeño de actividades puramente internas.

Tan pronto como asumió el cargo en 2014, la Comisión Junker enfrentó desafíos muy importantes. En primer lugar, el desafío, tal como lo definió el propio presidente, de reconstruir los puentes en Europa después de la crisis, restaurar la confianza de los ciudadanos, enfocar las políticas en los desafíos fundamentales de nuestras economías y nuestra sociedad y, finalmente, fortalecer la legitimidad democrática. Estos desafíos se han traducido en las orientaciones políticas del presidente Junker, donde se han enunciado sus objetivos: una Unión Europea más ambiciosa en las grandes cosas y más pequeña y modesta en las pequeñas cosas; centrar las actividades e iniciativas en diez áreas importantes en las que la Unión Europea puede tener resultados concretos y dejar a los Estados miembros las otras áreas políticas en las que pueden intervenir de manera más eficaz, e identificar, en colaboración con el Consejo y el Parlamento Europeo, las principales cargas burocráticas a nivel europeo y nacional que podrían eliminarse más rápidamente. Por tanto, "Legislar mejor" es una de las áreas principales de esta Comisión. También por esta razón, más o menos seis meses después de su creación, la Comisión Europea adoptó el paquete "Legislar mejor". Está compuesto por varios documentos: la Comunicación, el acuerdo interinstitucional, la plataforma REFIT, el cuadro de indicadores REFIT, las directrices integradas para una mejor legislación y el nuevo Comité de Control Reglamentario⁶⁸². La idea de esta nueva agenda es mirar el ciclo completo de formulación de políticas:

⁶⁸² El Comité de Control Reglamentario es un órgano independiente dentro de la Comisión que asesora al Colegio de Comisarios. Ejerce una función central de control de calidad y apoyo a la labor de evaluación de impacto de la Comisión en las fases iniciales del proceso legislativo. El trabajo del Comité sobre las evaluaciones de impacto refuerza las evaluaciones posteriores, y viceversa. El Comité examina todos los proyectos de evaluación de impacto de la Comisión, los controles de adecuación de la legislación y las evaluaciones principales de la legislación vigente, y emite los correspondientes dictámenes y recomendaciones. El Comité asesora también sobre la política de mejora de la legislación a la Secretaría General de la Comisión, en https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_es.

la fase preparatoria y la fase de adopción de la legislación, la fase de transposición y aplicación.

En cuanto a la fase de elaboración y adopción de los actos, encontramos la evaluación de impacto, mientras que en la fase de transposición y aplicación hay seguimiento y evaluación. Para todas estas fases es posible contar con aportaciones de las partes interesadas. Ésta es la filosofía del nuevo paquete. Hay cuatro pilares principales: planificación y programación, evaluación de impacto, consulta a las partes interesadas y evaluación *ex post* de la legislación.

Una de las innovaciones más importantes es la posibilidad de que los *stakeholder* den su *feedback* en todos los momentos del ciclo legislativo, la provisión de un procedimiento de consulta más amplio y un enfoque más importante en la relación que acompaña a cada propuesta. Además, existen mejores herramientas de evaluación y un uso más amplio de las mismas con la ayuda de las directrices integradas que cubren todo el ciclo político, el acuerdo interinstitucional y, finalmente, un énfasis más importante en la implementación, con el programa de seguimiento de la adecuación y evaluación *ex post*⁶⁸³.

Las novedades a nivel de consulta y *feedback* son la posibilidad de *feedback* desde el principio, es decir, desde que la Comisión prepara la hoja de ruta sobre una propuesta, pasando a consultas públicas sobre propuestas, que tendrán una evaluación de impacto y una evaluación *ex post*, la posibilidad de recibir comentarios de las partes interesadas sobre las propuestas tan pronto como se presenten y la posibilidad de recibir comentarios sobre los actos delegados y de ejecución. En cuanto a la calidad de las propuestas, las *guidelines* prevén el establecimiento del comité de control reglamentario y la posibilidad, como desearía la Comisión, de realizar una evaluación de impacto de las modificaciones sustanciales.

⁶⁸³ Estas herramientas ya existían antes de la adopción de la Agenda, pero se encontraban en varios documentos y no todos eran públicos. Ahora se recopilan en un solo documento disponible en la web. Es operativo y está destinado a quienes preparan la legislación, pero también es útil para los Estados miembros.

Las novedades en cuanto a planificación y programación consisten en que para cada nueva iniciativa se debe elaborar una hoja de ruta o una evaluación de impacto inicial que explique el contexto y el problema a resolver, establezca los objetivos y explique en cómo estas opciones o este objetivo cumplen con el principio de subsidiariedad, describa las opciones. La evaluación de impacto inicial debe detallar mucho más las diferentes opciones y describir cómo se realizará la evaluación de impacto, cómo se recopilarán los datos y cómo se utilizarán las herramientas para legislar mejor. También deberá proporcionar una evaluación preliminar de los impactos esperados. Cabe señalar que no todas las propuestas de la Comisión deben tener una evaluación de impacto, sino solo aquellas que tendrán un impacto importante. Las hojas de ruta⁶⁸⁴ y las evaluaciones de impacto iniciales se publican en el sitio web de la Comisión y, a partir de este momento, todas las partes interesadas pueden dar su opinión. También hay una nueva política de validación de la iniciativa antes del inicio de los trabajos, no por parte de todo el colegio sino, al menos, por el vicepresidente. Además de la evaluación de impacto inicial sobre la que todas las partes interesadas pueden opinar, contamos con directrices más precisas sobre los diferentes tipos de impacto y metodologías y un mayor enfoque en la subsidiariedad y proporcionalidad, competitividad, pequeñas y medianas empresas, destinatarios de la legislación y la dimensión digital⁶⁸⁵. Por lo tanto, para cuando la Comisión planea presentar una iniciativa sobre un sector específico, basada en la hoja de ruta, todas las partes interesadas a nivel territorial y regional ya pueden informar de un problema o hacer

⁶⁸⁴ Las hojas de ruta deben prepararse antes incluso de preparar la propuesta, al menos 12 meses antes de que la Comisión adopte la propuesta.

⁶⁸⁵ Para la evaluación de impacto territorial, existe una herramienta específica, la herramienta número 29, también accesible en la web de la Comisión. En ella se identifican las cuestiones a plantear en caso de que la Comisión esté preparando una iniciativa que pueda tener un impacto territorial y se brinden herramientas para obtener más datos, para contar con metodologías y modelos que ayuden a comprender mejor cómo gestionar los impactos y cómo reducirlos. El nuevo marco para "Legislar mejor" presenta, por tanto, una mejor oportunidad para evaluar los impactos territoriales, no solo gracias a esta herramienta, sino también porque hay muchas más oportunidades para dar *feedback*.

aportaciones porque creen que la Comisión no debe presentar esa propuesta o debe presentarla de una determinada manera⁶⁸⁶.

Volviendo a las evaluaciones de impacto en general, el comité de control regulatorio, mencionado anteriormente, ha reemplazado al comité de evaluación de impacto. Los cambios se refieren, en particular, a la mayor independencia de la comisión, formada por seis miembros permanentes, de los cuales tres internos, procedentes de la Comisión, que realizan esta tarea a tiempo completo y tres externos que son elegidos mediante selección⁶⁸⁷.

El tercer pilar consiste en consultas a las partes interesadas. El principio rector es escuchar más y mejor y abrir todo el proceso de toma de decisiones. Hay dos elementos fundamentales en este enfoque: el primero es el de los *feedback*, el segundo es el de la consulta real. Con respecto al *feedback*, hay más y mejores oportunidades en diferentes momentos, como se ha observado. Lo anterior se refiere a consultas informales, pero también se han realizado mejoras en las consultas formales. Todas las iniciativas deben tener una estrategia de consulta e, incluso antes de comenzar a trabajar, las Direcciones Generales deben preparar una estrategia sobre a quién y cómo ser consultado. Se prevé una consulta pública obligatoria de doce semanas para todas las iniciativas que tengan una evaluación de impacto, todas las evaluaciones *ex post* y los libros verdes. También existe, dentro de la Comisión, un mayor apoyo a la calidad y seguimiento de estas consultas. La Comisión también debe explicar mejor por qué hace una propuesta en particular. Por tanto, en el informe que acompaña a cada propuesta, además de ilustrar el objetivo de la medida,

⁶⁸⁶ Otra oportunidad también se encuentra en la atención a la fase *ex post*. Como parte de la evaluación *ex post*, si se cree que la legislación genera problemas a nivel territorial, existe la posibilidad de informarlo y especificar las razones. Además, existe cooperación con el Comité de las Regiones y sus redes de partes interesadas. La Comisión está trabajando con el Comité en varios proyectos piloto. Se conocen algunos desafíos, comenzando por la falta de datos regionales y locales, los problemas de comparabilidad, la falta de metodologías y el principio de proporcionalidad.

⁶⁸⁷ El presidente viene de dentro de la Comisión, a nivel de director general, y también hay tres asistentes y la secretaria. El comité examina no solo las evaluaciones de impacto, sino también las evaluaciones *ex post* y el control de adecuación.

debe explicar cómo se han aplicado los principios para legislar mejor y explicar con más detalle cómo la propuesta cumple con el principio de subsidiariedad y proporcionalidad. Para concluir sobre el pilar de evaluación *ex post* de la legislación vigente, el principio básico es que antes de modificar una legislación y antes de pensar en una nueva iniciativa, es necesario evaluar lo que ya existe, si ha sido efectivo y si ha logrado sus objetivos. La evaluación se basa en datos y medidas fácticas sobre hasta qué punto una intervención fue eficaz, eficiente y relevante teniendo en cuenta las necesidades y sus objetivos, coherente dentro del sector con otras políticas de la UE y si ha logrado un valor añadido a nivel de la UE.

El *fitness-check* – la verificación de aptitud – existe desde hace algún tiempo y consiste en una evaluación que cubre un grupo de medidas que tienen un conjunto de objetivos comunes. En comparación con el programa REFIT⁶⁸⁸ – programa de

⁶⁸⁸ El programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT – *Regulatory Fitness and Performance Programme*) fue lanzado por la Comisión Europea en diciembre de 2012 – Comunicación de la Comisión de 12 de diciembre de 2012 (COM(2012)746) – y activado en 2015, con el objetivo de coordinar todas las iniciativas de verificación de la idoneidad de la legislación europea vigente y reducción de cargas administrativas, a raíz de la reflexión sobre la "Legislación inteligente" lanzada en 2010. Para ello, el Programa incorporó, en un enfoque integrado, tanto los controles de adecuación de la legislación vigente introducidos en 2010, como el Plan de Acción ABR Plus (*Administrative Burden Reduction Programme*, programa de reducción de la carga administrativa), destinado a reducir la carga administrativa requerida por la legislación europea, lanzado en 2007. El programa REFIT garantiza que las leyes de la UE aporten a los ciudadanos, las empresas y la sociedad los beneficios esperados, reduciendo al mismo tiempo la burocracia y los costes. También tiene por objeto hacer que la legislación de la UE sea más sencilla y fácil de comprender; presta especial atención a las PYMES que pueden verse afectadas de manera desproporcionada por la carga administrativa de la aplicación de las normas de la UE. Mediante evaluaciones de impacto, se valoran los posibles beneficios y el ahorro de cada nueva propuesta. Las repercusiones de la legislación de la UE se analizan mediante evaluaciones retrospectivas, y los puntos de vista de los interesados se recogen a través de consultas. La plataforma REFIT hace posible que las autoridades nacionales, los ciudadanos y otras partes interesadas participen en la mejora de la legislación de la UE. Pueden hacer sugerencias sobre cómo reducir las cargas reglamentarias y administrativas de la legislación, sugerencias que después son analizadas por la propia plataforma REFIT y la Comisión, en L. TAFANI, R. RAVAZZI, A. SANSÒ, M. CAPORALE, *Better regulation for better results. Momenti, soggetti e obiettivi delle politiche europee*

verificación de la adecuación y eficacia de la reglamentación – la novedad se refiere a la "plataforma REFIT", que es una plataforma de diálogo permanente con las partes interesadas y los Estados miembros sobre cómo mejorar la legislación, con el objetivo de recopilar sugerencias, reducir las cargas regulatorias y administrativas y proponer ideas concretas⁶⁸⁹. También existe una herramienta online – "Aligere su carga, diga lo que piensa" – que permite a cualquiera dar su opinión sobre la legislación vigente y, finalmente, el marcador REFIT anual que propone nuevas iniciativas, en curso y derogaciones.

Por último, una mención al acuerdo interinstitucional propuesto por la Comisión. Es una parte importante del programa *Better regulation*. De hecho, no pudiendo la Comisión por sí sola revolucionar toda la legislación de la UE, es importante que el compromiso sea común y compartido, no solo entre las instituciones, sino también con los Estados miembros. La propuesta prevé un compromiso común con el programa REFIT, una evaluación de impacto durante todo el proceso legislativo, una planificación anual y plurianual coordinada, incluida la consulta sobre el programa de trabajo de la Comisión, una mayor transparencia, un nuevo entendimiento común sobre los actos delegados y esfuerzos conjuntos para reducir el *gold plating*, es decir, una regulación excesiva injustificada por parte de los Estados miembros al transponer las directivas⁶⁹⁰.

La mejora de la calidad de la normalización debe entenderse, por tanto, bajo el doble perfil formal y de contenido. Los principios de actualización textual, modernización y simplificación de los instrumentos reguladores europeos", ya establecidos en la

per la qualità della regolamentazione, en *Esperienze*, vol. 5, Ufficio Valutazione Impatto, Senato della Repubblica, Roma, 2015; https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-less-costly-and-future-proof_es.

⁶⁸⁹ Existen dos grupos: el grupo de *stakeholder*, el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social, y el grupo de Estados miembros presidido por el primer vicepresidente.

⁶⁹⁰ O. PORCHIA, L. SWAN, D. CAPUANO, N. MARIN, P. L. PETRILLO, M. RICCIARDELLI, C. Odone, C. GESTRI, N. MINASI, M. MARGIOTTA, E. PROSPERI, T. PETUCCI, P. PONZANO, "*Better regulation*" nell'Unione europea: *principi, obiettivi e strumenti*, Seminario de 9 y 10 de noviembre de 2015 "Tercer ciclo de seminarios especializados sobre políticas europeas", Roma, 2015.

estrategia “Legislar mejor” desde su debut, se llevan a cabo en dos direcciones principales. En ambos casos⁶⁹¹, se trata de combinar en un solo acto todos los cambios realizados posteriormente en uno o más instrumentos regulatorios vigentes en un determinado sector. La diferencia radica en la naturaleza del acto final con respecto al ordenamiento jurídico europeo: meramente de reconocimiento, o esencialmente innovador⁶⁹².

III.3.2.2 – Impacto y efectos en la legislación delegada: los resultados

Como se ha tenido ocasión de desarrollar antes, analizando las novedades del programa “Legislar mejor”, el paquete también incluía la propuesta de acuerdo

⁶⁹¹ En el idioma de las instituciones europeas, la codificación indica un procedimiento destinado a la unificación en un solo texto, meramente reconocimiento, de uno o más actos de base y sus modificaciones. Por otro lado, el procedimiento que reúne uno o más actos básicos y modificaciones conexas en un solo texto sustancialmente innovador de la ley actual se denomina refundición y se realiza con un procedimiento típico, una vez superados los problemas derivados de la dificultad de identificar el límite entre reconocimiento e innovación. De hecho, la Comisión está obligada a informar sobre cualquier novedad sustancial de la propuesta con respecto a la normativa vigente, con el fin de conciliar el interés por la naturaleza orgánica del texto refundido con la realización de un proceso legislativo normal para cada acto que innova el sistema. Cada una de estas hipótesis corresponde a un procedimiento parlamentario que busca el punto de fusión entre el logro de la calidad objetivo-formal y la búsqueda de estándares procesales ordinarios para la innovación del ordenamiento jurídico. Asimismo, en virtud de la necesaria “alineación” con la taxonomía de los actos legislativos de la UE establecida por el Tratado de Lisboa, se procede a la refundición de los actos que serán reconsiderados para una delegación a la Comisión ex art. 290 TFUE o para un procedimiento ejecutivo de conformidad con el art. 291 TFUE. Por ejemplo, véanse la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen medidas agrícolas específicas para las pequeñas islas del mar Egeo (COD/2010/370) y la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a la encuesta estadística del transporte de mercancías por carretera (COD/2010/0258), en G. VOSA, “*Legiferare con intelligenza*” fra contenuto e forma: le procedure di codificazione e rifusione nel diritto parlamentare europeo, en *Osservatorio sulle fonti*, 3/2011.

⁶⁹² G. VOSA, “*Legiferare con intelligenza*” fra contenuto e forma: le procedure di codificazione e rifusione nel diritto parlamentare europeo, en *Osservatorio sulle fonti*, 3/2011.

interinstitucional, que dio lugar al Acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, de 13 de abril de 2016.

Dicho Acuerdo, además de dividirse en nueve títulos – de los que, el V titula “Actos delegados y de ejecución” – contiene un anexo llamado “Acuerdo común entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los actos delegados” y, a dicha aneja, se le adjuntó una Apéndice⁶⁹³. Una vez más, por tanto, el problema de los actos delegados – a pesar de haber pasado casi siete años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa – volvió a estar bajo la lupa de las instituciones europeas⁶⁹⁴, que intentaban desenredar los hilos⁶⁹⁵, tanto que le dedicaron a un anexo completo – único, incluso – del acuerdo.

Como es sabido, el Tratado de Lisboa distinguió poderes delegados de funciones "cuasi-legislativas", *ex art. 290 TFUE*, de poderes reales de ejecución de la legislación de la UE, *ex art. 291 TFUE*. Sin embargo, la redacción ambigua de las dos normas ha planteado algunos problemas de interpretación en relación con la distinción entre actos delegados y de ejecución y los métodos de control sobre el ejercicio de las dos competencias. No obstante, a excepción de la regla relativa al establecimiento de un "registro funcional común de actos delegados", en virtud del artículo 29 del Acuerdo interinstitucional⁶⁹⁶, el Acuerdo interinstitucional y el Acuerdo común anexo al acuerdo, – si bien lo intentaron – no contribuyen a resolver estos problemas.

⁶⁹³ La Apéndice, además de un “Considerando”, contiene dos artículos: el A, sobre el ejercicio de la delegación y el B, sobre el procedimiento de urgencia.

⁶⁹⁴ Que, de hecho, no escondían la importancia que le reconocían. Por esta razón, en el art. 26 del acuerdo *de quo* se refería que las tres Instituciones subrayan el importante papel que desempeñan los actos delegados y de ejecución en el Derecho de la Unión. Si se utilizan de forma eficiente y transparente y en casos justificados, son un instrumento esencial de la mejora de la legislación, al contribuir a lograr una legislación sencilla y actualizada, y a su aplicación eficiente y rápida [...].

⁶⁹⁵ Por ejemplo, la evaluación de impacto antes analizada también se aplica a los actos delegados y ejecutivos si se pretende que tengan un impacto económico, medioambiental y social significativo.

⁶⁹⁶ Art. 29. Las tres Instituciones se comprometen a crear en estrecha cooperación, al finalizar 2017 a más tardar, un registro conjunto funcional de actos delegados cuya información se estructure

El Acuerdo interinstitucional confirma en primer lugar, en la parte final de su art. 26, la facultad discrecional de los legisladores en la elección de conferir a la Comisión un poder delegado o un poder ejecutivo⁶⁹⁷, ya reconocida por el TJUE en los asuntos “Biocidas” Comisión contra Parlamento y Consejo – analizado en profundidad previamente – y Comisión contra Parlamento y Consejo, sobre la reciprocidad de los visados, también mencionado anteriormente. Son el Parlamento y el Consejo quienes determinan, caso por caso, el alcance de la reserva legal y el límite entre delegación y ejecución, sujeto al cumplimiento de los “límites de los Tratados”. De hecho, durante las negociaciones, las tres instituciones borraron del proyecto de acuerdo los criterios – obligatorios, aunque no exhaustivos – que debían haber determinado la línea divisoria entre poderes delegados y ejecutivos, comprometiéndose a negociar criterios no vinculantes en un segundo momento (art. 28, párr. 5, del Acuerdo interinstitucional⁶⁹⁸), lo que probablemente constituirá una duplicación innecesaria de aquellos enumerados en la resolución del Parlamento de 2014 sobre la delegación de poderes legislativos⁶⁹⁹.

En cuanto al ejercicio de los poderes delegados, el Acuerdo interinstitucional equilibra la eficacia del control ejercido por el Parlamento y el Consejo a través del poder de oposición – lo que inspira las restricciones de tiempo en la transmisión de documentos por parte de la Comisión y el vencimiento del plazo para la objeción de

adecuadamente y sea fácil de utilizar, de modo que se refuerce la transparencia, se facilite la planificación y quede constancia de cada una de las distintas fases del ciclo de vida de los actos delegados.

⁶⁹⁷ Art. 26. [...] Incumbe al legislador decidir en qué casos y en qué medida utilizar actos delegados o de ejecución, dentro de los límites que establecen los Tratados.

⁶⁹⁸ Art. 28, párr. 5. Las tres Instituciones emprenderán negociaciones sin dilaciones indebidas tras la entrada en vigor del presente Acuerdo, con el fin de complementar el Acuerdo común, estableciendo criterios no vinculantes para la aplicación de los art. 290 y 291 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁶⁹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, sobre el seguimiento en relación con la delegación de poderes legislativos y el control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (2012/2323(INI)).

la transmisión de todas las versiones lingüísticas – y las garantías de eficiencia y seguridad jurídica. Estas últimas, en particular, están protegidas a través de la provisión de poderes legislativos de duración indefinida y el compromiso de los colegisladores de otorgar una prórroga tácita de la delegación de duración determinada, salvo oposición que se ejercerá dentro de un plazo imperativo; la posibilidad de que la Comisión adopte un acto delegado único basado en una pluralidad de cláusulas de delegación contenidas en el mismo acto legislativo, en el caso de un "vínculo sustancial" entre las distintas competencias; la fijación de plazos de autorización para la oposición, iguales "en principio" a dos meses; la introducción de un procedimiento de urgencia para la adopción de actos delegados, que permite la entrada en vigor inmediata del acto, sin perjuicio de su derogación en caso de ejercicio de la oposición. Sin embargo, la principal innovación del Acuerdo interinstitucional en el ámbito de los actos delegados, que tiene relevancia constitucional, se refiere a la institucionalización de los procedimientos de consulta de los expertos nacionales antes de la adopción de los actos delegados. El acuerdo común de 2011, a este respecto, se limitó a establecer que la Comisión podría hacer las consideraciones apropiadas de manera transparente y con mucha antelación, incluso a nivel de expertos. El Acuerdo interinstitucional, por su parte, hace obligatoria esta consulta previa para todos los proyectos de actos delegados, mientras que sólo es opcional para los de ejecución⁷⁰⁰. Esta obligación, sin embargo, no es meramente formal: si se modifica el "contenido sustantivo" de un proyecto de acto delegado, los expertos nacionales pueden "formular observaciones" sobre la versión modificada del acto. A continuación, la Comisión debe garantizar una forma

⁷⁰⁰ Art. 28 del Acuerdo interinstitucional. [...] Además, y cuando sea necesario un asesoramiento técnico más amplio en las fases iniciales de preparación de los proyectos de actos de ejecución, la Comisión recurrirá a grupos de expertos, consultará a los interesados específicos y llevará a cabo consultas públicas, según proceda. A fin de asegurar la igualdad de acceso a toda la información, el Parlamento Europeo y el Consejo recibirán todos los documentos al mismo tiempo que los expertos de los Estados miembros. Los expertos del Parlamento Europeo y del Consejo tendrán acceso sistemáticamente a las reuniones de los grupos de expertos de la Comisión a las que se invite a expertos de los Estados miembros y en las que se trate la preparación de actos delegados. [...]

de seguimiento de las reuniones con los expertos nacionales, indicando las conclusiones extraídas de los debates y cómo piensa tener en cuenta las opiniones de los expertos y el informe adjunto al acto. El delegado debe ir acompañado de un resumen del proyecto de consulta.

También cabe destacar que, si bien el Acuerdo interinstitucional excluye que los comités de comitología puedan en esta capacidad ser llamados a desempeñar otras funciones⁷⁰¹, esto no impide que los mismos expertos nacionales participen a título personal en las consultas sobre actos delegados, dentro de los grupos de expertos ya establecidos.

Los legisladores también han obtenido – incluso en las fórmulas estándar de delegación de la aneja del Acuerdo interinstitucional – la (re)afirmación del principio de igualdad de los legisladores, esta vez con respecto a la participación en la elaboración de actos delegados. Este principio se realiza, por una parte, mediante el acceso sistemático de los expertos del Parlamento y del Consejo a las reuniones de los grupos de expertos de la Comisión a los que han sido invitados los expertos nacionales y, por otra, a través de la igualdad de acceso a la información, en particular mediante la transmisión de todos los documentos al Parlamento. Sin embargo, a diferencia de las relativas a la consulta de expertos nacionales, estas normas parecen responder a una razón pragmática: la prevención del ejercicio del derecho a oponerse a un acto delegado único. Además, el Acuerdo interinstitucional permite anticipar la entrada en vigor del acto delegado antes de la fecha límite de oposición, si los legisladores no tienen la intención de formular objeciones.

Por último, cabe destacar que el Acuerdo interinstitucional no compromete políticamente a los legisladores a evitar nuevas formas atípicas de atribución de

⁷⁰¹ Art. 30 del Acuerdo institucional. En relación con el ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión, las tres Instituciones convienen en abstenerse de añadir en la legislación de la Unión requisitos procedimentales que alteren los mecanismos de control establecidos por el Reglamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo. Los comités que desempeñen sus funciones con arreglo al procedimiento establecido en virtud de dicho Reglamento no deben, en su condición de tales, ser llamados a ejercer otras funciones.

poderes delegados y ejecutivos, por ejemplo, a favor de las agencias descentralizadas europeas. Por otro lado, estos últimos fueron admitidos por el TJUE en el caso “*Short-selling*”⁷⁰². En el caso de las competencias de ejecución, en particular, el Acuerdo interinstitucional se limita a obligar a los contratistas a no introducir por ley requisitos de procedimiento que alteren los mecanismos de control previstos por el Reglamento de comitología 182/2011, sin adoptar la propuesta de la Comisión, que obligaba a los legisladores a abstenerse de introducir procedimientos *sui generis* en el ámbito de la ejecución⁷⁰³.

Una vez más, el Parlamento, el Consejo y la Comisión se han comprometido, reafirmando su igualdad y leal cooperación, a tratar de deshacer los nudos creados tras la introducción de los artículos 290 y 291 TFUE, que ni siquiera el TJUE había conseguido solucionar. Dada la tendencia que ha tomado y sigue tomando la legislación europea delegada, parece que solo la consolidación de prácticas a lo largo de los años ayudará a aclararlos. Sin embargo, ciertamente no se puede decir que el proyecto “Legislar mejor” no haya – como mínimo – contribuido, a avanzar hacia la demarcación de estos instrumentos y al desarrollo de su utilización de una forma que sea más clara y sobre todo útil a los legisladores que la producen y a aquellos que la reciben.

En conclusión, a finales de 2018 y comienzos de 2019, la Comisión hizo balance del programa “Legislar mejor” desde 2015. El objetivo era identificar lo que funciona bien o menos bien y hacer avanzar el programa: revisaron la documentación y recabaron la opinión del público y del personal de la Comisión y de las demás instituciones de la UE. Las consultas externas e internas fueron la piedra angular de este inventario. El 15 de abril de 2019, el Colegio de Comisarios adoptó una Comunicación de la

⁷⁰² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de enero de 2014. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Reglamento (UE) n. 236/2012 — Ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago — Artículo 28 — Validez — Base jurídica — Poderes de intervención conferidos a la Autoridad Europea de Valores y Mercados en circunstancias excepcionales. Asunto C-270/12.

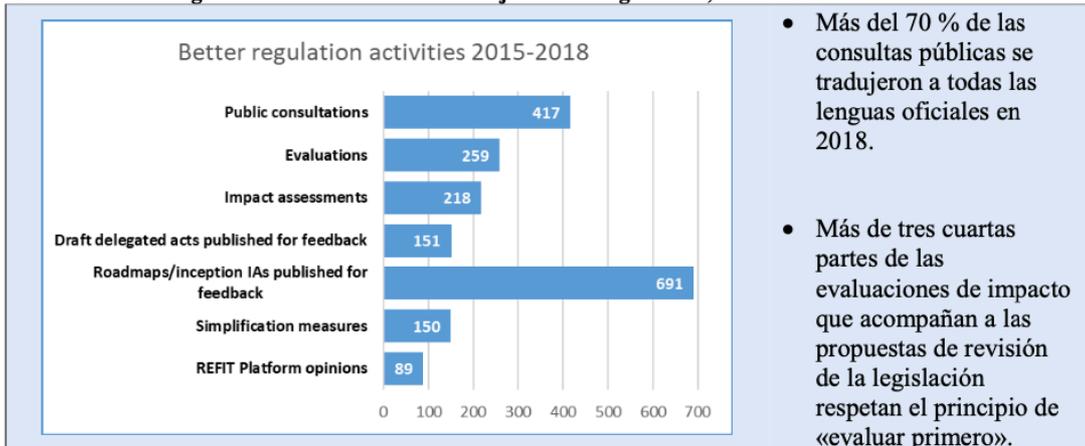
⁷⁰³ C. TOVO, *I nuovi equilibri tra potere esecutivo e legislativo nell’Unione Europea: l’accordo interistituzionale “Legiferare meglio”*, en *Eurojus*, 2016.

Comisión⁷⁰⁴ en la que se describe el programa de mejora de la legislación, se abordan sus puntos fuertes y sus deficiencias y se identifican posibles vías de progreso⁷⁰⁵. Esta Comunicación va acompañada de un documento de trabajo de los servicios de la Comisión en el que se resumen los resultados del inventario, en particular las extensas consultas, en datos y cifras, del los que cabe destacar, a título ejemplificativo:

⁷⁰⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Legislar mejor: haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso, COM(2019) 178.

⁷⁰⁵ Con respecto a los actos delegados – tras subrayar el éxito del nuevo Registro Conjunto de Actos Delegados que se puso en marcha en diciembre de 2017 y que permite ahora al público acceder a las distintas fases de preparación, adopción, control y publicación de actos delegados, en <https://webgate.ec.europa.eu/regdel/#/home> – se ha observado que el Acuerdo Interinstitucional sobre la mejora de la legislación de 2016 encarna la responsabilidad conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea de ofrecer una legislación de la Unión de alta calidad basada en los principios de mejora de la legislación, transparencia y cooperación a lo largo de todo el ciclo legislativo. El Acuerdo sigue siendo bastante reciente, pero ha cosechado algunos éxitos notables. La Declaración Conjunta anual, firmada por los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, enumera las propuestas que deben recibir un trato prioritario en el proceso legislativo. En el ámbito de los actos delegados y los actos de ejecución, se han realizado avances en la sustitución de los antiguos procedimientos por los previstos en el Tratado de Lisboa a fin de acordar criterios para decidir cuándo ha de recurrirse a actos delegados y cuándo a actos de ejecución, así como para abrir el proceso de adopción de los actos delegados: de hecho, los debates del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la elección entre actos delegados y actos de ejecución son a menudo difíciles, para las mismas instituciones y hasta para los tribunales constitucionales; los criterios tienen por objeto hacer que estas elecciones sean menos controvertidas. Además, el informe del Grupo Operativo ha indicado cuáles son los efectos combinados de la legislación – incluidos los actos delegados y los actos de ejecución – cuyo impacto no puede valorarse o evaluarse de manera satisfactoria. El Programa REFIT podría probablemente desempeñar un papel más importante a la hora de determinar y abordar la densidad legislativa con la ayuda de la homónima plataforma.

Gráfico 1: Visión global de las actividades de mejora de la legislación, 2015-2018



Fuente: Comunicación de la Comisión COM(2019)178.

El 29 de abril de 2019, la Comisión organizó una conferencia de un día de duración en Bruselas sobre el balance del programa “Legislar mejor”⁷⁰⁶, síntoma del siempre vivo interés mostrado por las instituciones para que el desarrollo de este programa pueda continuar y, con él, sus resultados.

⁷⁰⁶ Así, en https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_es.

CONCLUSIONES Y PUNTOS DE REFLEXIÓN PARA EL FUTURO DE LA LEGISLACIÓN DELEGADA

“Two years he walks the earth.
No phone, no pool, no pets, no cigarettes.
Ultimate freedom.
An extremist. An aesthetic voyager whose home is the road.
Escaped from Atlanta. Thou shalt not return, 'cause "the West is the best."
And now after two rambling years comes the final and greatest adventure.
The climactic battle to kill the false being within
and victoriously conclude the spiritual pilgrimage.
Ten days and nights of freight trains and hitchhiking
bring him to the Great White North.
No longer to be poisoned by civilization he flees,
and walks alone upon the land to become lost
in the wild.”

(JON KRAKAUER, *Into the wild*, Villard, New York, 1996)

La investigación llevada a cabo ha permitido un profundo análisis del tema objeto de este estudio, tanto desde un punto de vista teórico doctrinal como casuístico.

El estudio ha permitido examinar el instrumento de la delegación legislativa – a partir de su original *raison d'être* – tomando como referencia su itinerario teórico de maduración. Y hemos profundizado en sus raíces filosóficas, tomando como referencia el pensamiento de los autores e intelectuales que, comprometidos en la búsqueda de la ancestral legitimidad de la delegación, se han dado de bruces con el tradicional principio de la separación de poderes. Desde este punto de vista, por lo en atención al análisis realizado a lo largo del trabajo – subsumiendo los datos empíricos y concretos de los ordenamientos jurídicos individuales en los esquemas teóricos descritos en la primera parte del estudio –, se ha llegado a la conclusión de que el principio rector de la delegación legislativa no es el de separación de poderes, sino el de equilibrio institucional. Se trata éste de un equilibrio complejo, en el que debe ser tomada en cuenta no solo la dialéctica horizontal entre las instituciones que

forman parte del ordenamiento, sino también la relación vertical con los organismos inmediatamente sometidos, como en el caso de la Unión y los Estados miembros.

De las experiencias constitucionales analizadas, se desprende que la categoría de la ley, antiguamente unitaria, se ha fragmentado y especializado en una pluralidad de tipos: este fenómeno está indudablemente conectado con el cambio en los contenidos y funciones de las fuentes primarias, que han adquirido tal connotación que alteran la forma tradicional de concebir el poder delegante o autorizador de los actos legislativos del Parlamento. La idea de ley como fuente de reglas abstractas y generales estaba ligada a un concepto – ya definitivamente desaparecido – que asignaba al poder legislativo una función externa con respecto a la sociedad y sus problemas. En este horizonte, en el que las Constituciones contenían esencialmente normas destinadas a determinar la relación entre los poderes públicos, la función legislativa era únicamente expresión de la necesidad negativa de respeto y garantía de la igualdad formal. Con el paso del Estado de derecho decimonónico al Estado constitucional, a esta mencionada necesidad negativa se sumó también aquella orientada a perseguir acciones positivas, como la igualdad sustancial, en un contexto social plural: este fenómeno se debe, precisamente, a la expansión de la noción de Constitución, observada en la doctrina de Carl Schmitt, y a la unidad entre Estado y sociedad, contenida y expresada en el concepto de Estado de bienestar.

La multiplicación de las tareas del Estado ha puesto de manifiesto la imposibilidad de implementar la tarea de producción legislativa en un solo organismo institucional: esta perspectiva se vuelve aún más importante cuando se considera a la luz del desarrollo que ha experimentado la delegación legislativa. Se llega entonces a la conclusión de que la evolución del Estado contemporáneo ha influido en dos sentidos sobre este poder: en primer lugar, mediante la unificación, en una fuente común de legitimación, de todo el poder activo del Estado, de manera que sus dos articulaciones – legislativa y ejecutiva – ya no han podido sacar de su propia base social un apoyo eficaz para la reivindicación de esferas autónomas de competencia; en segundo lugar, a través de la atribución de nuevas tareas al Estado, que se ha pasado de ser un mero guardián de la libertad formal a convertirse en un promotor

de la justicia en sentido sustantivo. Como se ha observado, estas tareas han requerido, además de una multiplicación cuantitativa de sus intervenciones en las relaciones sociales, su diversificación cualitativa, cuya derivación es la incertidumbre en cuanto a las actividades reservadas a cada uno de los dos grupos de órganos, que ahora han sido privados de toda calificación subjetiva u objetiva que les permita configurarse como poderes distintos en el sentido que les confiere la tradición.

Con el fin de analizar esta evolución del Estado contemporáneo, se han observado las experiencias constitucionales de Italia y España, de las que se ha podido desprender que la común transformación jurídico-social que ha afectado al sistema normativo también ha incidido sobre el instrumento de delegación legislativa en ambos ordenamientos jurídicos. Estos dos Países mediterráneos, miembros de la UE, tienen sin duda muchos rasgos en común, tanto desde el punto de vista del tejido social como de la tradición jurídica: esto ha llevado a una evolución (casi) simétrica de la delegación legislativa, inicialmente diseñada para jugar un papel y que se ha convertido, sucesivamente, en una "nueva herramienta".

De la comparación, han surgido numerosas similitudes y discrepancias entre los dos ordenamientos y esto se debe sobre todo al hecho de que la solución italiana presenta una indudable originalidad de la que solo España, entre los sistemas jurídicos occidentales, quiso tomar inspiración – cuya más clara analogía es la estructura formal tripartida en objeto, principios y criterios – con algunos ajustes, consistentes principalmente en la introducción de límites más estrictos para su uso, pero también de tutelas a la acción normativa del Gobierno, con el fin de proteger su acción de injerencias externas y evitar una especie de revocación implícita de la delegación: se ha alcanzado la conclusión de que las mayores restricciones a la delegación del poder legislativo al Gobierno en España podrían deberse a la tardía transición al ordenamiento político-jurídico actual tras la dictadura franquista, que dejó cicatrices de miedo frente a un Ejecutivo con poderes legislativos; por otro lado, para contrarrestar, el Gobierno español dispone de poderes bastante incisivos y penetrantes, que incluso le permiten – a diferencia del italiano – oponerse a cualquier proyecto de ley que tenga el mismo objeto. Como ya se ha afirmado, en el juego de

poderes y de roles, el equilibrio vuelve a convertirse en la clave de la mutua confianza interinstitucional.

Si por un lado es la propia Constitución española la que, aunque la configure como unitaria, marca una diferencia importante con la italiana, estableciendo la existencia de dos tipos distintos de (finalidad de uso de la) delegación legislativa, por otro lado, sin embargo, cabe destacar una analogía con el sistema italiano, que no se puede extraer del texto constitucional, sino de la práctica ahora consolidada, de utilizar la delegación legislativa como instrumento de codificación. Aunque en la Carta constitucional italiana no está expresamente previsto que deba utilizarse el instrumento del decreto legislativo, el ordenamiento jurídico español, tomando esta inspiración, quiso dar un paso más y constitucionalizar la praxis italiana.

El último aspecto relevante de la comparación son las innovaciones de la jurisprudencia constitucional española de los últimos años, que parecen incluso menores que las ocurridas en el contexto italiano, en el que el planteamiento de la Corte es aún muy tímido: dato que, por lo menos en España, puede justificarse con el escaso uso que se ha hecho de la fuente "decreto legislativo". El análisis comparado de la jurisprudencia constitucional italiana y española en materia de delegación legislativa resalta cómo, si bien el control de los tribunales constitucionales se ha vuelto progresivamente más penetrante con el tiempo, gracias a la afirmación de la centralidad y "ordinariedad" del procedimiento legislativo, que sigue el órgano cuyo poder deriva directamente del pueblo, así como el carácter despectivo de la producción legislativa del Ejecutivo, sigue siendo todavía muy poco eficaz. En cambio, tanto la jurisprudencia constitucional italiana, como la española, han mantenido constantemente una actitud más laxa hacia la delegación legislativa, considerada menos invasiva y disruptiva, que los equilibrios inducidos por la forma común de gobierno parlamentario.

En conclusión, en Italia y en España el sistema de delegaciones ha asumido un papel crucial en los procesos de reforma del Estado, situándose en el centro de una encrucijada bastante delicada entre los procesos de innovación político-económica, la perspectiva europea y las demandas de descentralización territorial: todos

contextos marcados por el papel normativo hegemónico del Gobierno, sobre cuya acción se han regido las políticas de integración comunitaria y el proceso de innovación normativa en los últimos años. Por ello, las decisiones legislativas con mayor grado de vinculación con la dirección política del Estado pasan por decretos legislativos. Esto parece la confirmación de lo recordado al inicio de este trabajo a través de las palabras de Carl Schmitt: ante la necesidad de adoptar disciplinas importantes en el ámbito económico y social, el circuito Parlamento-Gobierno decide elegir el camino que garantice una vía más rápida, más técnica y con ventaja política inmediata para el electorado. En estos dos Países, con una historia similar, ambos supervivientes de una larga y dura dictadura que ha marcado irremdiablemente su tejido social, el instrumento de la delegación ha evolucionado para convertirse, más allá de sus ámbitos de aplicación prácticos, en un arma de doble filo: por un lado, un control constante del Gobierno por parte del Parlamento y, por otro, la solicitud de apoyo continuo del Parlamento por parte del Gobierno.

El estudio ha demostrado también la capacidad de la legislación europea para establecerse como la única correa de transmisión entre la tramitación legislativa realizada a nivel europeo y la correspondiente actividad estatal de transposición e implementación. Se confirma la hipótesis que identifica la ley "madre" como más débil que las leyes "hijas" en base a la instrumentalidad de estas últimas con respecto al objetivo de implementación del derecho europeo, y por tanto de cobertura constitucional. De hecho, reflejando los ordenamientos jurídicos nacionales italiano y español, se ha concluido que, si bien los comités se establecieron *praeter legem*, los procedimientos de comitología pronto recibieron la aprobación condicional de la Corte, que estableció condiciones generales para el contenido y alcance de la delegación, para asegurar que se garantizase el equilibrio entre las instituciones y se respetasen los procedimientos acordados.

Por esta razón, se ha considerado finalmente apropiado analizar las conexiones entre los citados ordenamientos jurídicos nacionales y el supranacional de la UE, en términos de delegación legislativa europea. Observando las vicisitudes normativas europeas y comparándolas con las distinciones hechas por Schmitt, se ha llegado a la

conclusión de que la estructura del poder ejecutivo de la Unión es más compleja y articulada que la que surge de la fórmula del federalismo ejecutivo.

El análisis *de quo* se ha desarrollado bajo un perfil doctrinal y jurisprudencial. En el análisis doctrinal, se ha observado cómo los fracasos del proyecto de la Constitución para Europa y los éxitos del Tratado de Lisboa de 2007, más que integrar, revolucionaron completamente el sistema del derecho primario europeo: en el caso específico de la delegación legislativa, se ha analizado cómo – todavía en 2012 – incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo dificultades de interpretación ante estos nuevos instrumentos introducidos por los artículos 290 y 291 del TFUE. Tal y como se ha detallado en el cuerpo del trabajo, si bien, por un lado, permanece la supremacía del derecho primario sobre el derecho secundario, por el otro, la mayor importancia otorgada a este último casi ha llevado a una situación de equilibrio entre los dos, como se ha analizado con respecto al tema de la *deslegalización* y de la *quasilegislación*.

Se ha consolidado la tesis expuesta en la introducción del trabajo por la que la delegación de la Comisión gobierna la Unión Europea post-Lisboa, pero, paradójicamente, con resultados decepcionantes: los procedimientos han devenido demasiado burocráticos y técnicos y a las instituciones se las percibe como demasiado arrogantes. Y esto porque se adoptan regulaciones cada vez más técnicas, que no consiguen, en contra de lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos nacionales, un resultado político.

En el análisis jurisprudencial, se ha podido observar cómo a la hora de definir las respectivas áreas de aplicación de la delegación de conformidad con el art. 290 TFUE y los poderes de ejecución de alcance general de conformidad con el art. 291 TFUE, se confirma la dificultad de distinguir, sobre la base de criterios objetivos, entre un acto que completa el marco reglamentario definido por un acto legislativo y un acto que se implementa mediante disposiciones de alcance general a este marco. Las dos instituciones colegisladoras parecen orientar sus posiciones sobre la base de consideraciones de oportunidad más que sustanciales. El Parlamento Europeo muestra una clara tendencia a ampliar el alcance del artículo 290 TFUE, donde tiene

poderes incisivos de control del ejercicio de la delegación, mientras que el Consejo prefiere una interpretación que privilegie el uso del art. 291 TFUE, que otorga un papel central a los Estados miembros: es razonable esperar que una vez que finalice la fase de ejecución, surjan parámetros más objetivos y transparentes para lograr una delimitación innegable de estas dos categorías. Se ha llegado a la conclusión de que el único criterio decisivo que permite distinguir entre un acto delegado y un acto de ejecución se refiere a la naturaleza y al objeto de las facultades conferidas a la Comisión, señalando también que a tal propósito el control jurisdiccional solo debe de tener en cuenta los errores manifiestos de apreciación.

Se ha alcanzado también la conclusión de que, con respecto a la actividad jurisdiccional nacional, aunque a lo largo de los años la labor del TJUE ha ido creciendo a este respecto, el interés hacia esta sigue siendo insuficiente; no obstante, los resultados obtenidos hasta la fecha son positivos, con la parametrización inicial de la delegación, circunscribiéndola, descubriendo sus garantías constitucionales, estudiando y estableciendo la semántica de los diversos términos que componen los artículos. Es interesante resaltar cómo, en el último caso analizado, ni el Abogado General, ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se interesan en delimitar las áreas de aplicación del instrumento regulatorio para resolver la cuestión. Antes al contrario, ambos intentan delinear la *ratio* con la que el legislador elige cuál usar, dejándole un amplio margen de libertad y limitando su campo de actuación a los errores manifiestos.

Tratando de resumir este camino de investigación y de proporcionar una visión sobre él, las innovaciones institucionales contenidas en el Tratado de Lisboa han creado las condiciones para un equilibrio institucional renovado dentro de la Unión Europea, permitiendo a sus instituciones desarrollar los poderes conferidos por los tratados, al fortalecer el núcleo esencial de sus respectivas funciones. Sin embargo, el nuevo marco institucional requiere que, para alcanzar los objetivos de la UE, cada institución desempeñe su papel en cooperación permanente con las demás instituciones. Se ha alcanzado la conclusión de que la adquisición paulatina y progresiva de la función legislativa del Parlamento no correspondió a una evolución de sus prerrogativas en

el marco de la delegación de poderes a la Comisión, provocando una asimetría, origen de numerosos conflictos interinstitucionales. Al final de este estudio, queda entonces claro que la separación entre delegación ejecutiva y delegación legislativa – que tuvo lugar con Lisboa – contribuyó al desarrollo del equilibrio interinstitucional, afirmando una posición de igualdad entre el Consejo y el Parlamento en ambos casos.

A la luz de todo lo expuesto, si la naturaleza democrática del contenido no puede separarse de una forma satisfactoriamente clara, como para permitir un diálogo abierto, transparente y regular, la esperanza del autor de este trabajo es que se pueda fortalecer la cooperación entre instituciones, tanto nacionales como supranacionales: un interesante punto de reflexión podría ser, por ejemplo, una regulación más detallada de sus respectivos roles y tareas, que pueda llevar a reformas e innovaciones, que no solo sean adecuadas para sustentar y regir los procesos de transformación analizados, sino que también sepan conciliar tradición y herramientas constitucionales con los cambios necesarios para asegurar una mayor eficiencia y rapidez de los mecanismos de producción del derecho. Otro punto de reflexión para el futuro y desarrollo de la legislación delegada podría ser un mayor interés por parte de la jurisprudencia constitucional, a menudo demasiado perezosa en este sentido, llamada a subsanar las fallas que deja una legislación muchas veces deficiente o demasiado interpretable, así como a la hora de desentrañar los procedimientos.

En conclusión, la legislación actual debe regir las necesidades de una sociedad plural, fragmentada y multicultural y debe permitir que se tomen decisiones rápidas. La necesidad de asumir una nueva forma de complejidad social y técnica pesa mucho sobre la función legislativa, y se traduce en la exigencia de normas lo más completas y autosuficientes posible: la legislación se ha convertido en una forma entre muchas de integración de los numerosos conflictos sociales, por lo tanto, un medio para garantizar la equidad social, no una armonía de intereses. Se pide al Estado y a las instituciones públicas no brindar un instrumento de justicia distributiva estática, sino regular – mediante intervenciones legales inmediatas – una nueva sociedad multicultural, fragmentada y sujeta a riesgos continuos, y garantizar el respeto a la

soberanía estatal dentro del gran cambio generado por la pertenencia a la Unión Europea y por la globalización económico-financiera. En esta situación, todo cambio legislativo requiere una intervención que debe llegar a regular los aspectos más minuciosos y detallados.

Para estos fines, se necesita una legislación que sea capaz de seguir las innovaciones, de regir lo excepcional y de intervenir rápidamente en función de la evolución de la realidad social, económica y tecnológica: ya no es concebible, por tanto, identificar la función normativa con la actividad legislativa, ya que la primera puede tener lugar no sólo con leyes, sino también con actos con fuerza de ley, en relación con las modalidades de existencia y desarrollo de un Estado orientadas al logro de la igualdad sustancial.

Se puede concluir afirmando que el surgimiento de nuevas funciones para la legislación delegada – que se ha transformado no tanto por la necesidad de intervenir en sectores específicos, por razones esencialmente técnicas, sino por el deseo de implementar reformas estructurales con rapidez y con una amplia cobertura mediática, o por asegurar el cumplimiento de las obligaciones supranacionales, permitiendo a los Ejecutivos tener un mayor control sobre la fase de implementación de las disposiciones delegadas y poniendo a prueba su funcionamiento concreto – es entonces determinante para la evolución y supervivencia de los sistemas constitucionales objeto de esta tesis de doctorado.

EXTENDED ABSTRACT (ITA)

DISCLAIMER – L'extended abstract che segue è stato redatto in calce alla presente tesi di dottorato dallo stesso autore, in virtù di quanto disposto dall'accordo di co-tutela tra l'Universidad de Sevilla e l'Università degli Studi di Macerata, che disciplina il dottorato di ricerca. Quanto segue riassume ciò che è stato esposto e dedotto lungo il percorso sviluppato durante il lavoro di ricerca, senza tuttavia pretese di esaustività, per evidenti ragioni quantitative. Citazioni, note e richiami non vengono in questa sede riportati, giacché segnalati in precedenza.

La delega legislativa forma parte delle fondamenta dello Stato di diritto, nonché dei processi e degli schemi che ne derivano. Difatti, risiedono nella sua stessa natura ontologica l'indagine e la contestazione dell'autorità in virtù della quale un certo potere è delegato, se il titolo è valido, per quale scopo viene trasmesso e fino a che punto è esteso. Questo presidio concettuale si rivela ancor più rilevante per il costituzionalismo moderno, le cui argomentazioni teoriche presumono che il Governo sia una catena limitata di linee di attribuzione, le cui pratiche risiedono in una sistematica ricerca di titolo, scopo, ambito e limiti interni ed esterni a qualsiasi esercizio di potere. Questi interessi ed intenzioni si accendono ulteriormente quando si manifesta l'apparenza di limitazioni costituzionali alla legislazione: con poche eccezioni, i moderni sistemi costituzionali hanno sempre cercato di affrontare esplicitamente la questione.

La delega legislativa ha una struttura concettuale inevitabilmente irriducibile, in quanto il termine può essere spiegato solo attraverso presupposti e nozioni costituzionali legate alla legislazione e all'attività legislativa, i cui significati sono assunti e anticipati dalla parola "delega". A questo proposito, le connotazioni metaforiche sono innegabili ed inestricabili: il termine cioè trasporta o trasferisce le intese di concetti giuridici pertinenti, che, di conseguenza, devono essere chiariti e le cui premesse devono a loro volta essere stabilite.

La tensione democratica nei dibattiti riguardanti il tema della delega legislativa parte dalla premessa che eleggiamo rappresentanti – come affermato da Locke – solo per fare leggi e non per fare legislatori; questi sono dunque eletti per prendere le decisioni reali che governano la nostra vita. Il legislatore si divincola dai suoi oneri rappresentativi, evitando o deviando la responsabilità e, quindi, la responsabilità elettorale. In questo senso, la decisione in quanto tale è definita delegata, giacché, in virtù del suo mandato democratico costituzionalmente convalidato, il parlamento dovrebbe esser in grado di prenderla da solo. Tutti i presupposti relativi alla nozione di delega convergono, in generale, in un presupposto di ideale costituzionale della legislazione: una coerente e consistente teoria costituzionale della legislazione si traduce quindi in una teoria intelligibile della delega.

Questa tesi, quindi, partendo dall'originaria ragion d'essere della delega legislativa, mira ad analizzare, sviluppare e commentare il punto d'arrivo della teoria della delega e della legislazione delegata, nonché ciò in cui si è trasformata, lungo un percorso teorico che permetta di rileggere la realtà dei fatti. Affinché questo percorso possa essere affrontato in maniera coerente, al fine di poter raggiungere una comprensione completa ed universale dell'attuale sistema di legislazione delegata a livello sovranazionale, sarà necessario intraprendere lo stesso percorso a livello nazionale, volgendo l'attenzione agli ordinamenti giuridici di due Stati membri: Italia e Spagna. I meccanismi europei di delega legislativa presentano evidenti somiglianze – quantunque anche differenze – con il sistema italiano e con quello spagnolo: ciò è senza dubbio dovuto, tra gli altri fattori, ai soggetti che hanno collaborato alla loro proposta ed attuazione. Tuttavia, ad esempio, in Italia, il corrispondente procedimento legislativo è nato con una funzione, per poi giungere – legislatura dopo legislatura – ad assumerne un'altra, mentre a livello europeo ha avuto un percorso diverso. Prima ancora, sarà necessario analizzare il momento genetico della delega legislativa, la sua legittimità ontologica, passando così per le sue radici teoriche e pratiche nel tempo.

Il *fil rouge* del presente lavoro è dunque l'analisi dei punti di convergenza e degli ambiti di discrepanza istituzionale tra le delegazioni negli ordinamenti italiano,

spagnolo ed europeo, per rileggere, in questo percorso teorico – dati alla mano – la realtà dei fatti.

Per poter affrontare con la dovuta cognizione di causa l'analisi dello strumento della delega legislativa, non si può prescindere da una previa approssimazione ai concetti di Stato di diritto e separazione dei poteri. Il primo, infatti, è una pietra angolare della democrazia costituzionale contemporanea, come dimostra il suo ruolo nel consolidare le recenti transizioni dai regimi autoritari o totalitari alle democrazie costituzionali, sia in Europa orientale, che altrove. In termini più ampi, lo Stato di diritto richiede che lo Stato assoggetti i cittadini solo a leggi promulgate pubblicamente, che la funzione legislativa dello Stato sia separata dalla funzione esecutiva e giudiziaria e che nessuno all'interno della politica sia al di sopra della legge. Le tre caratteristiche essenziali del costituzionalismo moderno sono infatti la limitazione dei poteri di Governo, l'adesione allo Stato di diritto e la protezione dei diritti fondamentali: in assenza dello Stato di diritto, la democrazia costituzionale contemporanea risulterebbe impossibile. Oltre a ciò, tuttavia, non è chiaro quali caratteristiche precise lo Stato di diritto debba possedere per aiutare a sostenere la democrazia costituzionale, quale ruolo specifico debba assumere per garantire una democrazia costituzionale funzionante o come potrebbe, infine, contribuire alla legittimità della stessa. Sebbene sia opinione diffusa che lo Stato di diritto e la democrazia costituzionale vadano di pari passo, un esame più attento rivela invece che potrebbero non essere sempre in armonia, fino ad arrivare addirittura ad uno scontro. Inoltre, il proprio ruolo e la propria portata dello Stato di diritto all'interno del costituzionalismo sono di per sé ambigui nella misura in cui lo Stato di diritto può essere esteso alle altre due caratteristiche essenziali del costituzionalismo, piuttosto che figurare esclusivamente come una delle tre.

Di conseguenza, lo Stato di diritto ha assunto significati diversi a seconda della tradizione giuridica nell'ambito della quale si sviluppava, come evidenziato dai contrasti tra il *Rule of law* anglo-americano, il *Rechtsstaat* tedesco e l'*État de droit* francese. Anche all'interno di una singola tradizione, non è chiaro se lo Stato di diritto debba essere in gran parte – se non esclusivamente – procedurale o sostanziale, o se

debba riguardare principalmente la prevedibilità o l'equità. Infine, almeno nel contesto della democrazia costituzionale, lo Stato di diritto sembra basarsi su un paradosso: infatti, per quanto riguarda il quadro istituzionale necessario per la democrazia costituzionale e l'attuazione della volontà della maggioranza attraverso la legge, lo Stato di diritto sembra essere decisamente dalla parte dello Stato e, spesso, contro il cittadino; al contrario, in relazione alla tutela dei diritti costituzionali fondamentali, lo Stato di diritto sembra essere dalla parte del cittadino, almeno nella misura in cui i cittadini possono invocare il diritto costituzionale contro le leggi e le politiche dello Stato.

Per determinare se e come lo Stato di diritto possa contribuire a stabilire la legittimità della democrazia costituzionale nella società pluralista contemporanea, rispetto all'oggetto di questa ricerca – vale a dire, rispetto alla legislazione delegata – è necessario distinguere ed analizzare separatamente Stato di diritto in senso materiale ed in senso formale: da un lato, per quanto riguarda lo Stato di diritto in senso materiale, una restrizione al rispetto delle leggi sarebbe inutile ed inefficace, se non fosse possibile garantire che le leggi stesse salvaguardino i diritti fondamentali. Pertanto, gli elementi formali dello Stato di diritto vengono sviluppati ed ampliati sulla base dei suoi elementi materiali, in particolare attraverso l'adozione di norme che tutelano i diritti fondamentali; dall'altro, invece, lo Stato di diritto in senso formale implica il principio di legalità, giurisdizione ordinaria ed amministrativa e separazione dei poteri. Per lo sviluppo di questo percorso teorico, sarà necessario concentrarsi sull'ultimo dei tre elementi menzionati, la separazione dei poteri.

La separazione (o divisione) dei poteri, oltre ad essere, come già accennato, uno dei principi giuridici fondamentali dello Stato di diritto e della democrazia liberale, è essa stessa una metafora, che rimanda ad idee tremendamente diverse e a contingenze storiche. Si distinguono due linee concettuali, una interessata alle distinzioni analitiche tra funzioni e l'altra all'equilibrio e contrappeso di poteri od istituzioni. Ai fini della presente analisi, è opportuno considerare due punti di vista: da una parte, l'introduzione di una separazione delle autorità superiori dello Stato e delle loro competenze; dall'altra, la creazione di un legame di influenza reciproca e di

contrappeso delle facoltà di questi poteri separati. Tra i principi soggetti ad incessante critica, fondamentale per quella forma di Stato chiamato costituzionale, vi è la separazione dei poteri: un principio assolutamente negato nella Costituzione sovietica e dall'attuale dottrina giuridica comunista, combattuto da Kelsen come un dogma, la cui origine poteva essere giustificata, ma che non può più essere riconosciuta come valida, giacché etichettato come un principio obsoleto dalle recenti esperienze politiche o, addirittura, considerato un'affermazione astratta, che non potrebbe mai essere riscontrata nella realtà di alcun sistema istituzionale od ordinamento giuridico positivo. Il fulcro su cui fa leva il presente lavoro è il concetto secondo cui la distinzione tra poteri non è sconosciuta, ma i rapporti tra di essi sono ormai generalmente situati su basi diverse, sia dal punto di vista politico che giuridico, poiché il primato, che era legislativo, è passato a quello amministrativo od esecutivo e, di conseguenza, il potere regolamentare dell'amministrazione si è visto ampliato, soprattutto dall'esplicito riconoscimento che l'amministrazione può dettare norme, con forza di legge, quando sussistono motivi di necessità e urgenza; altresì, il principio viene negato come principio assoluto ed obbligatorio e se, da un lato, è ammesso come fondamentale nell'ordine dello Stato costituzionale, dall'altro, si aggiunge che non deve distruggere o indebolire l'unità organica dello Stato e la sua sovranità; ancora, il principio è considerato come una pura asserzione teorica, mai corroborata dall'attuazione pratica, poiché era necessario riconoscere nei casi di necessità e conflitto l'opportunità di consentire all'Esecutivo di sostituire il Legislativo; infine, il principio è considerato, se applicato in modo completo e rigoroso, pericoloso e dannoso e perfino inconciliabile con la sovranità dello Stato, poiché smembrerebbe la sovranità stessa.

Orbene, da queste osservazioni risulta che le principali critiche – se non tutte – rivolte al principio di separazione dei poteri derivano dal fatto che tale principio era considerato essenzialmente in ambito politico e più come una forma di organizzazione istituzionale dello Stato, che non un criterio per la normale divisione delle competenze tra gli organi dello Stato.

Riducendo il concetto di Stato nello spirito della recente storia moderna a un'istituzione che esercita la sovranità su un territorio e limitando così la genealogia dello Stato moderno a questo problema, possiamo sostenere che sia stato Hobbes il primo a tentare di fornire una teoria politica, anticipando la personalità astratta dello Stato. Ma lo Stato moderno non è solo una persona astratta che esercita la sovranità, che è principalmente sempre diretta contro gli agenti esterni: è anche un'entità che esercita l'autorità contro i suoi elettori, i cittadini. Mentre una delle questioni costitutive della moderna teoria politica è, quindi, come l'agenzia che esercita l'autorità possa diventare un'istituzione pubblica astratta che esercita la sovranità, una seconda questione – non meno determinante – è come questo corpo politico astratto possa esercitare l'autorità senza diventare un istituto autoritario e arbitrario, che serve solo i potenti. Hobbes può essere il pensatore più sistematico riguardo alla prima domanda; tuttavia, Montesquieu è il primo e più coerente pensatore rispetto alla seconda. Accetta il *dictum* di Hobbes sulla persona astratta dello Stato, ma pensa ai mezzi per rendere tale istituzione giusta e legittima nell'esercizio della sua autorità: una ricerca di legittimità che lo porterà a teorizzare la separazione dei poteri come fondamento logico-ontologico della legittimità stessa. Anche per tal ragione, il concetto di "separazione equilibrata" dei poteri fondamentali dello Stato e l'idea di rappresentanza politica hanno avuto grande fortuna nella filosofia politica moderna e contemporanea; *a latere*, anche la teoria dei tre poteri è stata oggetto di revisioni. Da un lato, Kelsen considerava superflua la distinzione tra potere esecutivo e giudiziario, considerando più importante quella tra creazione ed applicazione delle leggi: è unicamente possibile applicare una regola esistente, ragion per cui prima viene il momento della creazione della norma e, solo a quel punto, sorge la possibilità di applicarla; dall'altro, Sun Yat-sen, rivoluzionario e politico cinese, ha invece aggiunto ai tre poteri di Montesquieu altri due poteri, attinti dalla millenaria tradizione politica del suo Paese: il potere di controllo, cioè la capacità di monitorare l'adesione da parte del Governo alle leggi fondamentali dello Stato e il potere d'esame, che è la selezione, tramite appositi concorsi, dei migliori cittadini per il loro impiego nella pubblica amministrazione. Nonostante le critiche ricevute a posteriori,

l'origine della dottrina della separazione dei poteri, nei termini in cui sono state formulate le Costituzioni degli ultimi due secoli, è la "grande ed ambigua opera" di Montesquieu: una grande ed ambigua opera, soprattutto in questo senso.

Operando una connessione funzionale tra teoria schmittiana e teoria montesquiviana, è evidente che ogni distinzione di poteri si limita solo a stabilire quali e quante funzioni esistano e non a chi queste vadano attribuite: tale attribuzione dipenderà, quindi, non dalla teoria cognitiva stessa, ma da dottrine normative differenti, ispirate da differenti fini politici ed anche da differenti criteri tecnici, per il raggiungimento di questi fini. In questo senso, i diversi fini politici tornano dunque ad allacciarsi con la volontà politica che Schmitt aveva posto a fondamento del concetto di Costituzione.

Le diverse dottrine normative di cui trattasi, ispirate da differenti finalità politiche e criteri tecnici, si sono modificate, come è normale e (sociologicamente) naturale, nel corso degli anni e dei periodi storici: infatti, se da un lato i propositi politici – *rectius*, gli orientamenti politici – sono dettati dai popoli e quindi dai gruppi politici che governano un Paese in un dato periodo, d'altra parte, i criteri tecnici sono solitamente dettati e determinati sia dalla forma di Stato in cui dovrebbero essere applicati, che dai sistemi politico-economici all'interno dei quali i Paesi in questione si sono sviluppati. Un esempio solare – oggetto anche di questa analisi – è il trasferimento del potere legislativo all'Esecutivo, a fronte di incipienti esigenze politico-normative, che possono essere situazioni di crisi o di emergenza, nonché difficoltà particolari o tecnicismi normativi. In questo senso, per ricollegarsi al principale tema di ricerca di questo lavoro, si ritiene perfettamente normale che le diverse dottrine normative siano cambiate negli anni a causa del susseguirsi di diversi fenomeni socioculturali ed economico-giuridici, oltre che puramente temporali. Pertanto, la conseguenza naturale di ciò è che anche lo stesso strumento della delega legislativa abbia subito negli anni evoluzioni e trasformazioni, che è opportuno osservare.

Le ragioni che rendono rilevante l'indagine in sé sono molteplici: in primo luogo, in relazione all'attuazione delle disposizioni costituzionali ed all'interpretazione che ne

è stata data. Si potrà, infatti, valutare se e come la legge che delega al parlamento operi un'adeguata identificazione dell'oggetto o se, al contrario, sia formulata per lo più in termini generici e pressoché indeterminati; se, contestualmente, i principî ed i criteri guida sono correttamente individuati o se, al contrario, ad essi valgono anche i rilievi generali sopra indicati, essendovi ancor più sovrapposizione tra l'identificazione dell'oggetto e l'enumerazione dei principî e criteri. Sotto un altro punto di vista, la questione in esame ci porta a mettere in discussione sia la struttura generale delle fonti del diritto nei diversi sistemi analizzati, sia, più in generale, il sistema dei rapporti parlamento-Governo nelle conformazioni attuali. Tale rilevanza assume speciale trascendenza se si osserva il non raro caso di Governi di un colore politico che hanno dovuto attuare i poteri contenuti in leggi approvate da maggioranze precedenti e di diverso colore. E, infatti, la ricerca mostra come questi motivi di interesse siano rafforzati dalla valutazione della produzione legislativa in analisi, a partire dall'esame dei dati quantitativi relativi alla delega legislativa, che vede un sostanziale aumento complessivo, sia per quanto concerne il numero di leggi approvate che contengono almeno una delega, che gli atti delegati in quanto tali.

A questo punto, è essenziale una considerazione generale circa l'importanza di questo fenomeno e le conseguenze in relazione allo stato della legislazione nel suo complesso. La trasformazione dello strumento in esame è stata possibile anche grazie ad una giurisprudenza negli anni molto generosa, sia nei confronti del legislatore delegante, che del delegato, con numerosi interventi "ortopedici" sulla legge delega. L'impressione generale che emerge dall'analisi dell'evoluzione e trasformazione della legislazione delegata è quella di uno strumento che, da un lato, ha avuto e continua ad avere un grande impiego nella pratica legislativa – rivestendo un'importanza tale da essere previsto nei testi costituzionali – e, dall'altro lato, segna una distanza crescente tra il modello costituzionale e la sua applicazione, senza che la giurisprudenza sia riuscita (o voluta riuscire) – almeno fino ad oggi – a riportare la pratica a schemi costituzionali strettamente intesi: i noti problemi legati non solo alla qualità ed alle procedure della produzione legislativa nel suo complesso, ma anche ai rapporti tra i diversi organi costituzionali che determinano la forma di Governo, non

sono estranei a questa valutazione: e se quest'ultimo è cambiato nel corso degli anni, era inevitabile che una simile trasformazione coinvolgesse anche lo strumento della delega legislativa.

Prima di iniziare un esame più approfondito dei principi che regolano l'attribuzione del potere legislativo al Governo, negli ordinamenti giuridici oggetto specifico di questo lavoro, risulta utile operare alcune considerazioni sulla funzione legislativa e sul suo modo di essere in generale al giorno d'oggi. Si tratta di considerazioni storico-sociologiche utili per l'esatta comprensione del contesto storico e sociale in cui si determina la necessità di un sempre più ampio ricorso alle forme giuridiche di delega legislativa, nonché per specificare fenomeni o aspetti che altrimenti resterebbero in secondo piano.

Nell'esperienza della funzione legislativa che si è evoluta dopo la Seconda guerra mondiale, due fenomeni sembrano emergere nettamente: quello della trasformazione che subisce il concetto stesso di diritto e quello dell'aumento dell'intervento statale nell'economia e nella vita sociale. Quasi come conseguenza, ne emerge un terzo, legato ai due appena menzionati: quello della natura sempre più tecnica della legislazione. La prima considerazione che si può fare è che il concetto di diritto caratterizzato dalla solennità e dalla dignità del contenuto delle formulazioni – che, nella mente di chi le ha elaborate, erano destinate a durare per un futuro indefinito – è stato, per tutto il XX secolo e con maggior vigore dopo la Seconda guerra mondiale, assorbito dall'immagine di una legge destinata a cambiare continuamente per stare al passo con un altrettanto continuo mutamento degli equilibri o, se vogliamo, del rapporto di forze esistenti in un dato momento tra gruppi sociali interessati a cambiare quelle leggi e gruppi interessati, invece, alla loro conservazione o al loro cambiamento in un senso completamente diverso. Non è un mistero che l'attuale compito del legislatore si sia ridotto più che mai a plasmare e sanzionare il risultato di impegni che, nella mente dei diversi *stakeholder*, vengono raggiunti con la convinzione che presto saranno superati e sostituiti da nuovi ulteriori accordi più vantaggiosi per una delle parti. In tutto questo, categorie e gruppi sociali hanno acquisito grande importanza, sia come componenti dell'opinione pubblica, sia nella

misura in cui, essendo più o meno organizzati, sono in grado di influenzare più da vicino il processo di produzione normativa, intervenendo direttamente nello svolgimento delle trattative che precedono le più importanti decisioni del legislatore. L'altro aspetto che i giuristi moderni tendono ad evidenziare con una certa sistematicità è, come anticipato, lo straordinario aumento della legislazione di natura tecnica. A ciò si aggiunge un altro fattore, cioè quello della molteplicità e della complessa frammentazione della normativa vigente, alcuni settori della non possono essere pienamente compresi, se non dagli stessi interessati e da persone specializzate. Pertanto, sono i funzionari che hanno il compito di redigere i testi legislativi; e, infatti, spesso, quando si tratta di leggi particolarmente complesse, nasce la necessità di coordinare l'operato di vari funzionari appartenenti a diverse amministrazioni o di creare apposite commissioni, composte per lo più da esperti esterni all'amministrazione e rappresentanti di categoria.

Queste considerazioni trascendono la questione della delega legislativa e sono legate ad un discorso di più ampio respiro, quello, cioè, della crisi del parlamento, che oggi ha di fatto perso la carica – trasformatasi nel corso del XX secolo – di legislatore per eccellenza, limitandosi invece ad assumere, più che in altri tempi, un ruolo minore: monitorare ed eventualmente modificare i progetti di legge. D'altra parte, si parla sempre di più di "preminenza esecutiva", sottolineando che il Governo non solo ha assunto la parte più importante dell'iniziativa legislativa, ma che in pratica è responsabile di decidere sull'esito dei progetti di legge non governativa. Inoltre, non è necessario essere un esperto di sociologia politica per essere consapevoli di tutto questo e vedere come, in questo contesto, l'uso della delega abbia perso ogni carattere eccezionale, diventando un ordinario strumento legislativo.

Dalla lettura delle disposizioni costituzionali che prevedono la possibilità per il parlamento di attribuire, in via temporanea e limitata, poteri legislativi al Governo, ne consegue, in primo luogo, che la Costituzione menziona espressamente la natura "delegata" dei poteri legislativi che il parlamento può conferire al Governo. Per qualificare tali poteri, si avvale infatti di un'espressione spesso reiterata nel diritto costituzionale dei Paesi governati da un sistema genericamente definibile

parlamentare e che viene utilizzata anche dalla più antica dottrina con apparente riferimento ad una figura comune a tutto il diritto pubblico. Partendo da questa premessa, potrebbe sembrare facile concludere che lo studio della delega legislativa può, in qualche modo, avvalersi dei risultati raggiunti dalla dottrina del diritto pubblico per determinare il concetto generale di "delega". Tuttavia, se è vero che l'uso di questa espressione è antico – perfino più antico dei sistemi parlamentari – è altrettanto vero che ha acquisito significati quasi univoci nel corso della storia. Inoltre, le definizioni più note elaborate dai giuristi moderni, con riferimento alla normativa vigente, sembrano, per la maggior parte, adeguate a cogliere aspetti dei singoli casi di delega, ma risultano inadeguate in quanto si cerca di generalizzarle, per ricostruire congiuntamente lo strumento giuridico della delega in diritto pubblico. In un primo senso, l'uso del termine "delega" si ritrova in tutti i sistemi governati, anche se idealmente, da un principio monocratico, sia che si tratti di un sovrano titolare *iure proprio* di tutti i poteri, sia che si tratti invece di sovranità popolare. In un senso che sembra legato a questo primo significato, sembra addirittura usato, da giuristi d'altri tempi, per spiegare il passaggio da ordinamenti giuridici in cui soggetti investiti di autorità agiscono come meri rappresentanti del sovrano o dell'imperatore, a sistemi in cui questi soggetti diventano possessori dei loro propri poteri che, solo idealmente, continuano ad essere riferiti al sovrano che li ha delegati. La caratteristica comune a tutti i vari fenomeni successivamente raccolti sotto il nome di delegazione è il fatto che quest'ultima si presentava, da un lato, come un vero e proprio atto di disposizione di propria competenza da parte del delegante e, dall'altro, come attribuzione di competenza al destinatario della stessa: in tal senso, la delega si è chiaramente opposta al mandato con rappresentanza, in cui si ritiene tradizionalmente che il rappresentante non agisca in virtù della propria potestà, ma eserciti una competenza che non gli appartiene, in nome e nell'interesse del preponente.

Successivamente, negli ordinamenti in cui inizia ad imporsi il principio di legalità dei pubblici poteri ed in tutti quelli che hanno adottato una Costituzione rigida, tende ad affermarsi un nuovo principio, quello dell'indisponibilità dei poteri. Pertanto, il

ricorso al regime della delega risponde principalmente alla necessità di trovare una norma di pari rango rispetto alla competenza che attribuisce, che legittimi l'abrogazione di quest'ultima ed il principio di separazione dei poteri, consentendo al soggetto investito di un certo potere di attribuire ad altri, mediante la propria, una competenza che la legge o la Costituzione gli avevano inizialmente attribuito. In quest'epoca, quindi, assume un significato più concreto l'affermazione del carattere di "deroga" del principio di separazione dei poteri – *rectius*, dell'ordine delle competenze – altrimenti vigente, che qualsiasi delega rappresenterebbe e, conseguentemente, si assiste alla concentrazione degli sforzi della dottrina nel tentativo di spiegare quale sarebbe la struttura di tutte queste modifiche di competenza, in deroga alle leggi od ai principi costituzionali relativi alla divisione tra gli organi della funzione legislativa.

Nonostante la semplicità del modello proposto e teorizzato, la procedura per l'esercizio delle deleghe legislative è generalmente molto impegnativa. Uno dei principali motivi è la complessità del sistema di ripartizione del potere legislativo tra Stato e regioni – all'interno di uno Stato – o tra istituzioni e Stati membri – a livello sovranazionale – che ha richiesto lo sviluppo di strumenti di coordinamento. Tra questi vi è il principio di leale collaborazione, che, pur nascendo per garantire flessibilità, rischia di diventare un fattore di rigidità. In generale, quando una persona od un ente conferiscono un potere ad un'altra persona o ente, sia laddove sia un potere appartenente al conferente, come nel caso della delega, sia per un potere differente, come nel caso dell'attribuzione di una delega amministrativa *ex lege*, nasce la necessità di limitare o regolare questo potere. Tale esigenza può essere soddisfatta con regole sostanziali, inerenti al contenuto della decisione da adottare, oppure con regole procedurali, inerenti alla formazione della decisione stessa. Le une e le altre non sono incompatibili.

Nel caso della delega legislativa, tuttavia, nella maggior parte dei casi si preferisce imporre solo regole sostanziali: devono esserci limiti di oggetto e di tempo (l'Esecutivo non può essere delegato a legiferare su ciò che vuole per un determinato periodo, né legiferare su qualcosa a tempo indeterminato) e la delega non può essere

"vuota" (sono necessari principi guida e criteri). Si tratta di disposizioni importanti, perché nella sfera pubblica la delega è, come previamente analizzato, un'eccezione alla normale divisione dei poteri, che deve essere limitata. La Costituzione italiana, ad esempio, non ha voluto imporre regole procedurali, evidentemente ritenendo adeguata anche per l'esercizio della funzione legislativa delegata la normale procedura di adozione degli atti del Consiglio dei ministri. Pertanto, non si intende escludere che il legislatore delegante possa legittimamente stabilire ulteriori restrizioni al legislatore delegato, comprese le norme procedurali (che potrebbero forse essere ricondotte a criteri direttivi), ma è significativo che la Costituzione non l'abbia fatto.

Difatti, nelle moderne esperienze costituzionali, caratterizzate da un accentuato pluralismo istituzionale ed in cui alla rigidità della Costituzione si accompagna una effettiva garanzia del suo rispetto, il sistema delle fonti tende a diventare complesso. Questi atti hanno la stessa forza delle leggi ordinarie: il potere primario del Governo, tuttavia, non è né autonomo né ordinario, poiché la Costituzione richiede sempre l'intervento del potere legislativo a garanzia del legittimo esercizio del potere esecutivo. Indubbiamente, la delegazione legislativa è diventata uno dei principali strumenti per attuare la direzione politica del Governo, fornendo così lo strumento da utilizzare non solo per regolamentare materie tecnicamente complesse, ma anche per affrontare questioni politiche altrimenti molto difficili da districare ed attuare ampi processi di riforma. Se lo strumento della delega legislativa è oggi davvero un canale privilegiato per le riforme, la conseguenza naturale ed immediata sembra essere lo spostamento del fulcro legislativo dal parlamento al Governo.

La ricerca svolta ha prodotto un'analisi approfondita delle citate esperienze costituzionali, oggetto di questo lavoro – quella italiana e spagnola, finanche quella europea – tanto da un punto di vista teorico e dottrinale, quanto casistico e giurisprudenziale.

Lo studio ha consentito di rileggere lo strumento della delega legislativa – salpando dalla sua originaria ragion d'essere – in un percorso teorico che lo ha visto maturare, affondando le sue radici nei più antichi sistemi filosofici, con gli autori impegnati nella

ricerca della sua ancestrale legittimità, che si scontrava con il tanto discusso principio di separazione dei poteri. Da questo punto di vista, in base a quanto è stato analizzato nel corso del lavoro – sussumendo i dati empirici e concreti dei singoli ordinamenti agli schemi teorici descritti nella prima parte dello studio – si è giunti alla conclusione che il principio fondamentale alla base della delega legislativa non è la separazione dei poteri, ma l'equilibrio istituzionale: un equilibrio complesso, che deve tener conto non solo della dialettica orizzontale tra le istituzioni che fanno parte dell'ordinamento giuridico, ma anche del rapporto verticale con gli organi immediatamente sottoposti, come nel caso dell'Unione e degli Stati membri.

Dalle esperienze costituzionali analizzate si deduce che la categoria della legge – un tempo unitaria – è stata frammentata e specializzata in una pluralità di tipologie: questo fenomeno è indubbiamente connesso al mutamento dei contenuti e delle funzioni delle fonti primarie, che hanno acquisito tale connotazione da alterare il modo tradizionale di concepire il potere autorizzativo degli atti legislativi del parlamento. L'idea della legge come fonte di regole astratte e generali era legata a un concetto – ormai definitivamente superato – che assegnava al potere legislativo una funzione esterna rispetto alla società ed ai suoi problemi. Con il passaggio dallo Stato di diritto ottocentesco allo Stato costituzionale, all'esigenza negativa di rispettare e garantire l'uguaglianza formale, si è aggiunta anche quella volta a perseguire azioni positive, come l'uguaglianza sostanziale, in un contesto sociale plurale: questo fenomeno è dovuto proprio all'espansione della nozione di Costituzione, osservata nella dottrina di Carl Schmitt, nonché all'unità tra Stato e società, sublimatisi nel concetto di Stato sociale.

La moltiplicazione dei compiti dello Stato ha rivelato l'impossibilità di confinare il compito di produzione legislativa in un unico organo istituzionale: questa prospettiva diventa ancor più importante se considerata alla luce dell'evoluzione che ha subito la delega legislativa. Si è così giunti alla conclusione che l'evoluzione dello Stato contemporaneo ha operato in due sensi su questo potere: in primo luogo, attraverso l'unificazione, in una fonte comune di legittimazione, di tutto il potere attivo dello Stato, cosicché le sue due articolazioni – legislativa ed esecutiva – non possono più

trarre dalla propria base sociale un sostegno efficace per la rivendicazione di sfere autonome di competenza; secondo, attraverso l'attribuzione di nuovi compiti allo Stato, che si è tramutato da mero custode della libertà formale a promotore di giustizia in senso sostanziale. Come è stato osservato, questi compiti hanno richiesto, oltre ad una moltiplicazione quantitativa dei loro interventi nelle relazioni sociali, una loro diversificazione qualitativa, la cui derivazione è l'incertezza circa le attività riservate a ciascuno dei due gruppi di organi, che ora sono stati privati di ogni qualificazione soggettiva od oggettiva, che consenta loro di configurarsi come poteri diversi nel senso che la tradizione conferisce loro.

Al fine di analizzare quest'evoluzione dello Stato contemporaneo, sono state osservate le esperienze costituzionali di Italia e Spagna, dalle quali si è potuto dedurre che la comune trasformazione giuridico-sociale, che ha investito il sistema normativo, ha interessato anche lo strumento della delega legislativa in entrambi gli ordinamenti giuridici. Questi due Paesi mediterranei membri dell'UE presentano indubbiamente molti tratti in comune, sia dal punto di vista del tessuto sociale, che della tradizione giuridica: ciò ha portato ad un'evoluzione (quasi) simmetrica della delega legislativa, inizialmente concepita per svolgere un ruolo e che, successivamente, si è tramutata in un "nuovo strumento".

Dal confronto tra i due ordinamenti giuridici, sono emerse linee di convergenza ed ambiti di discrepanza: ciò è dovuto principalmente al fatto che la soluzione italiana presenta un'indubbia originalità, dalla quale solo la Spagna – tra gli ordinamenti occidentali – ha voluto prendere spunto – la cui più solare analogia è la struttura formale tripartita in oggetto, principi e criteri – pur con qualche aggiustamento, consistente principalmente nell'introduzione di limiti più severi per il suo utilizzo, ma anche di maggior tutela alla *task* normativa del Governo, al fine di proteggere la sua azione da ingerenze esterne ed evitare una sorta di revoca implicita della delega. Si è dunque giunti alla conclusione che le maggiori restrizioni alla delega del potere legislativo in Spagna potrebbero essere dovute alla tardiva transizione all'attuale ordinamento politico-giuridico – successivo alla dittatura franchista – che ha lasciato cicatrici di timore nei confronti di un Esecutivo con forti poteri legislativi; d'altra

parte, per controbilanciare, il Governo spagnolo è titolare di poteri abbastanza incisivi e penetranti, che gli consentono addirittura – a differenza dell'italiano – di opporsi a qualsiasi disegno di legge che abbia lo stesso oggetto. Come già affermato, nel gioco dei poteri e dei ruoli, l'equilibrio torna ad essere la chiave della reciproca fiducia interistituzionale.

Se, da un lato, è la stessa Costituzione spagnola che – pur configurandola come unitaria – segna una differenza importante con quella italiana, stabilendo l'esistenza di due tipi diversi di (finalità d'uso della) delega legislativa, dall'altro, però, vale la pena evidenziare un'analogia con il sistema italiano, che non può essere estrapolata dal testo costituzionale, ma piuttosto dall'ormai consolidata prassi di impiegarlo come strumento per la codificazione, sebbene la Carta costituzionale italiana non preveda espressamente che debba essere utilizzato l'istituto del decreto legislativo, mentre l'ordinamento giuridico spagnolo ha voluto compiere un passo in più e costituzionalizzare la prassi italiana.

L'ultimo aspetto rilevante del confronto sono le innovazioni apportate dalla giurisprudenza costituzionale spagnola negli ultimi anni, che sembrano ancor meno di quelle avvenute nel contesto italiano, in cui l'approccio della Corte è ancora molto (troppo) timido: un fatto che, quindi, per lo meno in Spagna, può essere giustificato con lo scarso uso dato al decreto legislativo. L'analisi comparativa della giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola in materia di delega legislativa evidenzia come – sebbene nel tempo il controllo delle Corti costituzionali sia divenuto progressivamente più penetrante, grazie all'affermazione della centralità ed ordinarietà del procedimento legislativo, che segue l'organo il cui potere deriva direttamente dal popolo, nonché il carattere dispregiativo della produzione legislativa dell'Esecutivo – sia ancora molto inefficace. Al contrario, sia la giurisprudenza costituzionale italiana, che quella spagnola, hanno costantemente mantenuto un atteggiamento più rilassato nei confronti della delega legislativa, considerata meno invasiva e dirompente, rispetto agli equilibri indotti dalla comune forma di governo parlamentare.

In conclusione, sia in Italia che in Spagna il sistema delle deleghe ha assunto un ruolo cruciale nei processi di riforma dello Stato, ponendosi al centro di un crocevia piuttosto delicato tra i processi di innovazione politico-economica, la prospettiva europea e la rivendicazioni di decentramento territoriale: tutti contesti segnati dal ruolo normativo egemonico del Governo, mediante l'azione del quale sono state regolate, negli ultimi anni, le politiche di integrazione comunitaria ed il processo di innovazione normativa. Per questo motivo, le decisioni legislative con un maggior grado di connessione con l'indirizzo politico dello Stato passano per i decreti legislativi. Questo sembra confermare quanto ricordato all'inizio di questo lavoro attraverso le parole di Carl Schmitt: di fronte alla necessità di adottare discipline importanti in ambito economico e sociale, il circuito parlamento-Governo decide di scegliere la strada che garantisca un percorso più veloce, più tecnico e con immediato vantaggio politico nei confronti dell'elettorato. In questi due Paesi con una storia simile, entrambi superstiti di una lunga e dura dittatura, che ne ha segnato irrimediabilmente il tessuto sociale, lo strumento della delega si è evoluto fino a diventare, al di là dei suoi più pratici campi di applicazione, un'arma a doppio taglio: da un lato, un controllo costante del Governo da parte del Parlamento e, dall'altro, la richiesta di supporto continuo del Parlamento da parte del Governo.

Lo studio ha inoltre dimostrato la capacità della normativa europea di imporsi come unica cinghia di trasmissione tra i procedimenti legislativi svolti a livello europeo e la corrispondente attività statale di recepimento ed attuazione. Si conferma l'ipotesi che individua la legge "madre" come più debole delle leggi "figlie", sulla base della strumentalità di queste ultime rispetto all'obiettivo di attuazione del diritto europeo, e quindi di copertura costituzionale.

Per questa ragione si è infine ritenuto opportuno analizzare connessioni e collegamenti tra i predetti ordinamenti nazionali e quello sovranazionale dell'UE, in termini di delega legislativa europea. Osservando le vicissitudini normative europee e confrontandole con le distinzioni fatte da Schmitt, si è dapprima concluso che la struttura del potere esecutivo dell'Unione è più complessa ed articolata di quella che nasce dalla formula del federalismo esecutivo.

L'analisi in parola è stata sviluppata sotto un profilo dottrinale e giurisprudenziale. Nell'analisi dottrinale si è potuto osservare come il fallimento del progetto di una Costituzione per l'Europa ed i successi del Trattato di Lisbona, anziché integrarlo, abbiano rivoluzionato completamente l'ordinamento giuridico europeo: nel caso specifico della delega legislativa, è stato analizzato come – ancora nel 2012 – perfino la Corte di giustizia dell'Unione europea abbia avuto difficoltà ad interpretare i nuovi strumenti introdotti dagli articoli 290 e 291 del TFUE. Come dettagliato nel corpo dell'opera, sebbene, da un lato, permanga la supremazia del diritto primario sul diritto derivato, dall'altro, la maggiore importanza data a quest'ultimo ha quasi portato ad una situazione di equilibrio tra entrambi, come si è potuto osservare rispetto alla questione della delegificazione e della quasi-legislazione.

Si è dimostrata l'ipotesi presentata nell'introduzione, secondo cui la delegazione alla Commissione governa l'Unione europea post-Lisbona, ma, paradossalmente, con risultati deludenti: le procedure sono diventate troppo burocratiche, farraginose e tecniche e le istituzioni vengono percepite come troppo arroganti: questo perché si adottano sempre più normative tecniche, che non raggiungono, contrariamente a quanto accade negli ordinamenti nazionali, un risultato politico.

Nell'analisi giurisprudenziale, si è osservato come nella definizione dei rispettivi ambiti di applicazione della delega ai sensi dell'art. 290 TFUE e dei poteri esecutivi ai sensi dell'art. 291 TFUE, si conferma la difficoltà nel distinguere, sulla base di criteri oggettivi, tra un atto che completa il quadro normativo definito da un atto legislativo ed un atto che è attuato mediante disposizioni di portata generale. Le due istituzioni co-legislative sembrano orientare le loro posizioni sulla base di considerazioni di opportunità, più che di sostanza. Il Parlamento europeo mostra una chiara tendenza ad ampliare il campo di applicazione dell'articolo 290 TFUE, dove ha poteri incisivi per il controllo dell'esercizio della delega, mentre il Consiglio preferisce un'interpretazione che favorisca il ricorso all'art. 291 TFUE, che attribuisce un ruolo centrale agli Stati membri: è lecito aspettarsi che, terminata la fase di attuazione, emergano parametri più oggettivi e trasparenti per giungere ad un'innegabile delimitazione di queste due categorie. Si è concluso che l'unico criterio decisivo che

consente di distinguere tra un atto delegato ed un atto di esecuzione si riferisce alla natura ed alla finalità dei poteri conferiti alla Commissione, apprezzando anche che, a tal fine, il controllo giurisdizionale deve tener conto solamente degli errori manifesti di apprezzamento.

Si è anche giunti alla conclusione che, coerentemente con l'attività giurisdizionale nazionale, sebbene negli anni l'attività della CGUE sia in tal senso cresciuta, l'interesse nei suoi confronti rimane – giustificato *déjà vu* – insufficiente; ciononostante, i risultati fino ad oggi maturati sono comunque positivi, con la parametrizzazione iniziale della delega, circoscrivendola, scoprendone le garanzie costituzionali, studiando e stabilendo la i differenti livelli semantici dei vari termini che ne compongono gli articoli. È interessante evidenziare come, nell'ultimo caso analizzato, né l'Avvocato Generale, né la Corte di giustizia si siano interessati a delimitare gli ambiti di applicazione dello strumento normativo, per risolvere la questione. Piuttosto, al contrario, entrambi cercano di delineare la *ratio* con cui il legislatore sceglie quale utilizzare, lasciandogli un ampio margine di libertà e limitando il suo campo di azione agli errori manifesti.

Cercando di tirare le somme di questo percorso di ricerca, le innovazioni contenute nel Trattato di Lisbona hanno posto le basi e creato le condizioni per un rinnovato equilibrio istituzionale all'interno dell'Unione Europea, consentendo ad organi ed organismi di sviluppare i poteri conferitigli dai Trattati, rafforzando il nucleo essenziale delle rispettive funzioni. Tuttavia, il nuovo quadro istituzionale richiede che ciascuna istituzione svolga il proprio ruolo in permanente cooperazione con le altre istituzioni, al fine di raggiungere gli obiettivi dell'UE.

Si è giunti alla conclusione che la graduale e progressiva acquisizione della funzione legislativa da parte del Parlamento non abbia corrisposto ad un'evoluzione delle sue prerogative nell'ambito della delega di poteri alla Commissione, determinando un'asimmetria, all'origine di numerosi conflitti interistituzionali. Alla fine di questo studio, è quindi chiaro che la separazione tra delegazione esecutiva e delegazione legislativa – avvenuta con Lisbona – ha contribuito allo sviluppo dell'equilibrio

interistituzionale, affermando una posizione di parità tra Consiglio e Parlamento in entrambi i casi.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, se la natura democratica del contenuto non può essere separata da una forma sufficientemente chiara, in modo da consentire un dialogo aperto, trasparente e regolare, la speranza dell'autore di questo lavoro è che possa essere rafforzata la cooperazione tra le istituzioni, tanto nazionali quanto sovranazionali: un interessante spunto di riflessione potrebbe essere, ad esempio, una più dettagliata regolamentazione dei rispettivi ruoli e compiti, che possa portare a riforme ed innovazioni, non solo adeguate a sostenere e governare i processi di trasformazione analizzati, ma anche – e soprattutto – a saper conciliare tradizione e strumenti costituzionali con le modifiche necessarie per garantire una maggiore efficienza e rapidità dei meccanismi di produzione del diritto. Un altro spunto di riflessione per il futuro e lo sviluppo della legislazione delegata potrebbe essere un maggiore interesse da parte della giurisprudenza costituzionale, di sovente troppo pigra in questo senso, chiamata a correggere i vizi lasciati da una normativa spesso carente o troppo interpretabile.

In conclusione, l'attuale legislazione deve regolare le esigenze di una società plurale, frammentata e multiculturale e deve consentire l'adozione di decisioni rapide. Stato ed istituzioni sono chiamati a regolamentare – attraverso interventi legislativi puntuali ed immediati – una nuova società multiculturale soggetta a continui rischi, nonché a garantire il rispetto della sovranità statale all'interno del grande cambiamento generato dall'adesione all'Unione Europea e dalla globalizzazione economico-finanziaria. All'interno di questo quadro, qualsiasi opera legislativa richiede un intervento che arrivi a regolamentare gli aspetti più minuziosi e dettagliati. A tal fine, serve una normativa in grado di seguire le innovazioni, disciplinare l'eccezionalità ed intervenire rapidamente in funzione dell'evoluzione della realtà sociale, economica e tecnologica: non è più concepibile, quindi, individuare la funzione normativa con l'attività legislativa, poiché la prima può svolgersi non solo con leggi, ma anche mediante atti aventi forza di legge, in relazione

alle modalità di esistenza e di sviluppo di uno Stato, finalizzate al raggiungimento di una sostanziale uguaglianza.

Si può concludere affermando che l'emergere di nuove funzioni per la legislazione delegata – che si è trasformata non tanto in forza della necessità di intervenire in settori specifici, per ragioni essenzialmente tecniche, ma alla luce della volontà di attuare riforme strutturali in tempi rapidi e con ampia copertura mediatica, ovvero assicurando il rispetto di obblighi sovranazionali, consentendo agli Esecutivi di avere un maggiore controllo sulla fase di attuazione delle disposizioni delegate e mettendone alla prova il concreto funzionamento – è stato quindi determinante per l'evoluzione e la sopravvivenza dei sistemi costituzionali oggetto di questa tesi di dottorato.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Novena edición, Tecnos, 2018.
- AA. VV., *Spazio costituzionale e crisi economica. Atti del XXVIII Convegno annuale. Padova, 17-19 ottobre 2013*, Nápoles, 2015.
- ABBAMONTE G., *Aspetti della delega legislativa*, en *Annali dell'Università di Macerata*, XXXIII, Milán, 1959.
- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, Seconda edizione, Ristampa ampliata ed aggiornata, G. Giappichelli Editore, Turín, 2011.
- ADDIS P., VIVALDI E., *Linee di tendenza nell'utilizzo della delega legislativa tra XIV e XV legislatura*, en E. ROSSI, *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, Padua, 2009.
- ADINOLFI A., *La Corte di Giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, en *Rivista di diritto internazionale*, 2010.
- AINIS M., *Promulgazione ed entrata in vigore delle leggi di delega*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1985.
- ALBANESI E., *Delega legislativa e codificazione nella XVI e XVII legislatura a fronte dell'eclissarsi dello strumento della legge annuale di semplificazione*, en *federalismi.it*, 3, 2015.
- ALLEGRETTI U., *Un giudizio positivo e notevoli riserve. Appunti critici sulla riforma costituzionale*, en *www.rivistaaic.it*, 2, 2016.
- ALONSO MARTÍNEZ M., *El Código Civil en su relaciones con las legislaciones forales*, Plus Ultra, Madrid.
- ALTHUSSER L., *Montesquieu. La politique et l'histoire* (1959), Puf, Paris, 1985.
- ALVES C. M., *La hiérarchie du droit dérivé unilatéral à la lumière de la Constitution européenne: révolution juridique ou sacrifice au nominalisme*, en *CDE*, 2004.
- AMBROSI A., *Deleghe legislative e riforme tributarie: questioni vecchie e nuove sull'art. 76 Cost.*, en *Rivista di diritto tributario*, 2001.
- ANDREINI F., *La normativa tecnica tra sfera pubblica e sfera privata*, en P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS, F. A. ROVERSI MONACO, *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, Ed. Andreini, 1995.
- ANGELINI F., BENVENUTI M., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Nápoles, 2012.
- ANGIOLINI V., *Attività "tecniche" della pubblica amministrazione e riparto delle competenze tra Stato ed autonomie; in margine alla giurisprudenza costituzionale sulle "omologazioni" industriali*, en P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS, F. A. ROVERSI MONACO, *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, Ed. Andreini, 1995.

- ANGULO RODRÍGUEZ L., *Delegaciones legislativas tras la Constitución de 1978*, en AA. VV., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1979.
- ANTONINI P., *Vicende del diritto tributario tra inflazione e crepuscolo della legge*, en *Jus*, 1993.
- APELT W., *Geschichte der Weimarer Verfassung*, 1946.
- ARDITO A. M., *Machiavelli and the Modern State*, Cambridge, 2015.
- ARENA R., *Il rapporto Parlamento-Governo alla luce delle dinamiche della normazione: la giurisprudenza costituzionale sulla delegazione legislativa*, en A. RUGGERI, *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, 2006.
- ARISTÓTELES, *Política*, Libro IV, Cap. XI, Laterza ed., 2007.
- BACHELET V., *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milán, 1967.
- BACHRACH P., BARATZ M. S., *Le due facce del potere*, Padua, 1986.
- BAER S., *Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz*, 64 ZaöRV, 2004.
- BALAGUER CALLEJÓN F., *Los decretos legislativos. Naturaleza jurídica y clases* en F. BALAGUER CALLEJÓN, G. CÁMARA VILLAR, J. F. LÓPEZ AGUILAR, M. L. BALAGUER CALLEJÓN, J. A. MONTILLA MARTOS, *Manual de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2018.
- BALAKRISHNAN G., *The Enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt*, 2000.
- BALDINI V., *Il procedimento di delegazione legislativa tra elasticità ed effettività. Riflessioni su una "variabile dipendente" della democrazia parlamentare*, en *I rapporti tra Parlamento e Governo*, Giappichelli, Turín, 2001.
- BALLADORE PALLIERI G., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1972.
- BALLMANN A., EPSTEIN D., O'HALLORAN S., *Delegation, Comitology, and the Separation of Powers in the European Union, International Organization*, vol. 56 n. 3, 2002, pp. 551-574. *Project MUSE*, muse.jhu.edu/article/14321.
- BARATTA R., *Sulle fonti delegate ed esecutive dell'Unione Europea*, en *Il Diritto dell'Unione Europea*, Anno XVI, Fasc. 2, Giuffrè Editore, Milán, 2011.
- BARBERIS M., *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Il Mulino, Bologna, 1988.
- BARBERIS M., *Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001.
- BARBERIS M., *I limiti del potere: il contributo francese* en G. DUSO, *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma.
- BARBERIS M., *Libertà*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- BARBERIS M., *Libertà, liberalismo e costituzionalismo* en *Teoria politica*, 2000.
- BARBERIS M., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, *Analisi e diritto 2004*, Giappichelli, Turín, 2004.

- BARBERO M., *La Corte costituzionale interviene sulla legge "La Loggia"*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004.
- BARENTS R., *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, en *Common Market Law Review*, 2010.
- BARILE P., CHELI E., GRASSI S., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, 1998.
- BARILE P., *Corso di diritto costituzionale*, Padua, 1962.
- BARILE P., *Delegazioni legislative anteriori alla Costituzione repubblicana e competenza della Corte costituzionale*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1966.
- BARILE P., *Il crollo di un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959.
- BARLETTA A., *Zone d'ombra nel proceso di legislazione ordinaria dell'Unione Europea: i Triloghi*, Scenarieconomici.it – il mondo visto da un'altra angolazione, 15 gennaio 2017, <https://scenarieconomici.it/zone-dombra-nel-processo-di-legislazione-ordinaria-dellunione-europea-i-triloghi/>.
- BARTOLE S., *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e regioni*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 148, 1971.
- BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- BARTOLE S., *Novità e problema applicativi del disegno di legge La Pergola per l'attuazione delle direttive comunitarie*, en *Foro italiano*, 1988.
- BARTOLE S., *Principi del diritto (diritto costituzionale)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milán, 1986.
- BAST J., *Is There a Hierarchy of Legislative, Delegated, and Implementing Acts?*, en *Rulemaking by the European Commission: The New System for Delegation of Powers*, editado por C.F. BERGSTRÖM, D. RITLENG, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- BEER S. H., *Pressure Groups and Parties in Britain* en *American Political Science Review*, 1966.
- BELLOCCI M., *La delega legislativa*, en M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI, *La delega legislativa. Quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio presso il Palazzo della Consulta*, Roma, 2008.
- BENDERSKY J. W., *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, 1983.
- BERGSTRÖM C. F., *Comitology. Delegation of Powers in the European Union and the Committee System*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- BERING LIISBERG J., *The EU Constitutional Treaty and its distinction between legislative and non-legislative acts – Oranges into apples?*, in *JMWP 01/06*, 2006.
- BERMEJO J., *Las fuentes del derecho en la Constitución española de 1978*, en M. RAMÍREZ, *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza.

- BERNARDINI P., *Il diritto del commercio internazionale: una nuova lex mercatoria?*, en G. PIVA, F. SPANTIGATI, *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Padua, 1988.
- BERNATZIK H., *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 26, 1899.
- BERTI G., *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, IV ed., Cedam, Padua, 2001.
- BERTI G., *Normatività, leggi dello Stato e diritti della persona*, en *Jus*, 1985.
- BERTIN G., *Decidere nel pubblico. Tecniche di decisione e valutazione nella gestione dei servizi pubblici*, Milán, 1989.
- BERTOLINI G., *Governo e deliberazione parlamentare*, en *Rassegna parlamentare*, 1991.
- BESTAGNO F., *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2015.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, 1971.
- BICKEL A. M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University ed., 1962.
- BIONDI DAL MONTE F., *La giurisprudenza costituzionale sui decreti legislativi della XIV e XV legislatura*, en E. ROSSI, *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, Padua, 2009.
- BIONDINI P., *Approcci definatori alla "norma tecnica"*, en *Storia parlamentare e política costituzionale*, 1999.
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *Diritto costituzionale*, Nápoles, 1969.
- BLOM-HANSEN J., *The EU Comitology System in Theory and Practice: Keeping an Eye on the Commission?*, Palgrave Macmillan, Londres, 2011.
- BOBBIO L., *Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi*, Roma, 2004.
- BOBBIO L., BARBAGLIA A., *Il nuovo palazzo di giustizia di Torino. Analisi di un proceso decisionale*, en M. MORISI, S. PASSIGLI, *Amministrazioni e gruppi di interesse nella trasformazione urbana*, Bologna, 1994.
- BOBBIO L., *Come smaltire i rifiuti. Un esperimento di democrazia deliberativa*, en *Stato e Mercato*, 2002.
- BOBBIO L., *Di questo accordo lieto. Sulla risoluzione negoziale dei conflitti ambientali*, Turín, 1994.
- BOBBIO L., *Gli stadi di "Italia 90": Torino*, en *Archivio ISAP n. 7 – Le decisioni di opera pubblica e di urbanística nelle città*, Milán, 1994.
- BOBBIO L., *I progetti territoriali come processi di montaggio*, en R. GAMBINO, M. GARELLI, S. SACCOMANI, *Cento progetti cinque anni dopo*, Turín, 1995.
- BOBBIO L., *La democrazia non abita a Gordio. Studio sui processi decisionali politico-amministrativi*, Milán, 1996.

- BOBBIO N., *Liberalismo vecchio e nuovo*, en *Il futuro della democrazia*, Turín, 1984.
- BOBBIO N., *Verso la seconda Repubblica*, La Stampa, Turín, 1997.
- BÖCKENFÖRDE E. W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt: von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatrechtlichen Positivismus*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1958.
- BÖCKENFÖRDE E. W., *Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie-Bemerkungen zu Begriff und Verwirklichungsproblemen der Demokratie als Staats und Regierungsform*, en G. MÜLLER ET AL., *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel-Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60 Geburtstag*, Helbing Lichetnhahn, Frankfurt am Main, 1982.
- BOGNETTI G., *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Giuffré, Milán, 1994.
- BOGNETTI G., *Poteri (divisione dei)*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1996.
- BOLINGBROKE H. S. J., *The Philosophical Works of the Late Right Honourable Henry St. John, Lord Viscount Bolingbroke*, 1776.
- BONNEL M. J., *La moderna lex mercatoria*, en *Diritto commerciale internazionale*, 1992.
- BORTOLOTTI B., SINISCALCO D., *Le forme private di regolazione*, en, M. ARSÌ, M. G. CORONAS, P. DE LUCA, *L'Italia da semplificare. III. Procedimenti amministrativi di interesse delle imprese*, Bologna, 1998.
- BORTOLOTTI G., *Lo Stato e la dottrina corporativa*, vol. 1, 1931.
- BOTTIGLIERI E., *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa: il principio del "home country control"*, en *Respon. Civ. e Prev.*, 1996.
- BRADLEY K., *The European Parliament and comitology: on the road to nowhere?*, en *European Law Journal*, 3, 1997.
- BRANDSMA G. J. y BLOM-HANSEN J., *Controlling delegated powers in the post-Lisbon European Union*, en *Journal of European Public Policy*, Routledge, 2016.
- BRANDSMA G. J., BLOM-HANSEN J., *Negotiating the post-Lisbon comitology system: institutional battles over delegated decision-making*, en *Journal of Common Market Studies*, 2012.
- BRANDSMA G. J., *Controlling Comitology. Accountability in a Multi-Level System*, Palgrave MacMillan, Londres, 2013.
- BRONZINI G., *Corte di giustizia: verso la sindacabilità delle misure di austerità?*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017.
- BRUNELLI G., *La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016.
- BRUNIALTI A., *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, UTET, Turín, 1896.

- BRZEZINSKI M. F., GARLICKI L., *Judicial Review in Post-Communist Poland: The Emergence of a Rechtsstaat?*, Stanford Journal of International Law., 1995.
- BURDEAU G., *Etude sur l'évolution de la notion de la loi en droit français*, en *Arch. de phil. du droit*, 1939.
- CAGGIANO G., *La legittimazione ad agire per annullamento di un atto regolamentare da parte di soggetti che dimostrino un interesse individuale: il caso Montessori/Ferracci in materia di aiuti di Stato e le esenzioni fiscali ICI/IMU agli enti ecclesiastici*, en *Eurojus*, 2018.
- CALDWELL P. C., *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: the Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, 1997.
- CÁMARA DE LOS DIPUTADOS, Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto sullo stato della legislazione*, en <https://www.camera.it>.
- CAMMELLI M., *Delega amministrativa*, en *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988.
- CAMMEO F., *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, en V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milán, 1901.
- CAMPANELLA M., *Le decisioni sotto condizione di ambiguità*, en *Rassegna italiana di sociologia*, 1988.
- CANNIZZARO E., *Delegazione legislativa e delegificazione nell'attuazione delle direttive comunitarie*, en *Rivista di diritto internazionale*, 1990.
- CAPELLA J. R., *Le miserie dell'opulenza*, en P. BARCELLONA, *Morire per Maastricht?*, Roma, 1996.
- CAPELLI F., *Come nasce l'euro-norma. Il procedimento di recepimento nell'ordinamento nazionale*, en *Rassegna di diritto e tecnica dell'alimentazione*, 1993.
- CARCISSONE G., GUILLAUME M., *La Constitution, Essais, Divers*, 1999.
- CARENA A., *Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale*, en *Annali di scienze politiche*, vol. 5, n. 4, Rubbettino Ed., 1932.
- CARETTI P., *La nuova disciplina della partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e delle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, dettata dalla L. N. 86 del 1989 alla prova: la prima "legge comunitaria" (Legge 29 dicembre 1990, n. 428)*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991.
- CARETTI P., MORISI M., *Parlamento e legislazione delegata. Il caso della Commissione bicamerale per l'attuazione della l. n. 59*, en *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2000 – Il Parlamento*, Cedam, Padua, 2001.
- CARETTI P., TARLI BARBIERI G., *L'Evoluzione della delega legislativa nella XIV legislatura. Considerazioni di sintesi sui rapporti di ricerca nell'ambito del seminario 2004*, en *Quaderno associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 15, Roma, 2004.

- CARETTI P., *Tendenze evolutive dei poteri di direzione dell'amministrazione: alcune esperienze a confronto*, en P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1991.
- CARLASSARE L., *Regolamento (diritto costituzionale)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milán, 1988.
- CARLI M., *Il limite dei principi fondamentali*, Florencia, 1992.
- CARMONA CONTRERAS A. M.^a, *Decreto-ley y relaciones internacionales: una compatibilidad constitucionalmente problemática*, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 100, 2000.
- CARMONA CONTRERAS A. M.^a, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 50, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 1997.
- CARMONA CONTRERAS A. M.^a, *La configuración constitucional del Decreto Ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- CARMONA CONTRERAS A. M.^a, *Los efectos de la convalidación parlamentaria del Decreto Ley. Análisis crítico*, en F. PAU I VALL, *Parlamento y control del Gobierno V jornada de la Asociación Española de Letrados del Parlamentos*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- CARNEVALE P., *Giuridificare un concetto: la strana storia della 'omogeneità normativa'*, en *Federalismi.it – Focus sulle fonti*, n. 1, 2014.
- CARNEVALE P., *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 2014.
- CARR Sir C. T., *Delegated Legislation*, Cambridge, 1921.
- CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, 1920.
- CARRUBA G., *Atti delegati ed atti di esecuzione. Gli Artt. 290 e 291 del TFUE*, Ministerio de Agricultura, Políticas Alimentarias y Forestales, Departamento de Políticas Europeas e Internacionales, Dirección General de Políticas Comunitarias y del Mercado Internacional, 2011.
- CARTABIA M., GENNUSA M. E., *Le fonti europee e il diritto italiano*, Turín, Giappichelli, 2009.
- CARTABIA M., *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di Governo e vizi di costituzionalità?*, en V. COCOZZA, S. STAIANO, *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Turín, 2001.
- CARTABIA M., *Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sovranazionale*, en *Politica e diritto*, 1994.
- CARTABIA M., *Legislazione e funzione di governo*, en *Rivista di diritto costituzionale*, 2006.
- CARTABIA M., *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1993.

- CASSESE S., *Introduzione allo studio della normazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1992.
- CASTORINA E., *Gli istituti di democrazia diretta nella legge di riforma costituzionale Renzi-Boschi: cosa cambia sul versante della "democrazia partecipativa"?*, in *www.rivistaaic.it*, 4, 2016.
- CAZORLA PRIETO L. M., *Las cortes generales: ¿parlamento contemporáneo?*, Civitas, Madrid.
- CECCANTI S., *Decreti-legge e decreti legislativi in Italia*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014.
- CELOTTO A., CARNEVALE P., *Il paramentro "eventuale". Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parámetro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Turín, 1998.
- CELOTTO A., FRONTONI E., *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enciclopedia del diritto*, VI ed., Milán, 2002.
- CELOTTO A., *Legge comunitaria*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1995.
- CELOTTO A., *Uso e abuso della conversione in legge*, in *Federalismi.it – Focus sulle fonti*, n. 1, 2014.
- CERRI A., *Delega legislativa*, in *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988.
- CERRI A., *Luci ed ombre del disegno di legge sull'adeguamento dell'ordinamento interno agli atti normativi comunitari*, in *Foro italiano*, 1986.
- CERRI A., *Regolamenti*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma 1991.
- .
- CERVATI A. A., *In tema di allegati ad un atto legislativo, e delegificazione di tabelle*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981.
- CERVATI A. A., *La delega legislativa*, Università degli Studi di Roma, Monografie dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Nuova Serie, n. 36, Giuffrè ed., Milán, 1972.
- CERVATI A. A., *Legge di delegazione e legge delegata*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, 2016.
- CHAGNOLLAUD D., *Les 50 ans de la Constitution: 1958-2008*, Paris, 2008.
- CHAMON M., *The dividing line between delegated and implementing acts, part two: The Court of Justice settles the issue in Commission v. Parliament and Council (Visa reciprocity)*, in *Common Market Law Review*, 2015.
- CHIELI E., *Deliberazione, emanazione, pubblicazione ed esercizio della funzione legislativa delegata entro il termine della delega*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959.
- CHIELI E., *L'ampliamento dei poteri normativi nei principali ordinamenti occidentali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1959.
- CHIMIENTI P., *Manuale di diritto costituzionale fascista*, UTET, Turín, 1934.

- CHINNI D., *La limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte Costituzionale in Federalismi.it – Focus sulle fonti*, n. 1, 2014.
- CHRISTIANSEN T., DOBBELS M., *Non-legislative rule making after the Lisbon Treaty: implementing the new system of comitology and delegated acts*, en *European Law Journal*, 2013.
- CICCONETTI S. M., *I limiti “ulteriori” della delegazione legislativa*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966.
- CICCONETTI S. M., *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Turín, 2007.
- CIOLLI I., *Il Senato della riforma tra forma e sostanza*, en *www.rivistaaic.it*, 4, 2016.
- COCOZZA F., *Funzione e disfunzioni nella pubblicazione di leggi delegate*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983.
- COCOZZA F., *Il Governo nel procedimento legislativo*, Giuffrè, Milán, 1989.
- COLONNA F., *Sulla delega legislativa per la riforma dei codici*, en *Democrazia e Diritto*, Milán, 1963.
- COLZI G., *Delegazione amministrativa*, en *Novissimo digesto italiano*, V, Turín, 1957.
- CONDINANZI M., MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell’Unione europea*, Turín, 2009.
- CONETTI G., *Attuazione delle direttive comunitarie mediante rinvio*, en *Foro italiano*, 1988.
- COOPER R., *Formal Organization as Representation: Remote Control, Displacement and Abbreviation*, en M. REED, M. HUGHES, *Rethinking Organizations*, Londres, 1992.
- COOPER R., *Technologies of Representation*, en P. AHONEN, *Tracing the Semiotic Boundaries of Politics*, Berlín, 1993.
- CORTI F., *Deficit Democratico dell’UE: di cosa si tratta?* en *Il Fascino degli Intellettuali – Il mondo visto con gli occhi della cultura* de 7 de noviembre de 2015 <http://fascinointellettuali.larionews.com/deficit-democratico-dellue-cosa-si-tratta/>.
- COSTAMAGNA C., *Elementi di diritto costituzionale corporativo fascista*, Bemporad R. & figlio, 1929.
- COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A., *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014.
- COTTA M., VERZICHELLI L., *Il sistema politico italiano*, Manuali Politica, III ed., Il Mulino, Bologna, 2016.
- COTTERET J. M., *Le pouvoir législatif en France*, Paris, 1962.
- CRAIG P., *Delegated acts, implementing acts and the new comitology regulation*, en *European Law Review*, 5, 2011.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale. II. L’ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Cedam, Padua, 1984.

- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale*, Cedam, Padua, 1984.
- CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, Milán, 1941.
- CURTI GIALDINO C., *Codice dell'Unione Europea operativo*. Edizioni Giuridiche Simone, Nápoles, 2012.
- CURTIN D., *Delegation to Non-Majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability* en D. GERARDIN, R. MUNOZ, N. PETIT *Regulation through Agencies in the EU*, Elgar, 2005.
- CURTIN D., *Executive power of the EU*, Oxford, 2009.
- CURTIN D., MANUCHARYAN T., *Legal acts and hierarchy of norms in EU law*, en *The Oxford Handbook of European Union Law*, editado por ARNULL A., CHALMERS D., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- D'ATENA A., *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, en *Diritto dell'Unione europea*, 4, 2001.
- D'ATENA A., *Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, en *www.rivistaaic.it*, 2, 2015.
- DAVID R., *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?*, en *Rivista di diritto civile*, 1976.
- DAVID R., *Sources of Law*, en *The International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubingen, 1984.
- DE BÚRCA G., *The Institutional Development of the EU*, en P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999.
- DE FIORES C., *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Cedam, Padua, 2001.
- DE FIORES C., *Le trasformazioni della delega legislativa nell'epoca della globalizzazione*, en F. MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa*, Giuffrè, Milán, 1999.
- DE FRANCESCO G. M., *Lo Stato sovietico nella dottrina generale dello Stato*, Cedam, Padua, 1932.
- DE GREGORIO G., *Sull'eccesso di delega del decreto legislativo di adeguamento del Codice Privacy alla disciplina del Regolamento (UE) 679/2016*, en *Medialaws.eu*, 2/2018.
- DE MARIA B., *I rapporti tra parlamento e governo nell'attuazione delle norme comunitarie*, en R. DICKMAN, S. STAIANO, *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo: l'esperienza dell'Italia*, Giuffrè, Milán, 2008.
- DE OTTO I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

- DE QUADRA-SALCEDO T., *La delegación legislativa en la Constitución*, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, 1991.
- DE ROSE C., *Problematiche sull'adeguamento del diritto pubblico interno alle fonti comunitarie*, en *Il Cons. Stat.*, parte II, 1993.
- DE SIERVO U., *Appunti a proposito della brutta riforma costituzionale approvata dal Parlamento*, en *www.rivistaaic.it*, 2, 2016.
- DE SIERVO U., *Ma chi fa i decreti legislativi ?*, en V. COCOZZA, S. STAIANO, *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Turín, 2001.
- DE SIERVO U., *Premessa*, en P. CARETTI, A. RUGGERI, *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale: atti del convegno*, Milán 2003.
- DE SIERVO U., *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale*, en *Osservatorio sulle fonti 1998*, Giappichelli, Turín, 1999.
- DE SIERVO U., *Una prima lettura del progettato nuovo art. 117 Cost.*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016.
- DE VALLES A., *Norme giuridiche e norme tecniche*, en *Scritti in onore di Carlo Arturo Jemolo*, III, Milán, 1963.
- DEHOUSSE R., *Il metodo aperto di coordinamento: quando lo strumento prende il posto della politica*, en P. LASCOURMES, P. LE GALÉS, *Gli strumenti per governare*, Milán, 2003.
- DEHOUSSE R., *Towards a regulation of transitional governance? Citizens, rights and reform of comitology proceedings* en JOERGES C., VOS E., *EU Committees: Social regulation, Law and Politics*, Hart Publishing, 1999.
- DEL VECCHIO I., *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, en *Federalismi.it*, 2015.
- DEMMIG A. A., *I problemi attuali del sindacato della Corte costituzionale sulla delega legislativa*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009.
- DERMINE P., *The end of impunity? The legal duties of "borrowed" EU institutions under the European stability mechanism framework*, en *European Constitutional Law Review*, vol. 13, 2017.
- DI CIOLO V., *Aspetti teorici e pratici delle udienze legislative in Italia*, en *Rassegna parlamentare*, 1968.
- DI CIOLO V., *Procedimento legislativo*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milán, 2016.
- DI COSIMO G., *Deleghe e argomenti*, en *Le Regioni*, 1, 2005.
- DI COSIMO G., *Riflessi della legge di delega sul giudizio di costituzionalità del decreto legislativo*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 2001*, Turín, 2002.

- DI COSIMO G., *Tutto ha un limite (la Corte e il Governo legislatore)*, en M. SICLARI, *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, Roma, 2008.
- DI MAJO L., *La costruzione giurisprudenziale della qualità della legislazione*, en M. CAVINO, L. CONTE, *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Seminario anual del Grupo de Pisa en Novara de 15 y 16 de noviembre de 2013, Nápoles, 2014.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L. M., *Atti legislativi del Governo e rapporti tra poteri: l'esperienza spagnola*, en Quaderni Costituzionali, 1996.
- DONÀ G., *Il ricorso di annullamento e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona*, en *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010.
- DOUGAN M., *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, en *Common Market Law Rev.*, 2008.
- DOUGLAS-SCOTT S., *Constitutional Law of the European Union*, Longman – Pearson Education Limited, Edimburgh, 2000.
- DRAGHI M., *El método Monnet: su relevancia para Europa ayer y hoy*, Lausana, 4 de mayo de 2017.
- DRAGO F., *Luci (poche) ed ombre (molte) della sentenza della Corte costituzionale sulla delega per la ricognizione dei principi fondamentali*, en *Federalismi.it*, 2004.
- DRYZEK J. S., *Don't Toss Coins in Garbage Cans: a Prologue to Policy Design*, en *Journal of Public Policy*, 1982.
- DUGUIT L., *Traté de droit constitutionnel*, vol. II, Ancienne Librairie Fontemoing & C. Editeurs, Paris, 1924.
- DUILIO L., *Introduzione. Istituzioni e politica della legislazione nell'età del cambiamento*, en L. DUILIO, *Politica della legislazione oltre la crisi*, Il Mulino, Bolonia, 2013.
- DUTHEIL DE LA ROCHÉRE J., *L'exécution du droit de l'Union: Colloque*, Bruselas, 2009.
- DYZENHAUS D., *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Duke University Press, Durham, 1998.
- EBERLE E. J., *Human Dignity, Privacy and Personality in German and American Constitutional Law*, Utah Law Review, 71, 1997.
- EHMKE H., *Wirtschaft un Verfassung*, Karlsruhe, 1963.
- EICHLER H., en *Das Wesen des Gesetzes*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Milán, 1962.
- EISENMANN C., *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, 1933 en *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'histoire des idées politiques*, ed. Ch. Leben, Panthéon-Assas, Paris, 2002.
- EISENMANN C., *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, 1952 en *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'histoire des idées politiques*, ed. Ch. Leben, Panthéon-Assas, Paris, 2002.

- ELIAS G., *Le regole comunitarie per l'accesso del mercato unico: le misure per l'eliminazione delle barriere tecniche*, en P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS, F. A. ROVERSI MONACO, *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, Ed. Andreini, 1995.
- ELY J. H., *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Valparaiso University Law Review, vol. 15, n. 3, 1980.
- EPSTEIN D., O'HALLORAN S., *Delegating Powers. A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making under Separate Powers*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- ESPÍN E., *El sistema de fuentes en la Constitución*, en AA. VV., *Derecho constitucional*, Valencia, 1997.
- ESPOSITO C., *Decreto-legge*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milán, 1962.
- ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, en *La Costituzione italiana*, Padua, 1954.
- ESPOSITO C., *Invalidità della pubblicazione di leggi delegate*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1959.
- ESPOSITO C., *La corte costituzionale in parlamento*, 1962.
- ESPOSITO C., *Testi unici*, en *Nuovo digesto italiano*, vol. XII, Turín, 1940
- ESPOSITO M., *Democrazia: la "missione" dell'Unione Europea in Turchia e Russia (o forse no)* en *Liberio Pensiero*, 22 de junio de 2018, <https://www.liberopensiero.eu/22/06/2018/esteri/ue-turchia-russia/>.
- FALLON JR. R. H., *"The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse*, Columbia Law Review, 1997.
- FAZIO G., *La delega amministrativa ed i rapporti di delegazione*, Milán, 1964.
- FERRARA G., *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, en *Annuario AIC*, 1999.
- FERRI G. D., *Sulla delegazione legislativa (Contributo all'interpretazione dell'art. 76 della Costituzione)*, en *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Giuffrè, Milán, 1952.
- FILIPPETTA G., *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 della Costituzione* en *Federalismi.it – Focus sulle fonti*, n. 1, 2014.
- FINER H., *Officials and the Public*, en *Public Administration*, 1931.
- FLICK G. M., *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, en *Federalismi.it – Focus sulle fonti*, n. 1, 2014
- FLICK G. M., *Intervento*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009.
- FOISNEAU L., *Sovereignty and Reason of State: Bodin, Botero, Richelieu and Hobbes*, en *The Reception of Bodin*, ed. H. Lloyd, Leiden, 2013.

- FONTANA E., *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, en *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2010.
- FOUCAULT M., *Omnes et singulatim. Verso una critica della ragion politica*, en *Biopolitica e liberalismo: detti e scritti su potere ed etica*, 1975-1984, Milán, 2001.
- FRANCHINI F., *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950.
- FRANCO A., *La evidente disomogeneità tra decreto-legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale* (a margen de Corte const. n. 32 de 2014), en *Federalismi.it – Focus sulle fonti*, n. 1, 2014.
- FRIESENHAHN E., *Parlament und Regierung im modernen Staat*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 16, Berlín, 1958.
- FRONTONI E., *Il decreto legislativo al cospetto della Corte costituzionale*, en M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, *Gli atti normativi del governo tra Costituzione e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa*. Nápoles, 2011.
- FRONTONI E., *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2013.
- FRONTONI E., *Sono ancora legittime disposizioni di delega inserite in sede di conversione?*, en el número monográfico de *Federalismi.it – Focus sulle fonti*, n. 1, 2014.
- FROSINA L., *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale spagnola*, en F. LANCHESTER, *Supporto all'attività legislativa del Parlamento. Sezione comparatistica*, Giuffrè, Milán, 2005.
- FUZIER-HERMANN E., *La séparation des pouvoirs, d'Après l'Histoire et le Droit Constitutionnel*, Hachette BNF, 1880.
- GAJA G., *Ancora sulla delega legislativa per attuare direttive comunitarie: "principi e criteri direttivi" validi per tutte le stagioni?*, en *Rivista di diritto internazionale*, 1985.
- GALGANO F., *Lex mercatoria*, Il Mulino, 1998.
- GALLINO L., BORGNA P., BULSEI G. L., GRIMALDI G. L., *Teoria dell'attore e processi decisionali. Modelli intelligenti per la valutazione dell'impatto socio-ambientale*, Milán, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, ed. 19, Civitas, Navarra, 2020.
- GARRORENA MORALES Á., *El lugar de la ley en la Constitución española*, Centro de estudios constitucionales, 1980.

- GARZÓN CLARIANA G., PIRIS J. C., DEWOST J. L., *Prefacio a la primera edición*, en *Guía Práctica Común*, Bruselas, 2000.
- GASPARRI P., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padua, 1965.
- GELLHORN W., BYSE C., *Administrative Law: Cases and Comments*, Mineola Foundation Press, 1974.
- GENINATTI SATÈ L., *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, Giappichelli, Turín, 2011.
- GENTILE M., *Il ruolo del Governo nel quadro organizzativo dei lavori parlamentari. Profili normativi*, en *Il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure, apparati*, n. 7, Cámara de los diputados, Roma, 1998.
- GERMAIN J., *La protection par l'Union européenne des droits fondamentaux contre les programmes d'ajustement macroéconomiques*, en *Revue de l'Union européenne*, 2017.
- GIAMPIETRO F., *I decreti legislativi del 1992 sulla tutela della qualità delle acque degli scarichi pericolosi e le nuove competenze della Provincia*, en *Rivista giuridica ambiente*, 1993.
- GIANNINI M. S., *Delega di norme di attuazione*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1959.
- GIANNINI M. S., *Il pubblico potere*, Bologna, 1986.
- GIANNINI M. S., *Struttura e trasformazioni degli assetti di potere negli Stati contemporanei*, en G. PIVA, *Potere, poteri emergente e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana*, Padua, 1986.
- GIARDINA A., *Diritto interno e diritto internazionale nella disciplina dei contratti fra Stati e privati stranieri*, en *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milán, 1984.
- GIGANTE M., *Effetti giuridici nel rapporto tra técnica e diritto: il caso delle "norme armonizzate"*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 317, 1997.
- GIL ROBES J. M., *El control de legalidad de las normas con valor de ley*, en *Revista Española de derecho Administrativo*, n. 3, 1974.
- GIOLLI NACCI P., *Norme interposte e giudizio di costituzionalità*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1982.
- GOLDMAN B., *Frontières du droit et lex mercatoria*, en *Arch. Phil. Dr.*, 1964.
- GÓMEZ ACEBO R., *El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: leyes delegadas y decretos leyes*, en *Revista de Administración Pública*, n. 6, 1951.
- GORLA G., *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942*, en *Foro italiano*, V, 1969.
- GRECO N., *Crisi del diritto, della produzione normativa e democrazia degli interessi Esemplarità della normazione tecnica ambientale*, en *Storia parlamentare e politica costituzionale*, 1993.
- GRUSSU A., *La teoria dei tre poteri di Montesquieu: formulazione, critiche, sviluppi*, en <https://www.alessandrogrussu.it/schede.html>, 2020.

- GUARINO G., *Concorrenza e impresa "sovranazionale"*, en BANCA D'ITALIA, *Per un diritto della concorrenza*, en *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, 1996.
- GUARINO G., *La sovranità e le sue mutazioni*, en *Studi in onore di Leopoldo Elia*, 1999.
- GUARINO G., *Tecnici e politici nello Stato contemporáneo*, en *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, II, Milán, 1962.
- GUARNIER T., *Legge di delega e questione di fiducia. Appunti su una convivenza sospetta*, en *Diritto e Società*, 1, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2015.
- GUARRACINO S., *Federazione e confederazione* en *Dizionario di storia moderna e contemporanea*,
<https://keynes.scuole.bo.it/sitididattici/farestoria/dizionario/f/f024.htm>.
- GUÉNGUEN D., *European Union and Public Affairs Directory – The essential guide to the institutions and public affairs community in Brussels*, Bruselas, 2016.
- GUÉNGUEN D., ROSBERG C., *Comitology and other EU committees and export groups. The hidden power of the EU: finally a clear explanation*, Bruselas, 2004.
- GUILLOUD-COLLIAT L., *L'exégèse des articles 290 TFUE et 291 TFUE par la Cour de justice de l'Union européenne: le juge précise, complète et modifie sa jurisprudence*, en *Revue des affaires européennes*, 2015.
- GUIZZI V., *L'attuazione della legislazione europea nell'ordinamento italiano*, en E. PATTARO, F. ZANOTTI, *Applicazione e tecnica legislativa*, Giuffrè, Milán, 1998.
- GUIZZI V., *La legge La Pergola n. 86/89: una impostazione nuova del circuito decisionale e operativo Italia-Comunità*, en *Rivista di diritto europeo*, 1990.
- GUNLICKS A. B., *The Länder and German federalism*, Manchester University Press, 2003.
- GUSATINI R., *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2001.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ I., *Los controles de la legislación delegada*, Madrid, 1995.
- HABERMAS J., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, 2005.
- HAMILTON A., JAY J., MADISON J., *The Federalist (1787-1788)*, trad. it. *Il Federalista*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1910.
- HENEMAN H. J., *The Growth of Executive Power in Germany: A Study of the German Presidency*, 1934.
- HENESSY B., *Trade Unions and the British labor Party*, 1955.
- HÉRITIER A., MOURY C., BISCHOFF C., BERGSTRÖM C. F., *Changing Rules of Delegation. A Contest for Power in Comitology*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HESSE K., *Constitución y derecho Constitucional*, en AA. VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996.

- HOFMANN H., *Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon: typology meets reality*, *European Law Journal*, vol. 15, n. 4, Blackweel Publishing Ltd., Oxford, 2009.
- HONT I., *The Permanent Crisis of a Divided Mankind: Contemporary Crisis of the Nation State in Historical Perspective*, *Political Studies*, 42, 1994.
- HOOKER W., *Carl Schmitt's International Thought: Order and Orientation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- IANCU B., *Legislative Delegation. The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012.
- IANNUCCELLI P., Art. 277, en C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione Europea operativo*. Edizioni Giuridiche Simone, Gruppo Editoriale Simone, Nápoles, 2012.
- IANNUCILLI L., *L'evoluzione "politipica" della delega legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, en M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI, *La delega legislativa. Quaderno predisposto in occasione del Seminario di studio presso il Palazzo della Consulta*, Roma, 2008.
- INGRAVALLO I., *La "nuova comitologia". Il controllo degli Stati membri sulla Commissione*, en www.sudineuropa.net, 2011.
- IRTI N., *Diritto e mercato*, en AA. VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, ed. Laterza, 1999. ALLEGRETTI U., *La Costituzione europea nel nuovo ordine internazionale*, en ISTITUTO GRAMSCI – CRS, *La transizione italiana*, 1997.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1998.
- IRTI N., *La formazione negoziale del diritto*, en G. PIVA, F. SPANTIGATI, *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Padua, 1988.
- JENNINGS J., *Cabinet Government*, Cambridge, 1959.
- JIMÉNEZ CAMPO J., *El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos*, en *Revista de Derecho Público*, 1981.
- JIMÉNEZ CAMPO J., *Osservazioni sul potere regolamentare nell'ordinamento spagnolo*, en P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1991.
- JOCHIMSEN R., *L'Europa tra unione económica e unione monetaria*, en P. RIDOLA, *La Costituzione europea tra cultura e mercato*, Roma, 1997.
- JOERGES C., *Bureaucratic nightmare, technocratic regime and the dream of good transnational governance*, en C. JOERGES, E. VOS, *EU Committees: social regulation, law and politics*, Oxford, 1999.
- JOERGES C., VOS E., *Structures of transnational governance and their legitimacy*, en J. A. E. VERVAELE, *Compliance and enforcement of European Community Law*, The Hague, 1999.

- KASSIM H, PETERSON J., BAUER M., CONNOLLY S., DEHOUSSE R., HOOGHE L., THOMPSON A., *The European Commission of the Twenty-First Century*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- KELSEN H., *General Theory of Law and State* (1959), trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milán, 1966.
- KELSEN H., *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, en A. CARRINO, *Jus publicum europæum*, Giappichelli, 2004.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milán, 1994.
- KENNEDY E., *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, Duke University Press, Durham, 2004.
- KRÜGER H., *Allgemeine Staatslehre*, Hamburg, 1960.
- LA TORRE M., *Considerazioni critiche sul principio della divisione dei poteri*, en *Rivista di diritto pubblico*, 1929.
- LABRIOLA S., *Il Governo della Repubblica. Organi e poteri. Commento alla legge 23 agosto 1988, n. 400*, II ed. Maggioli, Rimini, 1977.
- LANEVE G., *La riforma "Renzi-Boschi" e la Corte costituzionale: alcune riflessioni sulla diversa elezione dei giudici "parlamentari" e su possibili scenari relativi al nuovo procedimento legislativo*, en *www.rivistaaic.it*, 4, 2016.
- LASCOUMES P., LE GALÉS P., *L'azione pubblica attraverso i suoi strumenti*, en *Gli strumenti per governare*, Milán, 2009.
- LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Utet, Turín, 1985.
- LAVAGNA C., *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta infondatezza"*, Milán, 1957.
- LAW J., *Organizing Modernity*, Oxford, 1993.
- LAWSON G., *The Rise and Rise of the Administrative State*, en *Harvard Law Review*, 1231, 1993.
- LAZZARA P., *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, en *Diritto processuale amministrativo*, 2000.
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, en *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, II, Milán, 1987.
- LENAERTS K., DESOMER M., *Towards a hierarchy of legal acts in the European Union? Simplification of legal instruments and procedures*, en *European Law Journal*, 2005.
- LENAERTS K., *Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*, en *Cahiers de droit européen*, 2009.
- LENAERTS K., *Regulating the Regulatory Process: "Delegation of Powers" in the European Community*, en *European Law Review*, 1993.

- LENAERTS K., VAN NUFFEL P., *European Union Law*, Tercera edición, Sweet & Maxwell, Londres, 2011.
- LIGNOLA E., *La delegazione legislativa*, Giuffrè, Milán 1956.
- LINCOLN A., *Gettysburg Address, 1863*, en H. S. COMMAGER, M. CANTOR, *Documents of American History Volume I*, Nueva York, Prentice Hall, 1988.
- LINDBOLM C. E., *The Intelligence of Democracy, Decision Making Through Mutual Adjustment*, Nueva York, 1965.
- LINDBOLM C. E., *The Science of Muddling Through*, en *Public Administration Review*, 1959.
- LINZ J. J., STEPAN A., *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, The Johns Hopkins University Press, 1996.
- LIPPOLIS V., PITRUZZELLA G., *Il bipolarismo conflittuale: il regime politico della seconda repubblica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007.
- LIZZUL R., LIZZUL F., *I decreti legislativi sulla Dit e sul crédito di imposta*, en *Boll. Trib. Informaz.*, 1998.
- LOCKE J., *Two Treatises of Government – Essay concerning the true Original, Extent and End of Civil Government*, cap. XII, 1689.
- LONGO E., *Dossier di approfondimento. Dati e tendenze dell'attività normativa del governo nel primo anno della XVII Legislatura*, en *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2014.
- LONGO E., *Gli effetti diretti e indiretti dell'integrazione costituzionale europea sulle fonti statali: spunti ricostruttivi*, en *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, 2018.
- LONGO E., *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, en L. CARLASSARE, U. DE SIERVO, V. ONIDA, *Diritto e prassi costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2017.
- LÓPEZ PINA A., *Democracia representativa y parlamentarismo: Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*, Jornadas de Derecho constitucional comparado celebradas los días 5 – 7 de noviembre de 1992, Secretaría general del Senado, Madrid, 1994.
- LOTITO P. F., *Costituzione ed integrazione comunitaria; i riflessi sulla forma di Stato, sul sistema delle fonti e sulla forma di governo*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995.
- LUCIANI M., *Funzione di controllo e riforma del Senato*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016.
- LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, en *Rivista di diritto costituzionale*, 164, 1996.
- LUPO N., *Alcune tendenze relative ai pareri parlamentari sui decreti legislativi e sui regolamenti del governo*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 1998*, Giappichelli, Turín, 1999.
- LUPO N., *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 2000*, Giappichelli, Turín, 2001.

- LUPO N., *Il parere parlamentare sui decreti legislativi e sui regolamenti del Governo*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1999.
- LUPO N., *Il ruolo normativo del Governo*, en *Il Filangeri – Quaderno 2010*, 2010.
- LUPO N., *Intervento*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009.
- LUPO N., *La formazione parlamentare delle leggi di delega*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 2001*, Turín, Giappichelli, 2002.
- LUPO N., *La nuova disciplina del parere su atti normativi del Governo nel regolamento della Camera e le sue possibili conseguenze sul sindacato giurisdizionale*, en V. COCOZZA, S. STAIANO, *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Turín, 2001.
- LUPO N., *Le deleghe del Governo Amato in Parlamento*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1994.
- LUPO N., *Le deleghe legislative*, en B. G. MATTARELLA, E. D'ALTERIO, *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milán, 2017.
- LUPO N., *Lo sviluppo delle deleghe e dei decreti legislativi "correttivi"*, en U. DE SIERVO, *Osservatorio sulle fonti 1996*, Turín, Giappichelli, 1996.
- LUPO N., PICCIRILLI G., *The Italian Parliament in the European Union*, Hart Publishing, Portland, 2017.
- LUPO N., *Tipologia delle deleghe legislative per l'attuazione di direttive comunitarie e problemi del riordino normativo: verso una (ancora maggiore) "confusione delle lingue"?*, en G. GRASSO, *La legge comunitaria 1995-1997: problemi di diritto pubblico comunitario*, en *Gazzetta giuridica*, n. 31, 1998.
- LYTTELTON A., *The seizure of power: fascism in Italy, 1919-1929*, 1987
- M. BARBERO, *LA Corte costituzionale interviene sulla legge "La Loggia". (nota a Corte Cost. 236/2004, 238/2004, 239/2004 e 280/2004)*, en *Forumcostituzionale.it*.
- MACCABIANI N., *I decreti legislativi "meramente ricognitivi" dei principi fondamentali come atti "senza forza di legge"? Breve nota a commento della sentenza n. 280/2004 della Corte costituzionale*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004.
- MAIER C. S., *Recasting Bourgeois Europe: stabilization in France, Germany and Italy in the decade after World War I*, 1975.
- MAJONE G., *Integrazione europea, tecnocrazia, e deficit democratico*, en *Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, 51, 2010.
- MALFATTI E., *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Turín, 1999.
- MALO M., *Testo Unico*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turín, 1999.
- MANETTI M., *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, en *Politica e diritto*, 1997.

- MANETTI M., *Il Parlamento nell'amministrazione dall'ingerenza alla co-decisione*, en *Quaderni costituzionali*, 1991.
- MANGIAMELI S., *The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraints: The Difficult Path to Political Integration*, en *The Consequences of the Crisis on European Integration and on the Member States: The European Governance between Lisbon and Fiscal Compact*, editado por S. MANGIAMELI, Cham, Springer, 2017.
- MANIN B., *Freni, contrappesi e confini: la separazione dei poteri nel dibattito costituzionale del 1787*, en P. COMANDUCCI, R. GUSATINI, *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Turín, 1994.
- MANIN B., *Les deux libéralismes: la règle et la balance*, en C. BIET, I THÉRY, *La famille, la loi, l'État: de la Révolution au Code civil*, Éditions du Centre Georges Pompidou, 1989.
- MANZANELLA A., *Il Parlamento*, II ed. Il Mulino, Bologna, 1991.
- MANZELLA A., *Il Governo in parlamento*, en *L'istituzione Governo: analisi e prospettive*, en S. RISTUCCIA, *Comunità*, Milán, 1977.
- MARANGONI F., *Provare a governare, cercando di sopravvivere: esecutivi e attività legislativa nella seconda repubblica*, University Press, Pisa, 2013.
- MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 Tfeue*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010.
- MARCHETTI G., *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo. Studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milán, 2016.
- MARCUSE H., *Alcune implicazioni della moderna tecnologia*, en A. R. L. GURLAND, O. KIRCHHEIMER, H. MARCUSE, F. POLLOCK., *Tecnologia e potere nelle società post-liberali*, Nápoles, 1981.
- MARTÍN OVIEDO J. M., *Significado y valor de los textos refundidos*, en *Revista de Derecho Financiero*, 1969.
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milán, 1994.
- MASTROIANNI R., PEZZA A., *Access of individuals to the European Court of Justice of the European Union under the new text of article 263, para. 4, TFEU*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014.
- MATHIEU E., *Regulatory Delegation in the European Union. Networks, Committees and Agencies*, London, Springer, 2016.
- MATTARELLA B. G., *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, en *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2, 179, 2017.
- MATTEUCCI N., *Alla ricerca dell'ordine politico. Da Macchiavelli a Tocqueville*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- MAZZIOTTI M., *Libertà e socialismo nell'attuale diritto pubblico inglese*, II, en *Rassegna di diritto pubblico*, 1950.

- MCCORMICK J., *Prophetic Statebuilding: Machiavelli and the Passion of the Duke*, Representations, 2011.
- McCUBBINS M., R. NOLL, B. WEINGAST, *Administrative procedures as instruments of political control*, en *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1987.
- MCKENZIE R. T., *Pressure groups in British Government*, en *Journal of Sociology*, 1955.
- MEERSCH W. J., *La primauté de l'exécutif*, Informe general al VII Congreso de Derecho Comparado de Uppsala, Bruselas, 1966.
- MERLINI S., *Il governo costituzionale*, en *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Raffaele Romanelli ed., 1995.
- MIELE G., *Delega (diritto amministrativo)*, en *Enciclopedia di diritto*, XI, Milán, 1962.
- MILAZZO P., *Turn-over della maggioranza parlamentare e processi di delega in alcune recenti esperienze*, en www.osservatoriosullefonti.it, 2008.
- MILAZZO P., *Uno sguardo sulle prassi e le tendenze della delega legislativa nel decennio 1996-2007*, en P. CARETTI, *Osservatorio sulle fonti 2006: le fonti statali, lo sviluppo di un decennio*, Turín, 2007.
- MILWARD A. S., *The European Rescue of the Nation-State*, Routledge – Taylor & Francis Group, Londres, 1992.
- MODUGNO F., *Analisi delle disposizioni della legge 400/88 relative alla potestà legislativa del Governo. Considerazioni critiche*, en *Scritti in onore di G. Guarino*, III, Cedam, Padua, 1998.
- MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Turín, 1999.
- MODUGNO F., *Atti normativi*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, III, Roma, 1988.
- MODUGNO F., *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, 2014.
- MODUGNO F., *L'invalidità della legge*, Milán, 1970.
- MODUGNO F., *La delega legislativa nell'esperienza delle due ultime legislature*, en www.federalismi.it, 19 ottobre 2015.
- MODUGNO F., *Norma (teoria generale)* en *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milán, 1962.
- MODUGNO F., *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, en F. MODUGNO, *Esperienze giuridiche del '900*, Milán, 2000.
- MONAR J., *The European Union's institutional balance of power after the Treaty of Lisbon*, in *The European Union after the Treaty of Lisbon: visions of leading policy-makers, academics and journalists*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2010.
- MONIAL P.-Y., *Simplifiez, simplifiez, il en restera toujours quelque chose...: la simplification des instruments juridiques de l'Union ou comment en finir avec la hiérarchie des normes*, en RDUE, 2003.
- MONTESQUIEU C. L. S., *De l'esprit des lois*, 1748, Garnier Flammarion, vol. I, Paris, 1979.

- MORI P., *Autonomia e primato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, en G. NESI, P. GARGIULO, *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Trento, 2015.
- MORISI M., PAOLI P., *Parlamento e Unione europea: l'esperienza della legge comunitaria*, en M. MORISI, P. PAOLI, M. RAITERI, G. REBUFFA, F. ZANNOTTI, *I legislatori e il meccanismo parlamentare: analisi delle interviste agli artefici della legislazione*, Cedam, Padua, 1995.
- MORRONE A., *Lo Stato regionale e l'attuazione dopo la riforma costituzionale*, en www.rivistaaic.it, 2, 2016.
- MORTATI C., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milán, 1964.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padua, 1969.
- MORTATI C., *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, en *Stato e diritto*, 1941.
- MORTELLARO I. D., *Tecnocrazia nell'Europa di Maastricht*, en *Dem. Dir.*, 1993.
- MORVAI K., *Retroactive Justice Based on International Law: a Recent Decision by the Hungarian Constitutional Court*, *E. Eur. Const. Rev.*, 1993/1994.
- MÜLLER F., *Juristische Methodis*, Berlín, 1995.
- MUSELLA F., *Governare senza il Parlamento? L'uso dei decreti legge nella lunga transizione italiana (1996-2012)*, en *Rivista italiana di scienza politica*, 3, 2012.
- NASCIMBENE B., ANRÒ I., *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, en *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1, 2017.
- NICOTRA F., *La ricevibilità dei ricorsi per annullamento promossi dai cosiddetti "ricorrenti non privilegiati". Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 03 ottobre 2013 – Causa C-583/11P*, en www.filodiritto.com, 2015.
- NOCILLA D., *Sui rapporti tra definizione dell'oggetto della delega legislativa e formulazione dei principi e criteri direttivi*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2014.
- NOURY A., *Normalisation, règles techniques et environnement: une perspective théorique*, en *Storia parlamentare e politica costituzionale*, 1998.
- ODYSSEOS L., PETITO F., *The International Political Thought of Carl Schmitt: terror, Liberal War and the Crisis of Global Order*, Routledge, Abington, 2007.
- ORLANDO V. E., *Metodo e tecnica giuridica nella dottrina sovietica*, en *Scritti della Facoltà giuridica di Roma in onore di Antonio Salandra*, Vallardi, Milán, 1928.
- PAGANO R., *Introduzione alla legistca, l'arte di preparare le leggi*, Milán, 2004.
- PAGE E., *Policy without Politicians. Bureaucratic Influence in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

- PAJNO S., *Il peso della mitologia politico-giuridica nelle vicende della revisione costituzionale in itinere*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2014.
- PALADIN L., Art. 76, en L. PALADIN, A. GIARDINA, G. ZAGREBELSKY, A. CASSESE, S. BARTOLE, A. PACE, *La formazione delle leggi, Tomo I. Commentario della Costituzione*, ed. I, Roma, 1979.
- PALADIN L., *Decreto legislativo*, en *Novissimo digesto italiano*, V, Turín, 1957.
- PALADIN L., *Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali*, en *Scritti in onore di C. Mortati*, Milán, 1977.
- PALADIN L., *Principi fondamentali. Art. 76*, en G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979.
- PALADIN L., *Presunzione di preminenza della legge delegante sulla legge delegata*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1960.
- PALICI DI SUINI E., *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'Esecutivo*, Giuffrè, Milán, 1998.
- PAMBIANCO C., *L'equilibrio istituzionale nell'Unione Europea*, Alma mater studiorum Università di Bologna, Université de Strasbourg, Bologna, 2014.
- PANEBIANCO A., *Il potere, lo stato, la libertà. La gracile costituzione della società libera*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- PANUNZIO S., *Il sentimento dello Stato*, Libreria del Littorio, Roma, 1929.
- PANZERI A., *Uno spettro si aggira per l'Europa: il fascismo*, en *Italianieuropei* 1/2018 de 14 de febrero de 2018 <https://www.italianieuropei.it/it/la-rivista/archivio-della-rivista/item/3989-uno-spettro-si-aggira-per-l-europa-il-fascismo.html>.
- PASQUINO P., *Uno e trino. Indipendenza della magistratura e separazione dei poteri*, Anabasi, Milán, 1994.
- PATCH JR. W. L., *Heinrich Brüning and the Dissolution of the Weimar Republic*, 1998.
- PATRONO M., *Decreti legislativi e controllo di costituzionalità (aspetti problematici)*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968.
- PATRONO M., *Delegated law-making power e Corte suprema federale*, Bologna, 1969.
- PATRONO M., *Le leggi delegate in Parlamento*, Padua, 1981.
- PATRONO M., *Utilizzo rinnovato della delega legislativa*, en *Dir. Soc.*, 1980.
- PECO F., *Strumenti normativi europei per i prodotti industriali*, Milán, 1991.
- PENSOVECCHIO M. C., *La legge comunitaria nel quadro dei rapporti tra legislativo ed esecutivo*, en *Archivio di diritto costituzionale*, Turín, 1993.
- PÉREZ ROYO J., *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Sevilla, 2014.
- PÉREZ ROYO J., *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PETERSEN F., *Montesquieu's Concept of the Rational (Non-Arbitrary) Modern State*, Hebrew University of Jerusalem, The Richard Koebner Minerva Center for German History, 2019.
- PICCHI M., *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milán, 2011.

- PICCIRILLI G., *Atti legislativi dell'Unione europea*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, Turin, 2015.
- PICCIRILLI G., *Prospettive di organizzazione del "nuovo" Senato*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2016.
- PIERANDREI F., *Corte costituzionale*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milán, 1962.
- PINELLI C., *Le fonti del diritto nell'epoca della internazionalizzazione*, en *Diritto pubblico*, 1995.
- PINELLI C., *Le funzioni del nuovo Senato in riferimento all'adesione della Repubblica all'Unione Europea*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016.
- PITRONE A., *I vizi dell'atto ed alcune recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea*, en *Eurojus*, n. 2, 2019.
- PITRUZZELLA G., *A che serve il Parlamento*, en *Il Sole-24 Ore*, 1998.
- PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale*, en A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1977.
- PIZZORUSSO A., *Il deficit democratico nazionale*, en *Queste istituzioni*, 1994.
- PIZZORUSSO A., *L'attuazione degli obblighi comunitari: percorsi, contenuti e aspetti problematici di una riforma nel quadro normativo*, en *Foro italiano*, 1999.
- PLUTINO M., *Dinamiche di una democrazia parlamentare. Assetti rappresentativi e sviluppi istituzionali*, Carocci, Roma, 2015.
- POLESE M., *La delega legislativa nella crisi economica e le trasformazioni della forma di governo*, en *Rivista del Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, 2017.
- POLILLO G., *Il fondo opaco della crisi e le derive autoritarie*, *Huffingtonpost.it*, 2018.
- POLITI F., *Delega legislativa. Postilla di aggiornamento*, in *Enciclopedia giuridica*, 2006.
- PORCHIA O., *Competenze dell'Unione Europea*, en *Diritto Online*, 2017.
- PORCHIA O., *I ricorsi davanti la Corte di Giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, en P. BILANCIA, M. D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milán, 2009.
- PORCHIA O., SWAN L., CAPUANO D., MARIN N., PETRILLO P. L., RICCIARDELLI M., Odone C., GESTRI C., MINASI N., MARGIOTTA M., PROSPERI E., PETUCCI T., PONZANO P., *"Better regulation" nell'Unione europea: principi, obiettivi e strumenti*, Seminario de 9 y 10 de noviembre de 2015 "Tercer ciclo de seminarios especializados sobre políticas europeas", Roma, 2015.
- PORTINARO P., *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, en *Le vie della civiltà*, ed. Il Mulino, 2007.
- POSNER E. & VERMEULE A., *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. Chi. L. Rev. 1721, 2002.
- POULOU A., *The Liability of the EU in the ESM framework*, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017.

- POWER M., *La società dei controlli: rituali di verifica*, Turín, 2002.
- PREDIERI A., *Erosione e trasferimento di sovranità con norme tecniche*, en *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996.
- PREDIERI A., *Euro poliarchie democratiche e mercati monetari*, Giappichelli, Turín, 1998.
- PREDIERI A., *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, in *Diritto dell'UE*, 1, 1996.
- PREDIERI A., *La produzione legislativa*, en *Il parlamento italiano*, Nápoles, 1963.
- PREDIERI A., *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, en *Il diritto dell'economia*, Modena, 1996.
- PRODI R., *2000-05: Shaping the new Europe. Presentation to the European Parliament by President Romano Prodi. Strategic objectives 2000-05 (COM(2000) 154). The Commission's work programme for 2000 (COM(2000) 155). Resolutions of the European Parliament. Bulletin of the European Union Supplement 1/2000*, 2000.
- RAMETTA P., *La delega legislativa: un Parlamento ghostwriter? Il caso della legge delega n. 42 del 2009*, en *Federalismi.it*, 2015.
- RECORDER DE CASSO E., *La legislación delegada*, en AA. VV., *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
- REDOR M. J., *De l'État légal à l'État de droit: l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française*, 1992.
- REPASI R., *A. Court of Justice Judicial protection against austerity measures in the euro area: Ledra and Mallis*, en *Common Market Law Review*, 2017.
- RESCIGNO G. U., *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Modena, 1999.
- RESCIGNO G. U., *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998.
- RIMOLI F., *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, en F. MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, Giuffrè, Milán, 1999.
- RITLENG D., *The dividing line between delegated and implementing acts: The Court of Justice sidesteps the difficulty in Commission v. Parliament and Council (Biocides)*, en *Common Market Law Review*, 2015.
- ROCCELLA A., *Il ricorso regionale alla Corte nel rapporto tra legge di delega e legge delegata*, en *Le Regioni*, 1991.
- ROCCO A., *La trasformazione dello Stato: dallo Stato liberale allo Stato fascista*, "La Voce" Anonima Editrice, Roma 1927.
- RODRIQUEZ M., *Art. 76*, en *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padua, 1990.
- ROMBOLI R., *Le riforme e la funzione legislativa*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2015.
- ROMITO A. M., *Il ricorso per annullamento ed i limiti alla tutela dei ricorrenti non privilegiati*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2008.
- ROMANO S., *Principi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1947.

- ROMOLI S., *La comitatologia nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria*, en *I comitati nel processo decisionale dell'Unione Europea: un'analisi empirica*, 2012.
- RONCHETTI L., *Sovranazionalità senza sovranità: la Commissione e il Parlamento della UE*, en *Politica del diritto*, 2001.
- ROSE R., *L'espansione della sfera pubblica*, Bologna, 1988.
- ROSENFELD M., *Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity*, en *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, Michael Rosenfeld ed., 1994.
- ROSENFELD M., *The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy*, *Southern California Law Review*, 74, 2001.
- ROSENSTIEL F., *Le Principe de "Supranationalité". Essai sur les Rapports de la Politique et du Droit*, Paris, 1962.
- ROSINI M., *L'attuazione del diritto dell'Unione europea nel più recente periodo: legge di delegazione europea e legge europea alla luce della prassi applicativa*, en *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017.
- ROSS A., *Delegation of Power-Meaning and Validity of the maxim delegata potestas non potest delegari*, 7 *Am. J. Comp. L.* 1, 1958.
- ROSSI E., *Cacofonie giuridiche per gli enti lirici*, en *Le Regioni*, 2001.
- ROSSI E., *Il procedimento legislativo delle leggi "monocamerale": prime considerazioni*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2016.
- ROSSI E., *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e nella XV Legislatura*, Quaderni della Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di perfezionamento, Cedam, Pisa, 2009.
- ROUSSEAU J.-J., *Du Contrat Social*, 1762, Hatier, 2011.
- RUGGERI A., *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Giappichelli, Turin, 1993.
- RUGGERI A., *Fonti europee e fonti nazionali al giro di boa di Lisbona: ritorno al passato o avventura nel futuro*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2008.
- RUGGERI A., *La riforma Renzi e la specialità regionale: problemi aperti e soluzioni sbagliate, ovvero sia ciò che non c'è e che dovrebbe esserci e ciò che invece c'è e che non dovrebbe esserci*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2015.
- RUGGERI A., *Le fonti del diritto eurounitario ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, en P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2014.
- RUGGERI A., *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, en *Rassegna parlamentare: rivista mensile di studi costituzionali e di documentazione legislativa*, 41, 1999.
- RUOTOLO M., *Brevi riflessioni sulla legislazione delegata integrativa e correttiva*, en *Quaderno n. 20 – Seminario 2009*, Giappichelli, Turin, 2010.

- RUOTOLO M., *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, en *Relazione al Seminario "La delega legislativa"*, Roma, 2008.
- RUOTOLO M., SPUNTARELLI S., *Commento all'art. 76*, en R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, II, Turín, 2006.
- RUSSO R., *I comitati nel quadro istituzionale dell'Unione Europea*, Università degli Studi di Perugia, 2009.
- RUSU D., *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875*, 1942.
- SAITTA A., *La forma di governo in Italia tra revisione costituzionale e nuova legge elettorale*, en *www.rivistaaic.it*, 2, 2015.
- SAJÓ A., *The Transformations of Parliament*, 1999.
- SALMONI F., *Le norme tecniche*, Giuffrè, Roma, 2001.
- SALVATORE V., *Nuove norme sull'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto comunitario*, en *Diritto degli scambi internazionali*, 1989.
- SÁNCHEZ S. I., *The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, en *Common Market Law Review*, 2012.
- SANDULLI A. M., *Le norme tecniche nell'edilizia*, en *Studi in onore di Pietro Agostino D'Avack*, Milán, 1976.
- SANTAMARÍA PASTOR J. A., *Principios de derecho administrativo*. Vol. I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- SANTAOLALLA LÓPEZ F., *Tribunal Constitucional y control de legalidad de los decretos legislativos*, en *Revista de Administración pública*, 1993.
- SARMIENTO D., *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National courts, and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, en *Common Market Law Review*, 2013.
- SAULLE M. R., *Direttiva comunitaria*, en *Enciclopedia del diritto*, II, Milán, 1998.
- SAVATIER R., *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, en *Foro italiano*, 1977.
- SAVIGNAC G., SALON M., *Des mosaïques législatives?*, en *Actualité Juridique*, 1986.
- SCHEUERMAN W. E., *Carl Schmitt: The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1999.
- SCHMITT C., *Constitutional Theory*, Translated and edited by J. SEITZER, Duke University Press, Durham and London, 2008.
- SCHMITT C., *Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft*, Universitätsverlag Tübingen, 1950.
- SCHMITT C., *The Concept of the Political*, 1932, George Schwab trad., Rutgers University Press, 1976.
- SCHMITT C., *The Crisis of Parliamentary Democracy*, 1926, Ellen Kennedy trad., MIT Press, 1985.

- SCHMITT C., *Une étude de droit constitutionnel comparé: l'évolution récente du problème des délégations législatives*, Paul Roubier & H. Mankiewicz trad., en *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 1938.
- SCHMITT C., *Verfassungslehre (Dottrina della costituzione)*, Giuffré, Milán, 1984.
- SCHMITT C., *Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung der Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen)* en *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1936.
- SCHÜTZE R., *'Delegated' Legislation in the (new) European Union: A Constitutional Analysis*, in *The Modern Law Review*, 5, 74, 2011.
- SCHWAB G., *The Challenge of the Exception: an Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, 1989.
- SCUDIERO M., *Caratteri fondamentali della delegazione legislativa del Parlamento*, en *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Macerata*, II, 1968.
- SERGES G., *La potestà legislativa delle regioni nel progetto di riforma della Costituzione*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2015.
- SERGES G., *Per un superamento delle 'decisioni rinneganti' in materia di decretazione d'urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, en *Federalismi.it – Focus sulle fonti*, n. 1, 2014.
- SICARI M., *Le "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità*, Padua, 1992
- SICLARI M., *Il Parlamento nel procedimento legislativo delegato*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1985.
- SIEGHART M. A., *Government by decree*, Nueva York, 1950.
- SIMONCINI A., *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milán, 2003.
- SKINNER Q., *A Genealogy of the Modern State*, Proceedings of the British Academy, 2009.
- SMITH A., *La ricchezza delle Nazioni (1776)*, Roma, 1997.
- SMITS J. M., *The Europeanisation of national legal systems: some consequences for legal thinking in civil law countries*, en M. VAN HOECKE, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford: Hart, Vancouver, 2004.
- SOLÉ TURA J., APARICIO M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, 1984.
- SORDI B., *Decostruzioni e ricostruzioni: le ultime fatiche della scienza del diritto amministrativo*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2017.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.
- SORRENTINO F., *Sulla rappresentatività del Senato nel progetto di riforma costituzionale*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016.

- SPAGNOLO A., *The Loan of Organs between International Organizations as a "Normative Bridge": Insights from Recent EU Practice*, en *The Italian Yearbook of International Law*, 2016.
- SPRENGER I., *La notion de lex mercatoria en droit de commerce international*, en *Recueil des cours*, II, 1992.
- STAIANO S., COCOZZA V., *Politiche delle riforme e tensioni nel modelo della delegazione legislativa*, en *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2001.
- STAIANO S., *Decisione política ed elasticità del modelo nella delega legislativa*, Liguori, Nápoles, 1990.
- STAIANO S., *Le leggi monocamerali (o più esattamente bicamerali asimmetriche)*, en *www.rivistaaic.it*, 1, 2016.
- STEINBERGER P.J., *Hobbes, Rousseau and the Modern Conception of the State*, *Journal of Politics*, 70, 2008.
- STEWART J. D., *British Pressure Groups*, Oxford, 1959.
- STROZZI G., *Il Sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, en *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011.
- SUSTEIN C. R., *Constitutionalism After the New Deal*, en *Harvard Law Review*, 447, 1987.
- SZÀJER J., *Informe sobre el poder de delegación legislativa*, Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, A7-0110/2010, 2010.
- TAFANI L., RAVAZZI R., SANSÒ A., CAPORALE M., *Better regulation for better results. Momenti, soggetti e obiettivi delle politiche europee per la qualità della regolamentazione*, en *Esperienze*, vol. 5, Ufficio Valutazione Impatto, Senato della Repubblica, Roma, 2015.
- TARCHI M., Editorial de *Diorama Letterario* 317, 2014, <http://www.diorama.it/diorama-letterario-317/>.
- TARCHI R., FIUMICELLI D., *I poteri normativi di rango primario del Governo nella giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola*, en *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016.
- TARDIEU A., *la revolution à refaire: la profession parlementaire*, 1937
- TARELLO G., *Organizzazione giuridica e società moderna* en G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- TARLI BARBIERI G., *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009.

- TESAURO G., *Procedura di adeguamento al diritto comunitario: problemi antichi e nuovi propositi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992.
- TIZZANO A., *La hiérarchie des normes communautaires*, en A. MATTERA, *La Conférence intergouvernementale sur l'Union européenne: répondre aux défis du XXI siècle*, Bruselas, 1996.
- TIZZANO A., *Note introduttive alla "legge La Pergola"*, en *Foro italiano*, 1989.
- TIZZANO A., *Trattati dell'Unione Europea*, Milán, 2014.
- TIZZANO A., *Verso nuove procedure per l'esecuzione degli obblighi comunitari: "il progetto La Pergola"*, en *Foro italiano*, 1988.
- TODOROV T., *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine*, Seuil, Paris, 1989.
- TONDI DELLA MURA V., *Se il rimedio è peggio del male. I rischi di una riforma costituzionale non emendabile*, en *www.rivistaaic.it*, 3, 2016.
- TOSATO E., *Le leggi di delegazione*, Padua, 1931.
- TOVO C., *I nuovi equilibri tra potere esecutivo e legislativo nell'Unione Europea: l'accordo interistituzionale "Legiferare meglio"*, en *Eurojus*, 2016.
- TRÉMEAU J., *La réserve de loi-compétence législative et Constitution*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1997.
- TRIEPEL H., *Delegation un Mandat im öffentlichen Recht*, Stuttgart, 1952.
- TROPER M., *Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990.
- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, trad. it. *Per una teoria giuridica dello Stato*, Guida, Nápoles, 1998.
- TUCCARI E., *Appunti para una teoría sulla normazione negoziale*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1986.
- TÜRK A., *The Role of the Court of Justice* en M. ANDENAS, A. TÜRK, *Delegated Legislation and the Role of Committees in the EC*, Wolters Kluwer, 2000.
- TUSHNET M., *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 *Yale Law Journal* 1225, 1999.
- VACCÀ C., *Lo sviluppo di un "sistema della qualità" nei rapporti fra la grande impresa e le imprese collegate: il ruolo delle norme tecniche*, en U. DRAETTA, C. VACCÀ, *I contratti di subfornitura*, Milán, 1993.
- VAN DER MEI A., *Delegation of Rulemaking Powers to the European Commission post-Lisbon: Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) Judgment of 16 July 2015, Case C-88/14, European Commission v European Parliament (Visa Reciprocity) Judgment of 17 March 2016, Case C-286/14, Parliament v Commission (Connecting Europe Facility)*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 12, 2016.

- VAN SCHENDELEN M. P. C. M., *EC Committees: Influence counts more than legal power*, in R. H. Pedler, G. F. Schäfer, *Shaping european law and policy: the role of Committees and comitology in the political process*, Maastricht, 1994.
- VEZZANI S., *Sulla responsabilità extracontrattuale dell'Unione Europea per violazione della Carta dei diritti fondamentali: riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia nel caso Ledra Advertising*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017.
- VILLACORTA MANCEBO L., *A propósito de la delegación legislativa y sus posibilidades de control*, en AA. VV., *Parlamento y control del Gobierno*, Aranzadi, Pamplona, 1988.
- VILLACORTA MANCEBO L., *Centralidad parlamentaria, delegación legislativa y posibilidades de control*, Dykinson, Madrid, 1999.
- VILLANI U., *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci, 2017.
- VIRGA P., *Diritto costituzionale*, Milán, 1971.
- VÍRGALA FORURIA E., *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, en *Publicaciones del Congreso de los Diputados, Dirección de estudios y Documentación de la Secretaría General*, Agisa, Madrid, 1991.
- VÍRGALA FORURIA E., *La jurisprudencia y los Decretos legislativos: una permanente ceremonia de confusión*, en AA. VV. *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, III, 1997.
- VITALE G., *La delega dei poteri normative nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea*, en *I quaderni del corso di perfezionamento in Diritto dell'Unione europea dell'Università di Napoli "Federico II"*, Editoriale scientifica, Nápoles, 2019.
- VOGEL K., *Gesetzgeber u. Verwaltung*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 24, Berlín, 1967.
- VON BOGDANDY A., ARNDT F., BAST J., *Legal instruments in European Union law and their reform: a systematic approach on an empirical basis*, en *YEL*, 2004.
- VON BOGDANDY A., *European Law Beyond 'Ever Closer Union' Repositioning the Concept, its Thrust and the ECJ's Comparative Methodology*, en *European Law Journal*, 4, 22, 2016.
- VON FRITZ K., *The Theory of Mixed Constitution in Antiquity: A Critical Analysis of Polybius' Political Ideas*, Columbia University Press, New York, 1954.
- VOSA G., *"Legiferare con intelligenza" fra contenuto e forma: le procedure di codificazione e rifusione nel diritto parlamentare europeo*, en *Osservatorio sulle fonti*, 3/2011.
- WEBER M., *Economia e società*, University of California Press, 1922.
- WEBER M., *Parlament un Regierung im neugeordneten Deutschland, Gesammelten politische Schriften*, Tübingen, 1921.

- WEBER M., *Parlamento e Governo. Per la critica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Roma, 1982.
- WHITTINGTON K. E., IULIANO J., *The myth of nondelegation doctrine*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 165:379, 2017.
- WIDALSKY A., *Budgeting: A Comparative Theory of Budgetary Process*, Boston, 1975.
- WILLE A., *The Normalization of the European Commission: Politics and Bureaucracy in the EU Executive*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- WILLIS J., *The Parliamentary Powers of English Government Departments*, V, 1933.
- ZACCARIA G., VIOLA F., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- ZACCARIA R., ALBANESI E., *La delega legislativa tra teoria e prassi*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009.
- ZAGREBELSKY G., *Conclusioni*, en AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milán, 2009.
- ZAGREBELSKY G., *Introduzione a AA. VV. Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003.
- ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Turín, 1984.
- ZILLER J., *L'eupéisation du droit: de l'Élargissement des champs du droit de l'Union européenne à une transformation des droits des États membres*, editado por Editor & Publisher, Fountain Valley, 2006.
- ZOLLER E., *Droit Constitutionnel* Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

AGRADECIMIENTOS

“Y si nos mordemos el dolor es dulce,
y si nos ahogamos en un breve y terrible
absorber simultáneo de aliento,
esa instantánea muerte es bella.
Y hay una sola saliva
y un solo sabor a fruta madura,
y yo te siento temblar
como una luna en el agua.”

(JULIO CORTÁZAR, *Rayuela*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1963)

Al termine di quella che è l'ultima tappa del mio percorso da studente, desidero ringraziare brevemente coloro che ne hanno fatto parte – in un modo o nell'altro – rendendolo un'indimenticabile esperienza formativa, tanto accademicamente, quanto personalmente.

Agradezco a la profesora Ana María Carmona Contreras, codirectora de la tesis. Desde esa lejana mañana de mayo de 2017, en la que le propuse el proyecto de co-tutela, pasando por el breve paréntesis del máster, hasta la conclusión del doctorado, me ha seguido, aconsejado y ayudado constantemente, introduciéndome en el mundo académico y haciéndome un apasionado del derecho constitucional. Sus severas y precisas correcciones siempre me han dado la tranquilidad de que acabaría presentando un producto de calidad; algún malentendido – siempre resuelto de la mejor manera – me ha dado la oportunidad de madurar como jurista y como hombre.

Ringrazio il professor Erik Longo, condirettore della tesi. Il professore con cui ho affrontato il primo esame universitario – il 15 dicembre del 2010 – è lo stesso con cui concludo, più di dieci anni dopo, la mia carriera da studente. La tesi di laurea, la visita a Siviglia, le chiacchierate sui prodotti Apple, i *briefing* al telefono tra l'Italia e la Spagna, le tirate d'orecchi quando me le meritavo, le discussioni sull'indice della tesi in un autogrill, il costante appoggio per ogni mia iniziativa, sono solo alcuni degli esempi che confermano che dietro al grande costituzionalista, c'è un grande uomo.

Ringrazio parimenti il professor Gianluca Contaldi. Ancorché per un breve periodo, mi ha traghettato con cautela alla conclusione di questo percorso, aiutandomi ad affrontarne le ultime tortuose curve, dimostrando una gentile pazienza.

Agradezco al profesor Fernando Higinio Llano Alonso. Si hoy me hago doctor, es gracias a él, que me propuso la idea de la cotutela y me animó a lanzarme. Cada vez que he necesitado su ayuda, nunca ha fallado, con su cordialidad habitual.

Desidero infine ringraziare le persone a cui ho dedicato il presente lavoro.

Alla mia famiglia, porto sicuro dal quale spiccare il volo e a cui fare ritorno. Siete la più preziosa ricchezza.

A Imperia, complice e compagna di viaggio: sei la ragione per cui cerco di essere ogni giorno un uomo ed una persona migliore.

Ai miei amici, in Italia ed in Spagna: avete colorato i miei ricordi e continuate a farlo con la mia vita.

Tutte le persone citate in queste pagine hanno svolto un ruolo fondamentale nella stesura della tesi, ma desidero precisare che ogni errore od imprecisione è imputabile solo e soltanto a me.

In Osimo, l'anno duemilaventi, addì 26 del mese di dicembre,

Enrico.