

La transformación del sistema de fuentes del Derecho en la emergencia pandémica*

The transformation of the system of sources of law in the pandemic emergency

Por BALDASSARE PASTORE
Università de Ferrara

RESUMEN

La gestión de la emergencia pandémica ha amplificado algunas tendencias en marcha en la estructura actual de las fuentes del derecho. La disciplina jurídica se configura en un contexto caracterizado por la convivencia y el concurso de varias fuentes y múltiples sujetos reguladores. Esto produce una relativización del principio de tipicidad de las formas y de las fuerzas normativas, así como una creciente variedad de las reglas jurídicas, que oscurece su orden jerárquico. El sistema de las fuentes se desestructura, se fragmenta y adquiere una dimensión reticular. En la fase actual de profunda reestructuración del paisaje jurídico el ordenamiento existe en la relación que conecta múltiples actos normativos, diversamente vinculantes. La regulación hard y soft refleja una compleja articulación de las fuentes que afecta a la seguridad jurídica y a la interpretación.

Palabras clave: fuentes del Derecho, pandemia, técnicas regulatorias, soft law, seguridad jurídica, interpretación.

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

ABSTRACT

The management of the pandemic emergency has amplified some current trends regarding the structure of the sources of law. Legal discipline is configured in a context characterized by the coexistence and competition of various sources and multiple regulatory subjects. This produces a relativization of the principle of typicality of the forms and of their binding force, as well as an increasing variety of legal rules, which obscures their hierarchical order. The system of sources breaks down and fragments. It acquires a reticular dimension. In the current phase of profound restructuring of the legal scenario, the legal order exists in the relationship that connects multiple normative acts, diversely binding. Hard and soft regulation reflects a complex articulation of sources that affects legal certainty and interpretation.

Keywords: sources of law, pandemic, regulatory techniques, soft law, legal certainty, interpretation.

SUMARIO: 1. EL ESCENARIO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO. – 2. UN DERECHO HIPERBÓLICO. – 3. EL USO DEL *SOFT LAW*. – 4. REGLAS Y CERTEZA.

SUMMARY: 1. THE CONTEMPORARY LEGAL SCENARIO. – 2. A HYPERBOLIC LAW. – 3. THE USE OF *SOFT LAW*. – 4. RULES AND CERTAINTY.

1. EL ESCENARIO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

La pandemia del COVID-19 ha irrumpido en la historia del siglo XXI afectando a todo el tejido de la convivencia y permeando todos los aspectos de la vida y de las relaciones intersubjetivas. Se han puesto en cuestión hábitos cotidianos, formas de vida, modalidades de la acción social, que obligan a repensar las relaciones con la ciencia, con la economía, con los modelos de desarrollo, con la naturaleza, a causa de la progresiva degradación del ecosistema global².

La emergencia pandémica, además, ha producido una serie de consecuencias referidas al ámbito institucional y jurídico. En nuestros ordenamientos tales consecuencias se reflejan en el cuadro de las fuentes; en los equilibrios de la forma de gobierno, con la trans-

² Sobre el tema, limitándome a la literatura en lengua italiana, reenvío a las contribuciones publicadas en: ZACCARIA, G. (ed.), *Dopo l'emergenza. Dieci tesi sull'era post-pandemica*, Padova, Padova Press, 2020, y en FRANZESE, L., INCAMPO, A. (ed.); *Potere e libertà al tempo delle emergenze*, Bari, Cacucci, 2021.

ferencia de las competencias del legislativo al ejecutivo; en las relaciones entre Estado y autonomías locales; en el ejercicio de los derechos de libertad³.

En lo que sigue, haciendo una específica referencia a Italia, asumida como ejemplo emblemático de las transformaciones que afectan a los actuales ordenamientos jurídicos liberal-democráticos, se dedicará atención a la crisis en que se encuentra el sistema de fuentes.

El tema de las fuentes –fundamental en cualquier aproximación a la experiencia jurídica– tiene que ver con la identificación del Derecho. Tras el tiempo de la codificación, en el siglo XVIII y a principios del XX, las fuentes encuentran una configuración ordenada en un sistema con sus propias reglas, con su geometría, puntos estables y seguros, una diferencia de eficacia formal, que constituye un dato indiscutido para los destinatarios y los operadores del Derecho⁴. Dicho sistema se construyó sobre las líneas simples y regulares de un conjunto normativo basado en la ley, esencial criterio de orientación en la pluralidad de fuentes, donde la vigencia del principio de legalidad hacía las manifestaciones del poder ejecutivo derivadas precisamente de la ley o subordinadas a ella, con la homogénea degradación de norma superior a norma inferior⁵. Se trataba de un edificio «neoclásico» que, no obstante, se ha transformado en una «construcción barroca» llena de figuras no todas ellas incluidas de un modo armónico⁶. El sistema se desestructura, se presenta desordenado, se vuelve –recurriendo a un oxímoron– «asistemático»⁷.

La complejidad del Derecho contemporáneo⁸, resultado de la presencia compartida de diversos plexos normativos en interacción, rediseña el conjunto de las fuentes, que a menudo escapan a un encuadramiento preciso.

Tradicionalmente, de «fuente del Derecho» se tiene una noción material y otra formal. Según la noción «material», el sintagma deno-

³ CARETTI, P., «I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato», *Osservatorio sulle fonti.it*, 13, fascicolo speciale, 2020, pp. 295-298; CORSO, G., «Emergenza e organizzazione», *P. A. Persona e Amministrazione*, núm. 2, 2020, pp. 13-17.

⁴ CARLASSARE, L., «Fonti del diritto (diritto costituzionale)», *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 536-537.

⁵ MODUGNO, F., «Fonti del diritto (gerarchia delle)», *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 566 ss.

⁶ SILVESTRI, G., «“Questa o quella per me pari sono...”». Disinvolture e irrequisitezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto», en AA. VV.; *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, Edizioni Plus, 2006, p. 173.

⁷ RUGGERI, A., «Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del COVID-19», *Consulta online*, núm. 3, 2020, p. 684.

⁸ FALZEA, A., «Complessità giuridica», *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 206-209; RUHL, J. B., «Law’s Complexity: a Primer», *Georgia State University Law Review*, 24, 2008, pp. 885-911; PASTORE, B., VIOLA, F., ZACCARIA, G., *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 283-284.

ta todo acto o hecho que produzca Derecho. A la luz de esta definición, para saber si un cierto acto o hecho es fuente del Derecho es necesario identificar su contenido o su resultado. De acuerdo con la noción «formal», el sintagma denota todo acto o hecho autorizado a producir normas, independientemente de los contenidos o de los resultados. De ello se sigue que, para saber si un determinado acto o hecho es fuente del Derecho, basta mirar si en un ordenamiento jurídico existe una norma (sobre la producción jurídica) que autoriza al acto o hecho en cuestión a crear Derecho⁹. En el panorama jurídico actual, sin embargo, la distinción entre fuente en sentido material y fuente en sentido formal ha sido superada¹⁰, lo cual evidencia la no exhaustividad de todas sus clasificaciones. Se asiste a la imposibilidad de reconducir las fuentes solamente a elencos predefinidos basados en el *nomen iuris* y/o en el procedimiento de producción. La identificación de las fuentes depende de manera determinante de las actividades de los intérpretes, de los aplicadores del Derecho, que parecen tener notables márgenes de maniobra en la atribución misma de la calificación de fuente del Derecho a ciertos documentos¹¹. La identificación, a su vez, interviene en la conformación de las relaciones entre las diversas fuentes y en la composición de los conflictos que pueden generarse entre las normas¹². Múltiples son los actos con los que se crean, modifican, extinguen, normas generales y abstractas y/o normas individuales y concretas. Existen, además, fuentes *extra ordinem*, no disciplinadas por reglas sobre la producción jurídica, sino que operan sobre la base del principio de efectividad. El Derecho puede nacer tanto en las formas prescritas como en formas diversas¹³ que reenvían al momento decisional-recognitivo conectado a los procesos de positivación jurídica¹⁴, con la consecuencia de que los actos y comportamientos que tienden a la creación del Derecho cuando alcanzan el efecto normativo son en parte todos iguales e igualmente vinculantes¹⁵. Así, nuevos actos normativos emergen junto a

⁹ GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 57-59, 64-65; ID., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 51-52, 67-68. Cfr. además SHINER, R. A., *Legal Institutions and the Sources of Law*, Dordrecht-Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 2005, pp. 2-5.

¹⁰ LIPARI, N., «Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXVII, 2013, pp. 1213-1214, 1216-1217, 1220-1221.

¹¹ ZACCARIA, G., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 58; PINO, G., *Interpretazione e «crisi» delle fonti* Modena, Mucchi, 2014, pp. 10, 62-63.

¹² MODUGNO, F., «È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?», en SICLARI, M. (a cura di); *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 4.

¹³ *Ibidem*, pp. 7-9.

¹⁴ CATANIA, A., *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 11-12, 27-29, 31.

¹⁵ ESPOSITO, C., «Consuetudine (dir. cost.)», *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 468.

los ya conocidos. El Derecho constata la presencia de diversos tipos de materiales normativos, destinados a orientar la conducta en sectores y ámbitos de intervención, producidos en base a modalidades que a menudo exceden de los típicos procedimientos de formación, dotados de diverso valor preceptivo¹⁶.

El escenario que tenemos frente a nosotros, vuelve dudosa toda representación del Derecho concentrada en la voluntad del productor de la norma y en su acto de producción, que se vincula a la supremacía de la ley¹⁷. Decece la centralidad de aquel principio ordenador que produce una representación del sistema como una «pirámide»: metáfora de aquella «verticalidad jerárquica» que seguramente ha tenido una preeminencia histórica y cultural, confirmando organicidad y compactibilidad al sistema de fuentes, pero que hoy, en presencia de escalones de la pirámide abarrotados e inconexos, parece cada vez menos exhaustiva y tampoco posible¹⁸. Las transformaciones de las organizaciones jurídicas abruma a la pirámide, símbolo arquitectónico de un orden que coloca las relaciones entre los actos normativos a lo largo de líneas ascendentes y descendentes¹⁹.

La proliferación y la fragmentación de las fuentes²⁰, el policentrismo normativo²¹ y la ósmosis entre ordenamientos (nacional, supranacional, internacional) impiden toda lectura del fenómeno jurídico de acuerdo con esquemas jerárquicos, orientando hacia una configuración pluralista²². El orden piramidal tiende a desmenuzarse²³. Solo una parte del Derecho actual se explica a partir de tal modelo. Se siente la exigencia de cambiar de paradigma. Asume consistencia el de la

¹⁶ PASTORE, B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014, pp. 31-32.

¹⁷ GROSSI, P., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 265.

¹⁸ MODUGNO, F., «Fonti del diritto (gerarchia delle)», *op. cit.*, p. 563.

¹⁹ La pirámide es símbolo arquitectónico de un orden que coloca las relaciones entre los órdenes normativos a lo largo de líneas jerárquicas. Define la estructura del orden jurídico, que tiene como horizonte el Estado nacional moderno y que encuentra en la teorización gradualista kelseniana su más clara configuración. Cfr. KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, pp. 123 ss., 131 ss.; ID., *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, pp. 228 ss.

²⁰ ZACCARIA, G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 13 ss., 23 ss.

²¹ Para un análisis del fenómeno cfr. PETERSEN, H., ZAHLE, H. (eds.); *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot-Brookfield USA-Hong Kong-Sydney, Dartmouth, 1995; HIRVONEN, A. (ed.); *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, London, Pluto Press, 1998.

²² Sobre la tensión y el contraste entre jerarquía y pluralismo cfr. PEREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, pp. 83-87.

²³ Con referencia al modelo kelseniano, véase PEREZ LUÑO, A. E., *La filosofía del derecho como vocación, tarea y circunstancia. Lección Jubilar*, Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2017, pp. 54-59.

«red»²⁴, que reenvía a una realidad marcada por la multiplicación de centros de producción y de las delegaciones del poder normativo, y también caracterizada por la interconexión entre varios sujetos y posiciones, en un juego de recíprocas tramas, condicionamientos e integraciones²⁵. Muy a menudo, en esta dinámica hay que enfrentarse a «jerarquías enredadas», en las que un órgano inferior, que en base a la lógica jerárquica debería desarrollar una función meramente pasiva, contribuye, junto al órgano superior, a la creación de la norma²⁶.

El surgimiento del paradigma de la red, en realidad, no implica la desaparición del viejo modelo: ambos son contemporáneos y complementarios²⁷. La red, no obstante, permite evidenciar nuevas dinámicas de las organizaciones jurídicas, caracterizadas por una condición de relatividad generalizada. El Estado ya no es el lugar exclusivo de la soberanía, que, por otra parte, se despliega en varios niveles, en relación a los poderes públicos, (infraestatales, estatales y supraestatales), y se redistribuye también entre poderes privados; la voluntad del legislador ya no es asumida como un dogma; los poderes interactúan; las delegaciones del poder normativo se multiplican; se amplía el papel creativo de la jurisprudencia; la justicia se asume cada vez más en términos de balanceo de intereses y valores, diversos y variables; surgen nuevos sujetos y nuevos «objetos» jurídicos; la positivación jurídica resulta de la actividad de una pluralidad de autores-intérpretes encaminados a adaptar los textos jurídicos a la particularidad de los diversos contextos aplicativos²⁸.

La red implica la presencia de una textura constituida por hilos y nudos, unidos entre ellos por vínculos, que aseguran interconexiones. Se trata de «estructuras abiertas», caracterizadas por tramas de relaciones entre los elementos, sin que se pueda establecer un punto de partida obligado o una única vía de acceso. La coordinación entre nudos se acompaña por una cierta inestabilidad entre estos mismos nudos, desde el momento en que se determinan cambios continuos y equilibrios provisionales, que requieren aprendizaje permanente y

²⁴ Sobre el paradigma de la red, se reenvía a OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 43 ss., 49 ss.

²⁵ Cfr. CASSESE, S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 21-25; VOGLIOTTI, M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 29-30, 269-285; PASTORE, B., «Pluralismi giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 50, 2021, pp. 401-414.

²⁶ Sobre el punto cfr. OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, París, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 105-111.

²⁷ LOSANO, M. G., «Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXXII, 2005, pp. 425-429.

²⁸ PASTORE, B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., pp. 38-40, 57-59, 66-73.

ajustes parciales. Esta precariedad y ductilidad de la estructura hace incierto e imprevisible el cuadro normativo²⁹.

La metáfora de la red invita a poner el acento en el concepto de relación. El Derecho aparece como un conjunto de modalidades relacionales y organizativas que «se hace» constantemente, en la conjunción de las interdependencias, a través de flujos hermenéuticos generados por los actores conectados a la red. Los procesos jurídicos son observados en la óptica de una interacción articulada y fluida de asociaciones y disociaciones de diverso grado e intensidad. El Derecho, en cuanto red de flujos interpretativos y decisionales, requiere de una labor de tejido entre los materiales jurídicos³⁰, capaz de identificar las relaciones significativas. El ordenamiento, por tanto, es el resultado *in fieri* de continuas combinaciones e integraciones entre plexos normativos.

El conjunto de fuentes, por tanto, define una configuración compleja, caracterizada en sentido altamente plural, desestructurada y des-tipificada: ya no es expresión de un *fluir* normativo uniforme que parte de un único centro de autoridad, sino el resultado de interacciones inestables entre múltiples tipos de autoridad, o pretensiones de autoridad, situados en diferentes lugares o en diferentes procesos en el interior y en el exterior del mismo Estado³¹.

Se trata de un archipiélago³² móvil de fuentes en competición entre ellas; condicionado por trayectos de regulación establecidos desde puntos diversos, que ven la participación de múltiples sujetos; caracterizado por una gran fluidez, variabilidad, inestabilidad; que consigue equilibrios provisionales³³. Las relaciones entre fuentes y/o normas se encuentran determinadas de modo preponderante por las actividades interpretativas de los juristas y de los órganos de aplicación.

2. UN DERECHO HIPERBÓLICO

Las respuestas jurídicas ofrecidas para frenar la difusión del contagio por COVID-19 han confirmado y, en muchos aspectos, amplificado la crisis endémica, estructural, ya no reversible, en que se encuentra el sistema de fuentes³⁴, dejando huellas profundas en el

²⁹ Cfr. CATANIA, A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'era globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 79.

³⁰ VOGLIOTTI, M., *Tra fatto e diritto*, op. cit., pp. 218, 302, 306.

³¹ VIOLA, F., *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 144.

³² La metáfora del archipiélago es utilizada por TMSIT, G., *Archipel de la norme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

³³ ZACCARIA, G., *La comprensione del diritto*, op. cit., pp. 46, 48-50, 56-57.

³⁴ RUGGERI, A., «Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica del sistema delle fonti», *Consulta on line*, núm. 1, 2020, pp. 210-214.

ordenamiento. La emergencia pandémica, de hecho, ha contribuido a hacer saltar los esquemas corrientes, obligados a cambios y torsiones que, ya visibles desde hace algunos lustros, no sólo en el Derecho italiano, se muestran ahora en formas exasperadas.

Dicha emergencia se convierte en el ámbito de regulación en el que aflora un Derecho «hiperbólico», superabundante, fruto de una incesante y poco sedimentada producción jurídica, donde las figuras normativas que distinguen el ordenamiento conocen una intensificación y una aceleración desconocidas en su estado de vida ordinaria³⁵.

Con la pandemia hemos asistido, en Italia, a una proliferación incontrolada de las tipologías de actos: decretos del presidente del Consejo de Ministros, decretos-leyes, decretos ministeriales, resoluciones del Consejo de Ministros, órdenes del ministro de Salud, decretos ministeriales, órdenes de los presidentes de las Regiones y de los alcaldes, órdenes y decretos del jefe de Protección civil, recomendaciones e informes de entes y administraciones centrales³⁶. Muchos de estos actos se han situado en los niveles más bajos del sistema, con evidente alteración de las reservas de ley establecidas en la Carta constitucional como garantía de que todas las decisiones más importantes sean adoptadas por el Parlamento, tras un contraste pluralista, operante como modalidad deliberativa y como instancia de control³⁷. De ahí resulta una «pirámide invertida,» en la que se convierten en decisivos actos de producción jurídica que, a pesar de tener por objeto bienes de relieve constitucional, son ignorados por la Constitución o no considerados de rango primario, incidiendo en previsiones constitucionales en relación con un conjunto de derechos, todos y contemporáneamente expuestos a un estado de sufrimiento y sometidos a sacrificios³⁸.

Esta cuestión reenvía a la configuración del principio de legalidad, que consiste en la previsión y en la disciplina normativa de los actos jurídicos y de sus efectos. Dicho principio, en realidad, sigue las circunstancias vinculadas a la transformación del Estado de Derecho, que

³⁵ SCODITTI, E., «Il diritto iperbolico dello stato di emergenza», *Questione Giustizia*, núm. 2, 2020, pp. 31-32; DE SIERVO, U., «Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni», *Osservatorio sulle fonti*, 13, fascicolo speciale, 2020, pp. 301-302.

³⁶ CELOTTO, A., «Costituzione e coronavirus», en AA. VV., *Il diritto e l'eccezione. Stress economico e rispetto delle norme in tempi di emergenza*, Roma, Donzelli, 2020, pp. 27-32; LUCIANI, M., «Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza», *Rivista AIC*, núm. 2, 2020, pp. 109 ss., 116 ss.; STAIANO, S., «Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia», *Rivista AIC*, núm. 2, 2020, pp. 536-545.

³⁷ RUGGERI, A., «Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica del sistema delle fonti», *op. cit.*, pp. 212-213.

³⁸ RUGGERI, A., «Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del COVID-19», *op. cit.*, pp. 690, 696-697.

es expresión empleada con dos significados diversos, a los cuales corresponden dos modelos distintos: el legislativo y el constitucional³⁹.

En el Estado legislativo de Derecho, el principio de legalidad exige: a) que la actividad de los órganos públicos no sea contraria a la ley; b) que exista una base legal para el ejercicio del poder; c) que el contenido de los actos emanados sea conforme al de la ley⁴⁰. Los poderes públicos, en este modelo, son conferidos por la ley y ejercidos en las formas y a través de los procedimientos establecidos por aquella.

En el Estado constitucional de Derecho, los poderes públicos y, en general, la entera producción jurídica, están vinculados al respeto de los principios establecidos por las disposiciones constitucionales. En sistemas regidos por constituciones rígidas y garantizadas, el principio se extiende a la función legislativa, de forma que ésta sea desarrollada conforme a la constitución. La ley se encuentra subordinada a la constitución, jerárquicamente supraordenada, y se vuelven relevantes ya no sólo la forma de la producción jurídica, sino también los contenidos normativos.

La legalidad, por tanto, por múltiples motivos, afecta al plano de las fuentes y a la tipología de los actos legitimados para producir Derecho. Se refiere a la adecuación de las fuentes concretas a los criterios organizativos, procedimentales y de contenido establecidos por las normas sobre la producción jurídica⁴¹.

La metáfora de la «cadena normativa»⁴², referida a las relaciones formales entre las fuentes y entendida como secuencia de conexiones justificantes, difícilmente se adapta a una realidad en la que el acervo de actos emanados por las diferentes autoridades manifiesta una especie de flujo a través de líneas discontinuas que discurren en un delta reticular⁴³.

No se puede dejar de evidenciar, a este respecto, como, en Italia, la producción de decretos del presidente del Consejo de Ministros, en aplicación del decreto-ley núm. 6 de 2020, se ha producido sobre la base de una «delegación en blanco», ciertamente no compatible con la esencia del principio de legalidad sustancial, que no permite una absoluta indeterminación del poder conferido a una autoridad administrati-

³⁹ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 432-434, 485-488, 515, 567-568, 596-597.

⁴⁰ Cfr. GUASTINI, R., «Legalità», en PINO, G., y VILLA V. (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 137-152. Como es sabido, tradicionalmente, la problemática específica del principio de legalidad se refiere a las relaciones entre poder legislativo y poder ejecutivo (administración). Tiene, sin embargo, como tercer término necesario, al poder jurisdiccional, en función de control del respeto de los actos del legislador por parte de la administración.

⁴¹ ZAGREBELSKY, G., *Manuale di diritto costituzionale*. I. *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1987, pp. 31, 36 ss.

⁴² LUCIANI, M., «Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza», *op. cit.*, pp. 109 ss., 111 ss.

⁴³ STAIANO, S., «Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia», *op. cit.*, p. 544.

va, teniendo, como efecto, la atribución de una libertad plena (por tanto sin limitación alguna de forma y/o de contenido) a quien es investido de la función⁴⁴. Tampoco debe pasarse por alto el impulso a una desenvuelta reescritura de la legalidad, resultado de la afirmación de la prevalencia de la fuente regional sobre la estatal, con la consecuente creación de disciplinas «con piel de leopardo»⁴⁵ caracterizadas por la falta de homogeneidad territorial y por la diferencia de trato, en una materia en la que la competencia corresponde al Estado⁴⁶.

Resta el hecho de que una aluvional, concurrente y fragmentada producción normativa, caracterizada por la contingencia, por su carácter extraordinario y por la atipicidad, ha sometido a presión la coherencia ordinamental vinculada a parámetros constitucionales.

3. EL USO DEL *SOFT LAW*

La emergencia pandémica ha sido gestionada en muchos aspectos a través de medidas de naturaleza administrativa. Se ha tratado de decretos, ordenanzas, circulares, líneas guía, recomendaciones, directivas, instrucciones, acuerdos, que han incidido de forma pesada en la certeza del Derecho, aumentando las dificultades interpretativas y haciendo extremadamente difícil, si no imposible, para los ciudadanos saber cuáles eran los comportamientos admitidos y cuáles los prohibidos⁴⁷.

Las medidas mencionadas se sitúan, en buena medida, en el ámbito del *soft law*, locución generalmente utilizada para indicar una serie de actos, no homogéneos en cuanto a su origen y naturaleza, que, si bien carentes de efectos jurídicos vinculantes, resultan de diferente modo jurídicamente relevantes⁴⁸. Orientan la actuación de los sujetos destinatarios empujándolos a la consecución de determinados objetivos, incidiendo generalmente en su colaboración voluntaria.

El *soft law*, en realidad, constituye un cambio del modelo de regulación, atento a la exigencia de hacer de la normación un instrumento capaz de adaptarse a situaciones de continuo cambio e idóneo para desarrollar funciones diversas: de guía, de persuasión, de información y comunicación, de socialización respecto a las finalidades que las reglas intentan poner en marcha, de orientación del proceso de inter-

⁴⁴ CELOTTO, A., «Costituzione e coronavirus», *op. cit.*, pp. 40-41.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁶ STAIANO, S., «Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia», *op. cit.*, pp. 541-542.

⁴⁷ CELOTTO, A., «Costituzione e coronavirus», *op. cit.*, p. 29.

⁴⁸ PASTORE, B., «Soft law y la teoría de las fuentes del derecho», *Soft Power*, I, núm. 1, 2014, pp. 75-89.

pretación de las mismas reglas⁴⁹. En un panorama jurídico, donde resulta considerable la variedad creciente de las fuentes, junto a la relativización del principio de tipicidad de las formas, el *soft law* representa uno de los factores de manifestación de la normatividad jurídica. La heterogeneidad aparece como uno de sus rasgos peculiares, vinculado a la dimensión multifuncional no siempre reconducible a los elementos típicos de las tradicionales fuentes. En este sentido, se sitúa como fuente *extra ordinem*, que convive con las fuentes de *hard law*, insertándose en el proceso generativo de reglas. Así, también las normas de conducta *soft* producen consecuencias, efectos prácticos, que se traducen *prima facie* en una «influencia» respecto a los destinatarios, pero que, en la concreta configuración ordinamental, pueden tener una incidencia jurídica directa, inmediata.

De ello son un ejemplo significativo, en la gestión jurídica de la pandemia de COVID-19 en el contexto italiano, aquellas normas, provenientes de actos no ciertamente reconducibles a la categoría de las fuentes formales, que han asumido una relevancia a menudo decisiva convirtiéndose en las reglas principales de la vida cotidiana. Basta pensar en las FAQ (*Frequently Asked Questions*), publicadas en las páginas de la Presidencia del Consejo, del Ministerio de la Salud, de la Protección civil, que dan indicaciones operativas (encaminadas a una aplicación homogénea) sea en la interpretación de disposiciones normativas, sea en la clarificación y ejemplificación de conceptos indeterminado, sea en la determinación de contenidos específicos de acción⁵⁰, en el contexto de las medidas de contención de la emergencia epidemiológica. El tema afecta a la producción normativa «infrajurídica», relativa a todas aquellas reglas, adoptadas por fuentes atípicas con la finalidad de circunscribir el ámbito de los textos normativos, pero que a menudo tienen contenidos innovadores o derogatorios respecto a las fuentes formales⁵¹.

En el marco de los cambios del paisaje jurídico, en cualquier caso, se constata que el mundo de la juridicidad asume aspectos dúctiles, porosos, diferenciados, multiformes, que rediseñan las relaciones entre legalidad, legitimidad y eficacia. Se constata, además, que disminuye la posibilidad de diferenciar claramente la dimensión «per-

⁴⁹ FERRARESE, M. R., «Soft law: Funzioni e definizioni», en SOMMA, A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 80-82.

⁵⁰ LO CALZO, A., «Emergenza e infradiritto. Limiti ai diritti fondamentali, regole di condotta e canoni di interpretazione», *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 22, núm. 3, 2020, pp. 403-404, 413-414; VENANZONI, A., «La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2», *Federalismi.it. Osservatorio Emergenza COVID-19*. Paper - 20 maggio 2020, pp. 15-17; SCHIAVELLO, A., «“La grida canta chiaro”... o forse no. Qualche osservazione a partire da un esercizio di interpretazione giuridica», *Lo Stato*, 14, 2020, pp. 367-384.

⁵¹ LO CALZO, A., «Emergenza e infradiritto. Limiti ai diritti fondamentali, regole di condotta e canoni di interpretazione», *op. cit.*, pp. 397 ss., 400-401, 404.

suasiva» de las normas de la «vinculante». Su fuerza obligatoria, de hecho, varía, mostrando el funcionamiento plural y gradual de la positividad jurídica, que se sitúa a lo largo de un *continuum* relativo a la vigencia, a la validez, a la efectividad, al valor preceptivo, a la coherencia, al índice de conformidad de los materiales normativos.

Permanece firme, en todo caso, la exigencia de la compatibilidad ordinamental, del control y de la justificación argumentativa, que contribuye a liberar la prescripción jurídica de la sospecha de arbitrariedad, para garantizar la igualdad, la certeza, la proporcionalidad, la imparcialidad.

4. REGLAS Y CERTEZA

Las fuentes, si bien presentando diversos grados de objetivización, de elaboración, de determinación⁵², son los lugares privilegiados, los recursos principales para articular el modo jurídico de guiar las acciones humanas, asumiendo que los ciudadanos usan las reglas producidas como actos considerados por ellos idóneos.

Las reglas son razones para la acción (para emprenderla o para abstenerse de emprenderla), para llevar a cabo elecciones o tomar decisiones. Seguir una regla implica ser guiados por una regla, actuando en línea con sus indicaciones y en cumplimiento de cuanto prescribe. El uso de las reglas jurídicas se vincula a la aceptación de los criterios para individualizar cuáles sean. Dicha aceptación es justificada por su pretensión de ofrecer estándares comunes de comportamiento, de crear una red de expectativas estables que permita a los individuos alcanzar sus fines personales en una lógica de interacción⁵³.

La gestión de la emergencia pandémica, caracterizada por una producción jurídica que ha dejado un rastro profundo en la articulación de las fuentes y en los procedimientos de regulación empleados, ha vuelto inestable la relación entre ciudadanos e instituciones; la ha fragilizado, como consecuencia de la confusión producida por el incremento de las medidas adoptadas y por el conflicto con el resto del conjunto normativo, sobre todo de nivel regional y local.

Todo ello ha hecho difícil la orientación de los ciudadanos y de los operadores y ha incidido en la certeza, entendida como cognoscibilidad *ex ante* de las consecuencias jurídicas de los comportamientos de los individuos, basada en el conocimiento de las normas; como previsibilidad de la intervención (o de la no intervención) de los órganos

⁵² ROSS, A., *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons Ltd., 1958, p. 77; SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 201.

⁵³ VIOLA, F., y ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 9.^a edizione, Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 36.

con competencia decisional o meramente ejecutiva en relación con los concretos supuestos de hecho; como previsibilidad de la consecuencia de cada intervención llevada a cabo por dichos órganos; como accesibilidad al conocimiento de las prescripciones jurídicas por parte de sus destinatarios; como precisión de las calificaciones jurídicas; como claridad y inteligibilidad de las directivas comportamentales contenidas en las normas jurídicas; como determinación de las competencias y de las recíprocas relaciones entre poderes públicos⁵⁴. Tales acepciones de certeza jurídica, en realidad, se encuentran en el corazón de la coordinación entre acciones individuales e instituciones, y expresan la exigencia de sustraer los asuntos humanos a la inestabilidad y a la inseguridad. La certeza es una condición de posibilidad de la interacción social, que reenvía a la existencia de un clima general de confianza y se presenta como elemento constitutivo del fenómeno jurídico, como su valor específico, contribuyendo a la aceptabilidad racional de las decisiones⁵⁵. Hay que subrayar, a propósito, que la certeza es un presupuesto necesario de la previsibilidad. Pero, mientras que la certeza se refiere propiamente a la fase enunciativa, la previsibilidad se conecta directamente también con la fase aplicativa, es decir, con las consecuencias pronosticables⁵⁶.

La multiplicación de los centros de producción normativa y la complicación de las fuentes, además, plantean algunos problemas que afectan al tema de la interpretación jurídica⁵⁷. Se refieren: a) a la identificación de lo que vale (o no vale) como Derecho y de lo que se puede (o no se puede) tener en cuenta en su aplicación; b) a las técnicas de redacción de los textos normativos, encaminados a prevenir dudas interpretativas, circunscribiendo los márgenes de discrecionalidad de quien debe aplicarlas y/o atenerse a las normas producidas, haciendo explícita la *ratio* fundante de toda medida y evitando que germine un cuadro irregular, difícil de descifrar, que remite, en los casos concretos, a las elecciones discrecionales de los operadores concretos⁵⁸; c) a las elecciones entre las posibles alternativas que informan la redacción de los textos normativos y a las diferentes consecuencias que las distintas alternativas implican, sobre todo en situaciones (como la de la pandemia del COVID-19 con las intervenciones para su contención) en las que se ha asistido a una peculiar mezcla entre incerteza de las medidas a adoptar y urgencia de su pron-

⁵⁴ GIANFORMAGGIO, L., «Certeza del diritto», *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civ., II, Torino, Utet, 1988, pp. 274-278.

⁵⁵ PASTORE, B., *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 65-66.

⁵⁶ GROSSI, P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020, pp. 79-80.

⁵⁷ MAZZARESE, T., «COVID-19 e interventi giuridici per arginarne il contagio. Un groviglio di problemi dei quali tentare un inventario», *Lo Stato*, 15, 2020, pp. 373-374.

⁵⁸ VENANZONI, A., «La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2», *op. cit.*, pp. 11, 14.

ta implementación⁵⁹ en relación a la miríada de aspectos de la vida cotidiana en sus expresiones individuales y colectivas.

Frente a la emergencia pandémica, con la confusión y el desorden de las fuentes que se vinculan a ella, se abre la cuestión de la sostenibilidad del Derecho⁶⁰. Es esencial, así, que éste mantenga sus propias características fundamentales, reconducibles al respeto de las garantías, al igual tratamiento de situaciones iguales, a la proporcionalidad, al equilibrio, a la medida. La pandemia ha sometido a *stress* a las instituciones llamadas a ofrecer respuestas. Los problemas que ha planteado requieren soluciones que, evitando forzamientos y el riesgo de que se consoliden tendencias encaminadas a transformar mecanismos pensados y contruidos para un momento contingente en instrumentos ordinarios de funcionamiento, se inserten en el corpus de los principios constitucionales. Aquí se mide la función del Derecho como indispensable modalidad de regulación social.

La observancia del Derecho, en la óptica de la coordinación para hacer posible la interacción, está encaminada a garantizar y perseguir bienes y valores fundamentales de la vida personal y social⁶¹. El Derecho, desde este punto de vista, se caracteriza como modalidad instrumental, encaminada a mantener, en el tiempo, la vida asociada. Por tanto, se debe evitar su transformación en un «Derecho de la emergencia». Lo que es necesario, por el contrario, es un «Derecho en la emergencia», que ejerza su capacidad ordenadora, mediante la actuación de sus métodos y la salvaguarda de su específica racionalidad. Asumen relevancia al respecto, aquellas valoraciones de adecuación, pertinencia, congruencia, vinculadas al compromiso de vigilancia crítica que pertenece a la cultura jurídica.

⁵⁹ MAZZARESE, T., «COVID-19 e interventi giuridici per arginarne il contagio. Un groviglio di problemi dei quali tentare un inventario», *op. cit.*, pp. 374, 380.

⁶⁰ SCODITTI, E., «Il diritto iperbolico dello stato di emergenza», *op. cit.*, p. 34.

⁶¹ Cfr. POSTEMA, G. J., «Coordination and Convention at the Foundation of Law», *Journal of Legal Studies*, 11, n.1, 1982, p. 186; PASTORE, B., *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, *op. cit.*, pp. 5-6.