

MARCO COSSUTTA, Questioni sulle fonti del Diritto

(Cuestiones sobre las fuentes del Derecho),

abril 2005, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia

El libro cuenta con una Introducción y seis cuestiones. El autor comienza transcribiendo una cita de Vezio Crisafulli acerca de que la idea de fuente, correctamente entendida, no puede escindirse de la idea de norma (del derecho objetivo), sin pretender reducir el derecho a un sentido estrictamente formal, puesto que es esencialmente valorativo y se torna problemático en la medida en que valora acciones. Tal valoración pone de manifiesto su índole regulativa. Las llamadas fuentes del Derecho, evidencian y expresan la intrínseca "regularidad" del fenómeno jurídico. Es indudable que la individualización de cada una de ellas estará determinada por la particular consideración que se tenga acerca del derecho. Las teorías de las fuentes están conectadas de modo inseparable con las teorías del derecho, siendo unas el complemento de las otras. Ambos aspectos de la cuestión pueden reconducirse a dos extremos: el de la autonomía y el de la heteronomía, privilegiándose uno u otro según se privilegien las fuentes de producción autónomas o las de producción heterónomas del derecho. Ahora bien, la teoría moderna de la soberanía ve en el soberano a la única y exclusiva fuente de producción heterónoma de normas jurídicas, al centro mismo de donde irradia el orden jurídico. Precisamente esta teoría es la que intenta poner en duda el autor, partiendo de la misma experiencia jurídica italiana.

Tomando como ejemplo el ordenamiento jurídico italiano, en el sentido de fuente legal de producción de derecho objetivo, el autor menciona la reforma constitucional del artículo 117 del año 2001 que muestra la jerarquía estructural entre los ordenamientos comunitario e internacional con relación a la legislación interna. Por un lado, surge con evidencia la voluntad del legislador de hacer ingresar de modo directo la norma de derecho internacional y de considerarla fuente primaria del ordenamiento. En tal sentido, la Constitución dejaría de gozar del carácter de fuente de producción del derecho objetivo para pasar a ser una fuente subordinada a otra fuente, la de derecho internacional, ya se trate del derecho internacional general o del comunitario (derecho internacional particular). Pero por otro lado, (según el art. 10 Const.), si bien aparece clara la relación del derecho italiano y su adecuación a las normas de fuente consuetudinaria (derecho internacional general) y se excluye la subordinación del derecho consuetudinario al derecho constitucional; no aparece tan clara la relación del derecho italiano con el derecho comunitario, o de origen pacticio, careciendo éste del carácter de fuente primaria, al depender de la ley ordinaria para su aplicación.

Sucede que el derecho comunitario ha ido adquiriendo carácter de fuente nacional ya sea por intermedio de la doctrina o de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (no en mérito a lo dispuesto por el art. 10, sino por el art. 11 que consiente la limitación de la soberanía en aras de favorecer las organizaciones internacionales), llegando la Corte de Justicia hasta a afirmar, en caso de tensión, la superioridad del derecho comunitario sobre el nacional. Con lo cual parece que ha ido perdiendo importancia la distinción entre derecho internacional general y derecho internacional pacticio. En realidad, se ha buscado evitar que el Parlamento se pronunciara dos veces, primero para autorizar y luego para transformar el derecho internacional en ordenamiento

interno. Y en este hecho se manifiesta la oposición a la tradicional teoría de la soberanía y a la de unidad de fuentes normativas, pues se evidencia la necesidad de la existencia de un sistema abierto y dependiente de fuentes externas jerárquicamente superiores e influyentes con relación a las fuentes internas.

Más innovador aún, en el sentido de fuente del derecho, resulta la jurisprudencia de la Corte de Justicia comunitaria, dado que sus decisiones son vinculantes y sus sentencias deben ajustarse obligatoriamente a las decisiones jurisprudenciales precedentes. Constituyen otra fuente externa con respecto a la jurisprudencia de cada uno de los estados miembros.

Tanto la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, como los pronunciamientos de la Corte de Justicia comunitaria evidencian la existencia de dos ordenamientos jurídicos originados en distintas fuentes pero con idéntico ámbito de aplicación territorial e idéntico órgano de aplicación, el juez nacional.

Por su parte, el derecho internacional privado es otra manifestación de pluralismo jurídico que se da por un órgano jurisdiccional, no legislativo, ni constitucional –aunque depotencializado en virtud del control que sobre él se ejerce-. Tiene dos modos de manifestación, según se aplique en virtud de reenvío formal o reenvío material. En el primer caso, la disposición de una fuente extranjera no ingresa en el derecho interno si produce efectos contrarios al orden público; en el segundo caso, la fuente constituida por el sistema de derecho internacional privado no producirá (por definición) una disposición contraria al orden público. Pero, dado que las disposiciones provenientes de fuentes comunitarias, se aplican inmediatamente por las autoridades internas –sin ser sometidas a control de legitimidad-, ello supone un reconocimiento de una pluralidad de ordenamientos operantes en idéntico ámbito territorial, con la consiguiente superposición de fuentes externas sobre las internas y la preponderancia de las fuentes comunitarias sobre estas últimas.

Por último, la actividad de la Corte constitucional también puede ser considerada fuente de derecho objetivo de naturaleza jurisprudencial, ya sea que se expida sobre la legitimidad o ilegitimidad constitucional de una disposición, a través de las llamadas sentencias aditivas, ya sea que se pronuncie realizando reformulaciones interpretativas, caso de las llamadas sentencias sustitutivas. Cuando su actividad es meramente declarativa, configura una fuente de competencia limitada, pero también realiza una actividad de producción y constituye una fuente primaria del ordenamiento, al originar una conducta particular obligatoria.

Por su parte, la reforma constitucional del art. 117 equipara la facultad legislativa de la Región con la del Estado al otorgar a la primera el poder exclusivo de legislar sobre todas las materias no reservadas al Estado unitario. Se colocan en idéntico plano jerárquico con el ordenamiento internacional y comunitario –aunque sólo en lo atinente a determinadas materias-, y la única limitación a la facultad legislativa de la Región descansa en los principios constitucionales. Surge de este modo otra fuente de producción de derecho objetivo de tipo normativa, cuya equiparación jerárquica en lo atinente a la cuestión de las fuentes puede no sólo ocasionar tensiones en torno a la normativa ordinaria sino hasta lesionar los mismos principios constitucionales cuya salvaguarda se pretende.

La misma reforma otorgó rango constitucional al principio de subsidiariedad, al que también puede considerarse fuente del derecho, aunque de modo analógico. Dicho principio puede ser entendido en un doble sentido: como limitación de competencia al ente central, o como instrumento para la mejor efectividad y

eficacia de la actividad de los miembros del Estado. Cabe destacar que ni las Comunas, ni las Provincias, -entes periféricos más cercanos al ciudadano-, poseen potestad legislativa, en consecuencia, sus disposiciones tienen valor de fuentes locales o secundarias.

La importancia en torno a la introducción del principio de subsidiariedad descansa en el hecho de haber puesto de manifiesto que lo que está en la base y lo que constituye el fundamento de toda regulación es la autonomía. Ella es lo que permite reconocer más claramente que el derecho objetivo surge de la capacidad ordenadora de los propios intereses del individuo y no de la voluntad ordenadora y exterior del soberano.

La autonomía se manifiesta más claramente en los contratos aunque la opinión de la moderna doctrina constitucional le niegue al mismo carácter de fuente de derecho, por contener preceptos singulares y concretos, pero reconoce una excepción en los convenios colectivos. Dicha excepción no surge por el hecho de que sus disposiciones regulan la conducta de una pluralidad de personas, sino más bien porque los convenios adquieren fuerza vinculante por el previo "acuerdo" entre los grandes grupos organizados y no por el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Esta, lejos de significar un vínculo surgido del consenso, significa privilegiar una voluntad anárquica que se impone por la fuerza. Así se arriba a un acuerdo por el ejercicio de la fuerza o poder desplegado por los grandes grupos organizados. En definitiva, se reconoce a un particular tipo de contrato la índole de fuente del derecho a causa de que las partes contrayentes se caracterizan por la fuerza que de ellas emana y no por su natural tendencia a la autonomía (en el sentido de consenso, no de anomia). El contrato es sólo un momento en la producción de obligaciones impuestas de modo coactivo y externamente (de manera indirecta por el Estado). Otra cosa supondría contradecir el dogma de la unidad de fuentes normativas y su único origen, el soberano.

Resulta evidente que la posibilidad del ser humano de establecer la norma que regule su propia conducta se opone a la presunción de su natural anomicidad y a la consecuente necesidad de una intervención forzada por parte del Estado para poner orden. Ni el Estado es la única fuente de derecho objetivo, ni sólo puede existir una fuente de producción heterónoma del derecho. La natural tendencia del ser humano a la autonomía se manifiesta en su natural inclinación al bien común temporal. Semejante ordenación torna ineludible la necesidad de la existencia de una pluralidad de fuentes de donde emane el Derecho, y es el único modo de hacer posible su vigencia, su positivización, su concreción.

Maria de Todos los Santos de Lezica