

# ESTUDIO INTRODUCTORIO

## Trasplantes, injertos, diálogos.

### Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado

LUCIO PEGORARO<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Premisa. II. "Trasplantes", "legal borrowing", "migración", "turismo legal", "cross fertilization", "diálogo": estado del arte. III. Los formantes implicados en el diálogo. 1. La doctrina. 2. Constituciones y leyes. 3. Jueces y tribunales constitucionales. 4. El diálogo inter-formantes: de la doctrina a los formantes "dinámicos" (pero sólo donde la doctrina no es formante dinámico). IV. "Clases dúctiles" entre la imposición y el prestigio. V. Diálogos y monólogos: horizontalidad y verticalidad en las relaciones entre las cortes. VI. El objeto privilegiado del diálogo: los derechos. VII. Conclusiones: doctrina y jurisprudencia frente a la globalización del derecho.

#### I. PREMISA

El volumen al cual está destinado este escrito tiene un título que circunscribe al objeto en manera bastante precisa: lo delimita desde el punto de vista del formante implicado —la jurisdicción— así como desde la perspectiva del objeto del "diálogo": los derechos humanos.

Solicitado por los coordinadores a desarrollar algunas reflexiones introductorias, prefiero no estructurarlas como "presentaciones" de los ensayos publicados en este libro<sup>2</sup>. Más bien, me parece útil encuadrar el tema del diálogo entre las cortes en el más amplio de la circulación de los institutos y de las ideas en el derecho comparado.

Mi interrogante principal es si en la esfera de la jurisdicción la modalidad de circulación del derecho comparte con otros formantes —el legis-

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Público Comparado, Departamento de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Bolonia.

El texto ha sido traducido al español por N. Katherine González Piñeros (§§ 1-3-3), Sabrina Ragone (§§ 3.4-4) y Grethell Aguilar Oro (§§ 5-7).

<sup>2</sup> Al revés, no casualmente éstas no se citan en el texto.

lativo y el doctrinal— causas justificativas, procesos y éxitos. Para tal fin, preliminarmente se aclarará el sentido de las palabras con las que algunos estudiosos definen este fenómeno, dado que el “diálogo”, como veremos, propone casi una posición paritaria entre las cortes implicadas, a veces sin tener en cuenta, quizás, que una cosa es la circulación *vertical*, y otra, aquella *horizontal*.

De otra parte no hay diálogo solo de las cortes entre ellas mismas, sino también entre legisladores y cortes, entre doctrina y cortes, entre legisladores y doctrina. La *fertilización* recíproca puede ayudar a superar el fenómeno frecuente de la disociación entre formantes, del que habla Sacco, para quien las soluciones de los problemas jurídicos no siempre son *conformes*, ni tampoco los formantes mismos, como se dice, “alineados”<sup>3</sup>.

Con frecuencia se señala, con relación sobretodo a la producción normativa, que los modelos circulan por imposición o por prestigio. ¿Esta dicotomía “dura” se aplica también al diálogo entre las cortes? ¿Igualmente, como he tratado de demostrar en relación con el fenómeno de “*import-export*” de las constituciones, se puede adoptar para la jurisdicción una lógica taxonómica débil, limando las asperezas de dos clases contrapuestas?

En suma, la materia privilegiada del diálogo —los derechos— presenta características particulares? ¿O por el contrario la uniformización de un cierto modelo impositivo, alimentada por los tratados, la legislación, la doctrina y la misma jurisprudencia (la idea occidental de los “derechos humanos”), atenúa y difumina en cierto modo las problemáticas de las exportaciones y de las recepciones de lenguajes, institutos y conceptos diferentes?

Me agrada pensar que Jorge Carpizo representa el lugar de encuentro de las abscisas y de las ordenadas de todas estas temáticas. Cultura y humanidad cruzadas con el derecho; intelectual y hombre que ha estudiado el

<sup>3</sup> R. SACCO, “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law”, en *Am. Journ. comp. law*, 1991, n. 39, n. 2, p. 343 ss.; ID., *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Utet, Torino, 1992, en ID. (ed.), *Trattato di Diritto comparato*, p. 47 ss. Para infringir el mito de la “univocidad de la regla”, el derecho comparado «constitue une menace por toute la science juridique» y cumple con una «fonction subversive»: H. MUIR WATT, “La fonction subversive du droit comparé”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 3, 2000, p. 503 ss. En este sentido A. SOMMA, *Introducción crítica al Derecho Comparado*, Ara, Lima, 2006, p. 62 ss.; ID., *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2013, en proceso, *passim*, y R. SCARCIGLIA, *Introducción al derecho público comparado*, Dykinson, Madrid, 2010, cit., p. 123 ss.

derecho, producto el derecho, aplicado el derecho. Así como todo el libro, estas páginas son dedicadas a él.

## II. “TRANSPOSITION”, “LEGAL BORROWING”, “MIGRATION”, “LEGAL TOURISM”, “CROSS FERTILIZATION”, “DIÁLOGO”: EL ESTADO DEL ARTE

Entre los estudiosos que se ocupan del derecho comparado<sup>4</sup>, desde siempre uno de los temas más controvertidos y difíciles ha sido aquel dedicado a la circulación del derecho.

Como es sabido, hay quien dice que «the transplanting of legal rules is socially easy»<sup>5</sup>. Otros en cambio, como P. Legrand, en su famoso artículo titulado “The Impossibility of Legal Transplants”, niega totalmente (refutando presupuestos positivísticos) la posibilidad de trasplantes, anclándose sobretodo en el rol disuasivo de la cultura. Esta, a diferencia de la norma, no puede ser “comprensiblemente” trasplantada: de hecho, en contextos diferentes, cualquier ley será siempre una ley distinta<sup>6</sup>. Se ha afirmado que «Comparison between the laws of national jurisdictions will remain superficial unless we seek to appreciate those laws in the contexts of their local cultures, and comparison between laws in their cultures will remain superficial unless we appreciate that law is not alien to other cultural arts, but is closely akin to them»<sup>7</sup>. Así también se ha dicho que «linking law

<sup>4</sup> ... Y entonces no solo de un derecho extranjero, que tiene poco que ver con la comparación: *infra*, § 3.1 y nota 22.

<sup>5</sup> A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgh, 1974, 2ª ed., Un. of Georgia Press, Athens, 1993, p. 9, trad. it. *Il trapianto di norme giuridiche*, Esi, Napoli, 1984, p. 95 dell'ed. del 1974.

<sup>6</sup> P. LEGRAND, “The Impossibility of Legal Transplants”, en *Maastricht Journ. Eur. and Comp. Law*, n. 4, 1997, p. 111 ss., y en *Ankara L.R.*, n. 2, 2007, p. 177 ss. Como es sabido para Legrand, el análisis comparativo es “diferencial”, y se desenvuelve a partir de la aceptación de la idea que «el derecho conoce solo la diversidad» y que los ordenamientos jurídicos, estudiados como “tradiciones”, son en sí mismos “incommensurables”: *vid. ID.*, *L'analyse différentielle des juriscultures*, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 51, 1999, p. 1053 ss. *Vid. además ID.*, “Against a European Civil Code”, en *Modern L.R.*, n. 60, 1997, p. 44, e *ID.*, *Fragments on Law-as-Culture*. WEJ Tjeenk Willink, Schoordijk Inst., Deventer, 1999, espec. p. 5. Y además, acerca de los riesgos del *legal borrowing*, C.F. ROSENKRANTZ, “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, en *Int. Journ. Const. Law*, n. 1, 2003, p. 269 ss.

<sup>7</sup> G. WATT, “Comparison as deep appreciation”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 84 s.

to other societal and cultural phenomena of a specific country would be impossible»<sup>8</sup>. Se debate también —incluso en este caso de posiciones distintas— sobre las relaciones entre cultura y cultura jurídica, casi siempre dudando que la primera pueda ser objeto de trasplantes<sup>9</sup>.

Para quienes aceptan la posibilidad de los trasplantes, es frecuentemente usada la metáfora del jardín, que es definida por D.E. Cooper de la siguiente manera: «a feature which, in one garden, is relevant to a certain appreciation may, in another garden, either be irrelevant, or relevant to a very different appreciation»<sup>10</sup>; pero se podrían usar otras metáforas también, relativas a la música o a la comida: por ejemplo, un gazpacho bien frío tomado en España con el calor de agosto probablemente no tendría el mismo sabor en una tarde noruega... En el campo del derecho comparado, Cooper enfatiza en la necesidad de tener en cuenta los contextos, no solo jurídicos, hacia los cuales el trasplante opera. Particularmente atentos a dichas implicaciones debiesen ser los constitucionalistas, llamados —tal vez mucho más que los civilistas— a valorar las cualidades del terreno donde operan los trasplantes (en términos de cultura jurídica y también de la cultura en general)<sup>11</sup>.

Es importante aclarar algunos aspectos semióticos de esta cuestión.

A menudo se habla genéricamente de “trasplantes” para indicar cualquier modalidad de circulación; como recuerda Chen Lei<sup>12</sup>, si usan también otros términos, entre ellos (en inglés): “*transposition*”, “*borrowing*”,

<sup>8</sup> J. SMITS, “The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolutionary Theory”, en *Georgia journ. int. comp. law*, n. 31, 2002, p. 80.  
<sup>9</sup> En crítica a Watson, G. WATT escribe en su artículo, “Comparison as deep appreciation”, cit., p. 87, que «He attends with great diligence to legal cultures and legal histories and legal language, but his method and scope of engagement implies undue confidence in our ability to separate that which is labelled ‘legal’ from that which is not labelled ‘legal’»; y, en crítica a B. GROSSFELD, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, trad. ingl. *The Strength and Weakness of Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 103, que «Grossfeld states that “the only sensible way to treat” comparative law is as “the comparison of legal cultures”. He would have done well to omit the word ‘legal’».  
<sup>10</sup> D.E. COOPER, *A Philosophy of Gardens*, Clarendon Press, Oxford, 2006, p. 57. Ver también A. WATSON, “Legal Transplants and European Private Law”, en *Electr. journ. comp. law*, n. 4, 2000 (<http://www.ejcl.org/44/art44-2.html>).  
<sup>11</sup> Cfr. sobre este aspecto V.C. JACKSON, “The international migration of constitutional norms in the new world order: constitutions as ‘living trees’? Comparative constitutional law and interpretive metaphors”, en *Fordham L.R.*, n. 75, 2006, p. 921 ss.  
<sup>12</sup> C. LEI, “Contextualizing legal transplant: China and Hong Kong”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 192.

“*migration*”, y hasta “*legal tourism*”<sup>13</sup>; se usan también “injerto”<sup>14</sup> y “*cross fertilization*”<sup>15</sup>.

Se habla además de “diálogo”, ya sea con relación al formante dinámico por excelencia —por lo menos en gran parte de occidente— (la ley), y el sujeto que la produce (el parlamento)<sup>16</sup>, sea sobre todo para indicar la circulación de ideas entre cortes y tribunales<sup>17</sup>. Pero también “diálogo” la doctrina comparada, y existe también un diálogo transversal y recíproco inter-formantes, es decir entre legisladores, jueces y doctrina.

<sup>13</sup> Ver respectivamente: E. ÖRÜCÜ, “Law as Transposition”, en *Int. comp. law quart.*, n. 51, 2002, p. 51 ss.; el “Symposium: Constitutional Borrowing”, en *Int. journ. const. law*, n. 1, 2003, p. 177 ss.; S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge U.P., New York, 2006; J. SMITS, “Legal Tourism: Contract, Marriage and Citizenship Beyond the State”, Lecture: Oxford Inst. of Eur. and Comp. Law, Oxford Un., 29 April 2010.

<sup>14</sup> O. CALLIANO, *Innovazione tecnica, neologismi e impianti giuridici*, en L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, Ed. Un. degli studi di Trento, Trento, 2012, p. 140 y nota 39, usa el vocablo “injerto” para designar la «transposición de lexemas de otras lenguas especialmente en el léxico jurídico y entonces transformados de artefactos técnicos a artefactos jurídicos», es decir cuando «un término, trasferido de un lenguaje, en el caso extra-jurídico, a un lenguaje especial, en el caso jurídico, después de un cierto tiempo se integra en el contexto y se transforma en lexema jurídico». La metáfora —explica el autor— es copiada de la implantología dental y de la técnica para compatibilizar los materiales utilizables.

<sup>15</sup> S. CHOUDHRY, “Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, en *Indiana L.J.*, n. 74, 1999, p. 821 ss.

<sup>16</sup> Sobre este punto ver L. SCAFFARDI (ed.), *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Jovene, Napoli, 2011.

<sup>17</sup> El vocablo aparece frecuentemente en los títulos o en el texto de las siguientes obras (además de aquellas citadas *passim* en las notas): M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, Paris, 1994, p. 165 ss.; ID., “Le recours à ‘l’argument de droit comparé’ par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques”, en F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (ed.), *L’interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005; G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds), *Comparative Law Before the Courts*, British Institute of International and comparative law, London, 2004; D. MAUS, “Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles”, en *Rev. fr. dr. const.*, n. 2, 2009, p. 675 ss.; B. MARKESINIS, J. FEDTKE, “The Judge as Comparatist”, en *Tulane L.R.*, n. 80, 2005, p. 11 ss.; ID., *Judicial Recourse to Foreign Law: a New Source of Inspiration?*, U.C.L. Press, London, 2006, trad. it., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, Bologna, 2009; A. SOMMA, *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001; G. ALPA (ed.), *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche dell’interpretazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006; y por último T. GROPPI, M.-CL. PONTTHOREAU (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart publ., Oxford, 2013.

“*Transplant*”, “*transposition*”, “*migration*”, y también “*legal tourism*” (aunque más relajante) evocan axiologías taxonómicas, la idea de dominación, de superioridad, de unidireccionalidad.

“*Cross fertilization*” y “diálogo” permiten pensar en situaciones paritarias, de intercambio recíproco. Por esto, se critica el uso de la palabra “diálogo” para designar la influencia recíproca entre las cortes<sup>18</sup>; en realidad, como veremos, existen algunas cortes que se consideran “importantes” que manifiestan parsimonia, discriminación y una cierta soberbia en el uso de la jurisprudencia extranjera. Para ellas, sin embargo, diferentemente del caso de los gobiernos y parlamentos, con base en los datos de la investigación empírica parece más difícil demostrar situaciones de subordinación unidireccional y unilateral.

En el plano terminológico, en su significado estricto, el vocablo más usado —“trasplante”— presupone primero una “explantación”, y en un sentido estricto sólo se da en caso de migraciones. La doctrina ha ampliado el sentido del término, prescindiendo del fenómeno de la extirpación del cuerpo originario<sup>19</sup>. Hoy en día, por otro lado, casi nunca se verifican migraciones de pueblos a otros territorios, tales que lleguen a cancelar todo el derecho preexistente. En clave *macro*, no pasa nunca que una migración tenga como consecuencia la superposición de una *entera* organización constitucional (aunque si ahora en vastas áreas del planeta, son difundidos fenómenos de cancelación de culturas jurídicas autóctonas a causa de colonizaciones económicas y culturales, si no a nivel estatal). Pero el trasplante puede registrarse a nivel *micro*, en relación con institutos singulares o valores o principios, como en el caso de una visión particular de igualdad hombre-mujer dentro de una comunidad de emigrantes, que llevan consigo sus derechos propios, reconocidos o aceptados como “estatuto personal” de la comunidad misma (en los límites de cuanto puede ser tolerado por el derecho constitucional del país de llegada)<sup>20</sup>. Este conflicto —el conflicto entre valores constitucionales, y entre derechos individuales

<sup>18</sup> Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>19</sup> Critica el concepto de “trasplante jurídico”, U. MATTEI, “Comparative Law and Critical Legal Studies”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006, p. 827 s.

<sup>20</sup> W.F. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, cit., p. 58 ss., usa la expresión “implante étnico”, como forma de injerto jurídico de normas híbridas del ordenamiento originario y de los grupos inmigrantes, que se añade a los conceptos de imposición y prestigio.

y derechos comunitarios o culturales— representa uno de los temas más delicados y sensibles del constitucionalismo moderno.

Siempre desde una perspectiva definitoria, otro vocablo usado a menudo —“*cross-fertilization*”— me parece un término enfático si se refiere al formante normativo, siempre y cuando se discuta de la importación de elementos de ordenamientos de familias culturalmente diferentes, e incluso a veces, si la tabla de valores es compartida como en el derecho occidental. El fenómeno hoy es bastante unidireccional, en el sentido de que generalmente son los ordenamientos con base tradicional u “orientales” los que imitan al Occidente, y los ordenamientos “menos desarrollados” imitan a los ordenamientos *leader*. No creo entonces que sea correcto usar el término “*cross-fertilization*” cuando se habla de circulación de soluciones normativas fuera de aéreas limitadas, incluso más pequeñas que las familias<sup>21</sup>. Sin embargo, vale la pena considerar si esto vale también en el ámbito doctrinal y jurisprudencial.

Ahora es necesario hacer algunas precisiones: una tiene que ver con los sujetos que “dialogan” (constituyentes y legisladores, doctrina, jueces); una segunda concierne a las causas que justifican la circulación del derecho (¿imposición? ¿prestigio?); la última respecto a la posición institucional de los sujetos implicados: en el caso de las cortes, una cosa es importar el derecho por libre elección, otra es valerse del derecho extranjero porque se debe.

### III. LOS FORMANTES IMPLICADOS EN EL DIÁLOGO

#### 1. La doctrina

Partamos justamente de la doctrina, de su circulación, de como ésta es utilizada por los legisladores y los jueces, y de como los formantes dinámicos — los que producen directamente derecho autoritativo — interactúan entre ellos y con los estudiosos<sup>22</sup>. Remito a otros artículos y ensayos la cuestión del uso del derecho extranjero en las obras de los comparatistas,

<sup>21</sup> Sobre el diálogo entre parlamentos en un área homogénea (liberal-democrática), vid. L. SCAFFARDI (ed.), *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Jovene, Napoli, 2011, y e C. DECARO, N. LUPO (eds), *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, Luiss U.P., Roma, 2009.

<sup>22</sup> Pero no, sobre como los estudiosos usan leyes y sentencias: estos son de hecho el objeto de investigaciones jurídicas, también en el campo del derecho constitucional comparado y es obvio que el comparatista las tiene en cuenta. V. sobre este tema G.

y el problema conectado de como se compara, para señalar solo el uso de varios formantes<sup>23</sup>.

Entender los ordenamientos, para un comparatista, no significa tener que usar siempre todos los formantes en sus investigaciones. Ello es indispensable en los estudios “macro”, pero no lo es siempre en los “micro”. Entender los sistemas para reagruparlos en familias o formas de Estado comporta estudiar el derecho de manera global —en su historia, y teniendo en cuenta los aportes de otros tipos de investigaciones—, buscar sus principios fundamentales y cómo están desarrollados en la ley, la jurisprudencia y la doctrina<sup>24</sup>.

DANNEMANN, “Comparative Law: Study of similarities or differences?”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 408.

<sup>23</sup> Ver en particular mi libro *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Fundap, Querétaro, 2011, y Ed. Un. Libre, Bogotá, 2012, parte I. Entre lo críticos más fuertes de la equiparación entre derecho extranjero y derecho comparado se encuentra O. PFERSMANN, “Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2001, p. 275 ss., que in particolare a p. 280 sottolinea: «Rien n’empêche évidemment de conférer l’étiquette de ‘droit comparé’ à un cours ou un à ouvrage concernant le droit espagnol professé ou paru en France (ou l’inverse), à condition que l’on reconnaisse explicitement qu’il s’agit uniquement d’un synonyme strict du terme ‘droit étranger’ ce qui a pour conséquence que tout ouvrage étranger devient un ouvrage de droit comparé dès qu’il subit un transfert géographique, un document stocké sur un serveur étranger devient du droit administratif ou commercial national, s’il apparaît sur un écran national ou s’il est imprimé sur un appareil situé sur le territoire du pays en question, il se transforme en droit administratif ou commercial comparé, dès lors que l’on fait appel à lui à partir d’un endroit extérieur à cette sphère». Como lo recuerda R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 17, nota 34, la diferencia entre un estudio de derechos extranjeros y un comparatista es la que hay entre un políglota y un lingüista: «El políglota conoce muchas lenguas, pero no sabe medir las diferencias ni cuantificarlas, cosas que sí el lingüista sabe hacer. Así el comparatista posee un conjunto de nociones y datos de diferentes ordenamientos y sabe hacer una comparación, midiendo los elementos comunes y las divergencias». Además, no es verdad que cuando se trabaja sobre el derecho extranjero se hace comparación, porque se está obligado a traducir los conceptos: «L’équation selon laquelle ‘droit étranger = droit inconnu et droit interne = droit connu’ es contestada por M.-C. PONTTHOREAU, “Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique”, en *Rev. int. droit comp.*, n. 1, 2005, p. 13. Según A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., parte II, § 1, § 6, en cambio, «La distinzione da operare non è (...) quella tra diritto straniero e diritto comparato, bensì quella tra una buona e una cattiva comparazione, la seconda stigmatizzata fin dagli albori del diritto comparato eretto a scienza autonoma».

<sup>24</sup> Indicaciones útiles sobre las fases de una investigación comparada —selección, descripción, análisis— se encuentran en G. DANNEMANN, “Comparative Law: Study of similarities or differences?”, cit., p. 406 ss.

Pero nada impide que en un estudio “micro” se pueda analizar sólo un formante: por ejemplo, una investigación sobre las técnicas de codificación de un derecho específico (asociación, reunión...) en un conjunto de ordenamientos; o investigaciones sobre la jurisprudencia “procesal” de tres Tribunales constitucionales, para descubrir los tipos de sentencias; o finalmente, se puede hacer también meta-investigaciones, es decir, investigaciones sobre las elaboraciones doctrinales (por ejemplo, investigaciones acerca de las posiciones doctrinales sobre la descentralización).

En particular, en algunos casos *no se puede* usar ningún otro formante aparte del legal, cuando se estudian sistemas nuevos o reformas introducidas en varios ordenamientos y todavía no presentes en la jurisprudencia<sup>25</sup>.

Incluso en algunas investigaciones que denomino “globales” —es decir, que comprenden todos los ordenamientos o casi, pero con referencia a aspectos específicos— se puede usar un solo formante. Pasa, por ejemplo, en los estudios sobre el lenguaje de las Constituciones o las leyes, sobre las definiciones de los ordenamientos<sup>26</sup>, sobre las técnicas de división del material en la estructura del texto legal<sup>27</sup>; o, a nivel de formante jurisdic-

<sup>25</sup> Es este el caso de algunos estudios de los años 90 sobre las nuevas Constituciones de Europa del Este, a la espera de que la jurisprudencia y la doctrina determinaran su significado en detalle. [Ver de mi autoría “Il sistema delle fonti giuridiche nelle Costituzioni dell’Est europeo”, en *Eur. Journ. of Law, Phil. and Computer Sc.*, 1995, n. 4, IV, pp. 233, trad. ingl. “The system of legal sources in the Constitutions of Eastern Europe”, en *Id.*, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, cit., p. 261 ss. (ed. peruana) y p. 363 (ed. colombiana)]. Podría ser el caso también de un estudio sobre las reformas constitucionales de Bolivia y Ecuador, casi contemporáneas, para averiguar cómo han sido enunciados los principios inspiradores parecidos con fórmulas a veces similares y otras diferentes. (Pero hay que decir que también en estudios de este tipo se deben de tener en cuenta los “criptotipos”, aunque no haya legislación y jurisprudencia todavía.)

<sup>26</sup> Como por ejemplo: L. PEGORARO, S. BALDIN, “Costituzioni e qualificazioni degli ordinamenti (Profili comparatistici)”, en L. MEZZETTI, V. PIERGIGLI (eds), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 1 ss. y en *Dir. soc.*, 1997, n. 1, p. 117 ss.; L. PEGORARO, “Autoqualificazioni ed eteroqualificazioni del federalismo: il linguaggio della Costituzione e delle proposte di riforma”, en S. BALDIN, L. PEGORARO, A. RINELLA, *Tre lezioni su federalismo*, Eut, Trieste, 1998, p. 19 ss.; *Id.*, “Las definiciones de los ordenamientos descentralizados en los estatutos de las Regiones italianas y de las Comunidades Autónomas”, en *Rev. vasca adm. públ.*, n. 86, 2010, p. 139 ss.

<sup>27</sup> Referencias en L. PEGORARO, A. PORRAS NADALES (eds), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali – Calidad normativa y técnica legislativa. Europa, Estados y entidades infraestatales*, Bonomo, Bologna, 2003.

cial, en los estudios acerca del uso de los trabajos preparatorios de la ley<sup>28</sup>, del uso del derecho comparado<sup>29</sup> o del concepto de “derechos humanos” en la jurisprudencia.

Más allá de los casos mencionados, desde una perspectiva práctica cualquier investigación comparada conlleva, en mayor o menor medida, la necesidad de enfrentarse al diferente peso de los formantes y a su disociación. El tema concierne todo sistema, pero es más delicado cuando se estudia más de un sistema. Una comparación entre el sistema televisivo británico y el estadounidense, por ejemplo, tiene que evidenciar de forma diferente los principios constitucionales (presentes en la primera enmienda en los EE.UU., y en reglas no codificadas en el Reino Unido); la legislación (amplia en ambos casos); la jurisprudencia (determinante en los EE.UU., poco importante en el ordenamiento británico); si la comparación se amplía a sistemas de *civil law*, se encuentran fuertes disociaciones entre el texto de las Constituciones, los principios constitucionales, la legislación y la jurisprudencia (sobre todo la constitucional). Hay consecuencias sobre la organización del sumario, el énfasis dado a cada elemento, que puede ser diferente según el caso, con el riesgo de desequilibrios del texto.

## 2. Constituciones y leyes

En primer lugar aclaro que por “leyes” entiendo en general cualquier texto jurídico, incluidas las Constituciones. El interrogante planteado es: cuando para decidir el legislador (constitucional u ordinario, pero también los ejecutivos en la producción de normas primarias o secundarias) utiliza el derecho comparado, qué cita mayormente? cual es el formante más fructífero, que asegura ventajas más consistentes? La respuesta implica un análisis en dos niveles, que corresponden al *sein* y al *sollen* (aquello que es y aquello que debe ser)<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Remito a mi artículo “Lavori preparatori della legge e sindacato di costituzionalità”, en *Giur. cost.*, 1988, II, n. 9, p. 1441 ss.

<sup>29</sup> *Vid. infra*, nota 81.

<sup>30</sup> Según J.M. SMITS, “Comparative Law and its influence on national legal systems”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 525 ss., las razones que inducen a legisladores y jueces a utilizar el derecho extranjero son sustancialmente dos: una conectada a la exigencia de tener una «source of fresh ideas and, particularly, in order to find a solution to a given problem»; y la otra de tener «a normative argument».

En la praxis, los trabajos preparatorios de las leyes de varios países evidencian una predilección marcada por el formante normativo. Los legisladores, en otras palabras, aman más (más, no exclusivamente) citar las soluciones *normativas* de otros sistemas, aunque algunas veces hacen referencia a categorías generales, otras veces a estudiosos de referencia (como se dice, “orgánicos” a la política del grupo en cuestión). La jurisprudencia extranjera es casi ausente, como si los textos normativos extranjeros no estuviesen afectados por ella. Esto es probablemente imputable —además de la escasa o inexistente cultura comparatística de gran parte de los parlamentarios— a la mayor facilidad a la hora de encontrar los meros textos normativos. Esta tendencia ocurre también en las oficinas de algún parlamento (como el francés o el italiano), que proveen datos en bruto, sin comentarios o clasificaciones. No se puede pretender de los parlamentarios abstracciones o profundizaciones del contexto en el que se cita una ley extranjera, sin ayuda de los asesores, y tampoco comprobaciones de su interpretación de parte de los jueces<sup>31</sup>.

La situación cambia —pero no mucho— cuando se trata de escribir o reformar las Constituciones. A menudo los órganos constituyentes tienen una composición *ad hoc* (distinta entonces a la ordinaria de la asamblea legislativa): se encuentran integrados por la élite de la sociedad civil, incluso constitucionalistas abiertos al mundo; algunas veces se manifiesta el aporte de la doctrina o de igual manera de la jurisprudencia. Otras veces la recepción se deduce implícitamente: representa un ejemplo válido de circulación transversal entre formantes el Art. 82 CE, una verdadera “verbalización” constitucional no solo del Art. 76 de la Constitución italiana, sino

<sup>31</sup> Sobre la prohibición de hacer comentarios comparativos para los traductores y los funcionarios de tales parlamentos, en aras de preservar la autonomía de la política (!) véase F. MEGALE, “La traduzione delle legislazioni straniere nei Parlamenti italiano e francese”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3, 2011, p. 663 ss. y especialmente p. 669. Tales faltas podrían ser superadas por el uso de *hearings* en la sede de elaboración legislativa: aquí es emblemática la experiencia del Congreso de los Estados Unidos, pero la práctica es difusa en todo el mundo. En la sede de las audiencias legislativas, también pueden ser escuchados expertos en derecho comparado. Por este canal, puede entrar en el proceso legislativo, por medio de la doctrina en vía directa, también el formante jurisprudencial, con la condición que se consulten comparatistas. Sobre la introducción de las *hearings* en EE.UU. puede consultarse en la doctrina italiana a A. PREDIERI, *Contraddittorio e testimonianza del cittadino nei procedimenti legislativi*, Giuffrè, Milano, 1964.

sobretudo de la jurisprudencia de la Corte constitucional sobre las leyes delegadas<sup>32</sup>.

Cuando las Constituciones se escriben *ex novo*, con frecuencia el camino ya ha sido abierto por la doctrina, cuyo rol se enfatiza en el caso en que existan organismos auxiliares oficiales con base científica (comités, comisiones de estudio o similares)<sup>33</sup>. El derecho comparado se encuentra entonces detrás de muchas decisiones constituyentes (o de reforma), como conjunto de normas, sentencias, doctrinas.

Para concluir: el constituyente, el poder de reforma, el legislador usan el derecho constitucional comparado; lo usan con frecuencia en un modo aproximativo, especialmente el legislador; prevalentemente se basan en la observación paralela y especular de textos normativos del mismo grado, otras veces de categorías generales (“derechos”, “federalismo”, etc.), de las cuales raramente perciben la complejidad. Ignoran generalmente (pero no siempre) la jurisprudencia. En algunas circunstancias se valen de la lectura de la doctrina. La legislación de todas maneras es influenciada, en algunas ocasiones justificada, por categorías comparatísticas. Detrás de cada una de las leyes, o de cada constitución, existe la cultura jurídica de un país; el grado de percepción de la utilidad de estudiar experiencias extranjeras depende también de las políticas de la universidad, de la selección del personal que asiste a los legisladores, del prestigio adscrito al poder judicial; en definitiva, de factores internos que influyen en la homogeneidad o heterogeneidad del derecho en su conjunto, incluyendo la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

### 3. Jueces y tribunales constitucionales

Por su naturaleza la jurisprudencia usa el formante legislativo, que representa el objeto de su actividad, en las resoluciones de antinomias y en la interpretación de los enunciados.

<sup>32</sup> Remito a mi artículo “Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed ‘esportazioni’”, en F. FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context – La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 523 ss., trad. esp. “El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la “exportación” de modelos”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, p. 287 ss. y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, Ciudad de México, 2006, p. 29 ss.

<sup>33</sup> Todos conocen la importante misión cumplida por la llamada Comisión de Venecia, constituida en el ámbito del Consejo de Europa, para soportar la redacción de las Constituciones de los países del este europeo.

La cuestión es si los jueces hacen referencia a *leyes* extranjeras, y si la hacen, en qué medida, no porque deben interpretarlas y aplicarlas —como en el caso del derecho internacional o europeo—, sino para reforzar o fundamentar sus interpretaciones o hacer un balance entre valores; por consiguiente, en este contexto, la legislación no sería muy diferente a los otros formantes: leyes, jurisprudencia y doctrina serían utilizadas por los jueces de la misma manera, como *argumentum quoad auctoritatem*. Desde este punto de vista, entonces, la interacción entre el formante legislativo y el formante jurisprudencial no es nada obvia.

También para los jueces, constitucionales y ordinarios, valen las consideraciones ya expresadas en otros estudios<sup>34</sup>, relativas a las influencias culturales, la formación universitaria, etc. Que usen categorías comparadas para resolver los casos, y si lo hacen de qué tipo, con qué frecuencia o peso, todo ello depende de la *mentalidad jurídica* global propia de cada ordenamiento.

La influencia del derecho extranjero no se manifestaría solo a través de una comparación efectuada directamente por los jueces, sino también mediante el reenvío a obras de doctrina, que a su vez analizan el derecho interno con una lente comparativa<sup>35</sup>. Tal influencia indirecta sobre las cortes sería incluso más intensa que aquella determinada por la cita consiente a la doctrina y la jurisprudencia extranjera, y la doctrina tendría la misión de preparar el terreno para la recepción, por parte de la jurisprudencia interna, de soluciones usadas en otros ordenamientos<sup>36</sup>.

Los jueces del *common law* están habituados a inclinarse fuera del derecho nacional, y es natural que se valgan de precedentes extranjeros buscados en el ámbito de la familia. Esta actitud ha abierto su mentalidad, al punto que es frecuente que, además de sus precedentes judiciales, citen también *leyes* extranjeras para justificar su *reasoning*<sup>37</sup>. Salvo el valor diferente, en efecto, la *ratio* de las citas extra-estatales jurisprudenciales y las que atienen a los textos normativos parece la misma: buscar en los elementos de derecho extranjero fundamentos para la afirmación de una decisión o una elección interpretativa. O mejor: en aquellos supuestos donde el precedente (ya sea *binding* o ya sea *persuasive*) constituya un vínculo para el

<sup>34</sup> Entre otras, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 159 ss.; *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 131 ss.

<sup>35</sup> A. GERBER, “Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgericht”, en AA.AA., *Perméabilité des ordres juridiques*, Publ. de l’Isdc, n. 20, Zürich, 1992, p. 141 ss.; F. WERRO, “La jurisprudence et le droit comparé”, *ivi*, p. 165 ss.

<sup>36</sup> F. WERRO, “La jurisprudence et le droit comparé”, *cit.*, *loc. cit.*

<sup>37</sup> *Infra*, § 5.

juez, obviamente, la referencia al derecho extranjero persigue un objetivo adicional que, cualitativamente, es diverso al que confiere *autoridad* a la decisión adoptada. Sin embargo, por un lado, en los sistemas de *civil law*, la trama de la jurisprudencia ofrece la base argumentativa para dotar de racionalidad al sistema<sup>38</sup>; y por otro lado, incluso en los sistemas de *common law* la referencia comparativa siempre no está incardinada en la *ratio decidendi*. (Únicamente, este hecho sucede cuando un punto de derecho, solamente, se decide en base al precedente judicial por parte de otra corte de *common law*.)

Acerca de los formantes evocados, ha sido desmentido, aunque podría parecer plausible, que en los ordenamientos de matriz anglosajona o mixta, el recurso a la comparación se limite a las citas de jurisprudencia. Asimismo, tampoco es verdad el fenómeno opuesto, es decir que, en los ordenamientos *civilian*, los reclamos se circunscriban únicamente a las leyes, y no alberguen también a las sentencias<sup>39</sup>.

Acerca del uso de la doctrina por parte de los jueces, existen ordenamientos en donde para el juez es normal reforzar las argumentaciones con citas de trabajos monográficos, artículos, ensayos, voces enciclopédicas, e incluso tesis de doctorado (es el caso, de dar un par de ejemplos, Canadá y Suiza); y existen ordenamientos donde esto es considerado, si no sacrílego, por lo menos inútil para los fines perseguidos por el juez: piénsese en la ausencia de referencias doctrinales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, por el influjo de específicas disposiciones de leyes<sup>40</sup>, o de la praxis que prohíbe citar la doctrina jurídica en las sentencias, disposiciones que condicionan a los jueces —inclusive los constitucionales, a causa del *continuum* entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucio-

<sup>38</sup> Remito a mis volúmenes *Giustizia costituzionale comparata*, cit., p. 159 ss. y *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, cit., p. 131 ss. En España, la importancia del precedente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es analizada por M. GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, espec., p. 50 ss. Sobre el riesgo de asonancias en el uso de los precedentes v. C. SAUNDERS, "Use and Misuse of Comparative Constitutional Law", en *Indiana Journ. global legal st.*, n. 13, 2006, p. 37 ss.

<sup>39</sup> *Roe vs Wade* (en tema de aborto) fue citada por varios Tribunales europeos, y *Missouri vs Holland* (1920, 252 US 416), por ej. por la Corte constitucional italiana en una sentencia del 1980 sobre competencias regionales.

<sup>40</sup> En Italia, se trata del art. 118 de las disposiciones de actuación del Código procesal civil. Además G. GORLA, "I 'Grandi Tribunali' italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia", en *Quad. de Il Foro it.*, 1969, columna 639 ss., demuestra que el origen de la prohibición remonta a edictos reales del siglo XVIII, para contrastar la autoridad de los doctores.

nal— en la búsqueda de los materiales seleccionados para la solución de un caso (Francia, España). La prohibición aleja al juez, una vez inmerso en la profesión, de los estudios teóricos realizados en la Universidad los cuales prestan bastante atención a la doctrina, y lo induce a buscar dentro de la casuística el precedente útil. En los últimos tiempos, ha crecido el interés hacia el derecho comparado por parte de la doctrina, sin embargo este hecho no ha alcanzado al juez lo suficientemente<sup>41</sup>.

Los jueces constitucionales continentales europeos, salvo raras excepciones (por ejemplo, en Alemania o Portugal), hacen muy pocas referencias a la doctrina, salvo contadas ocasiones: por tanto, se separa vistosamente del estilo de los pronunciamientos anglosajones, y en particular del realizado por la Corte Suprema de Canadá, cuyas decisiones están precedidas de las referencias doctrinales, las cuales no sólo contempla los estudios de derecho sino que abarca también campos como la antropología y la sociología.

En América Latina, al contrario, el uso es muy frecuente, independientemente del país, desde Perú a Argentina a Brasil, Colombia y México (donde el fenómeno está muy presente incluso en los tribunales electorales). Lo es también en algunos sistemas africanos de *civil law*, como Marruecos (pero se citan casi solo autores franceses, y casi solo sus comentarios de jurisprudencia), y en Asia (Filipinas, influenciadas por autores americanos más que europeos, mientras que casi no hay españoles). El uso de doctrina extranjera en las sentencias es amplio en ordenamientos mixtos como Israel (que importa mucho de los Estados Unidos y bastante de Alemania) y Sudáfrica (donde paradójicamente a pesar del componente de *Roman-Dutch Law*, es ausente en concreto el derecho germánico). Si se excluye a Marruecos (y a lo mejor otros casos aislados), la doctrina francesa está desapareciendo de las sentencias (¡hasta en la jurisprudencia de derecho civil de Quebec!), como la italiana, de la cual a veces se recuerdan los grandes maestros del pasado —sobre todo procesalistas—, pero pocas veces los actuales. Ello es un indicio sobre el peso de Universidades antiguas, que viven gracias al prestigio pasado, pero no consiguen ofrecer ahora a

<sup>41</sup> La influencia que ejercen los estudios realizados en la Universidad ha sido enfatizada por U. DROBNIG, "The Use of Comparative Law by Courts", en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, Actas del XIV Congrès international de droit comparé, Kluwer Law Int., The Hague-London-Boston, 1999, p. 13, en relación a los ordenamientos de Luxemburgo, Brasil, Québec, y ha sido explicada a través de la influencia ejercida por las codificaciones y los subsiguientes contenidos de las materias impartidas en las Universidades. Sobre los procedimientos metodológicos de los estudiantes, profesores, abogados y jueces v. el volumen de A. GORDILLO, *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Civitas, Madrid, 1988, rist. 1999.



los formantes dinámicos productos vendibles, como lo hacen Institutos de cultura que han sabido actualizarse, modernizarse e internacionalizarse<sup>42</sup>.

Además del estilo tradicional de las sentencias, la apertura no solo a la doctrina interna sino también a la extranjera depende de elementos objetivos (globalización del derecho) y subjetivos, relacionados con la selección de los magistrados en un personal que hoy viaja mucho y realiza estancias en el extranjero en Universidades prestigiosas, desde donde vuelve con actitudes jurídicas y culturales importantes.

Sin contar las citas textuales, el formante doctrinal tiene de todas formas influencia sobre el jurisprudencial. En las Facultades de Derecho del mundo, donde se forman los jueces (no solo “nacionales”), a menudo se manifiestan orientaciones doctrinales diferentes. La cultura jurídica del juez, en otras palabras, puede variar según el lugar donde se formó principalmente y donde pudo profundizar y especializarse<sup>43</sup>.

#### 4. El diálogo interformantes: de la doctrina a los formantes “dinámicos” (pero sólo donde la doctrina no es formante dinámico)

La distinción entre formantes dinámicos (o activos) y los otros es una variante de familias y época, y solo en la interpretación más estricta del positivismo legal la ley es la única fuente, el juez *bouche de la loi*, la doctrina el conjunto de los comentaristas.

Lo que precede no explica la circulación entre formantes donde la doctrina representa una fuente del derecho: en suma, es un formante dinámico.

Es el caso del derecho dhármico indio, que no es derecho legislativo ni derecho jurisprudencial, sino —como se ha escrito— «*Juristenrecht*, derecho jurisprudencial en el sentido de doctrinal (término que no excluye a los jueces, si están dotados de doctrina jurídica e influyentes justamente por el

<sup>42</sup> Anticipo algunos resultados de un proyecto a nivel mundial en el que participan catorce Universidades italianas y numerosos grupos de investigación extranjeros, sobre el uso de la doctrina por parte de los Tribunales Constitucionales. Una parte de los resultados provisionales se encuentra en mi ensayo “Los jueces y los profesores: la influencia de la doctrina sobre las decisiones de los Tribunales y Cortes constitucionales”, en las futuras *Actas del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (en homenaje a Jorge Carpizo)*, Tucuman, 2013.

<sup>43</sup> Remito a mi escrito “Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes”, en las *Actas del V Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, 7-13 de octubre de 2012, al *An. iberoam. just. const.*, n. 17, 2013, a la *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 19, 2013, en proceso.

valor doctrinal de las motivaciones o *rationes decidendi*», con lo cual «legisladores y jueces tienen un peso reducido en su formación o producción»<sup>44</sup>. Al intérprete (es decir, al derecho jurisprudencial en sentido estricto) le corresponde especialmente coordinar el *dharma* con las reglas reales y la costumbre, unificando el pluralismo de los usos dentro de los mismos textos sagrados<sup>45</sup>.

La alineación de los formantes —se podría decir usando las categorías de Sacco— es el resultado de la interpretación doctrinal en el Islam también, donde el sistema de reglas jurídicas no se basan en la voluntad política de los gobernantes, sino la revelación divina<sup>46</sup>. Por lo que se refiere a las

<sup>44</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, “Presentazione” a R. LINGAT, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Mouton & Co., La Haya, 1967, trad. it. *La tradizione giuridica dell'India*, Giuffrè, Milano, 2003, p. XII s.

<sup>45</sup> A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, “Presentazione” en L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato* (a cura di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, R. FAVALE), trad. it., Giappichelli, Torino, 1996, p. XXXV: «La nozione occidentale di diritto si rivela insufficiente a promuovere un'indagine effettivamente macro-comparatistica, idonea ad individuare gli archètipi categoriali». Y, comentando un caso decidido por un tribunal de *common law*, en el que estaban implicados el concepto de amistad y la simbología de la sangre en la escritura de un contrato, P. GOODRICH, “*Interstitium and non-law*”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 227: «The Western concept of friendship does not seem directly applicable and so immediately, straight off, first line of the opinion, the juridical paradigm, the legal decision, has to be supplemented, confronted, aligned to disciplines and knowledges other than law».

<sup>46</sup> Como lo recuerda M. OLIVIERO, voz “Derecho islámico”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, ed. mexicana coordinada por E. FERRER MAC-GREGOR, M. NÚÑEZ TORRES, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA, Porrúa, México, 2012, p. 120 ss., «La ciencia del Derecho islámico (*ilm' al-fiqh*) se divide en dos grandes partes. Por un lado, se compone por las ‘raíces’ (*usūl al-fiqh*) que explican por medio de qué procedimientos y qué fuentes ha sido hallado el conjunto de disposiciones que constituyen la *Shari'a*. Son consideradas ‘raíces’: el Corán (*Qur'ān*), la sunna (*sunnat al-nābī*), el consenso (*iğmā*) y la analogía (*qiyās*). Por otro lado, se encuentra constituida por las ‘ramas’ (*fuwā al-fiqh*) de la jurisprudencia. Los *fuwā*, considerados por los doctos de las leyes (*'ulamā*) como derivados de la primera división, comprenden algunas materias que, utilizando las modernas categorías jurídicas occidentales, constituyen el Derecho privado, el Derecho penal, el Derecho procesal y parte del Derecho público». Bibliografía actualizada sobre el Islam en M. IQBAL, *The Reconstruction of religious thought in Islam*, 2.ª ed., Oxford U.P., London, 1989; 'A.A. NA'IM (ed.), *Islamic Family Law in a changing World. A global resource book*, Zed Books, London, 2002; M.H. KAMALI, *Shari'a Law: An Introduction*, Oneworld, Oxford, 2008; C. MALLAT, “Comparative Law and the Islamic (middle eastern) legal culture” en M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 610 ss; T.W. BENNETT, “Comparative Law and African Customary Law”, *ivi*, p. 641 ss. Sobre las transiciones y la denominada primavera árabe *vid.* el número monográfico 11/2012 de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, titulado “El mundo árabe”.

“raíces” de la ciencia de este derecho (*usūl al-fiqh*), el Corán representa sin duda la fuente principal del derecho islámico<sup>47</sup>. Las costumbres no pueden ser contrarias al texto revelado y la jurisprudencia de los tribunales es conforme a las opiniones de la doctrina<sup>48</sup>.

Bastante diferente se presenta la situación en el derecho chino, influenciado todavía en los fundamentos por la doctrina de Confucio y su aversión hacia las normas legales (*fa*), a favor de los ritos y costumbres (*li*), interpretados a lo largo de los siglos por los seguidores del maestro y luego las familias, las tribus, los grupos y las corporaciones mercantiles<sup>49</sup>.

En las familias occidentales, la doctrina no representa hoy un elemento dinámico de producción jurídica. En el *common law*, no lo era tampoco en el pasado, y no ha tenido mucha influencia en la jurisprudencia: el *common law* inglés, en particular, es el producto de los jueces del Rey, y el papel de los profesores/juristas ha sido siempre marginal, como lo ha sido la ciencia jurídica que ellos han creado en otras partes. La producción jurídica universitaria no es tan amplia como en otros sitios; los profesores citan a los jueces, en sus motivaciones de mayoría o minoría, pero raramente

<sup>47</sup> Como es sabido, contiene la colección escrita en forma definitiva de las revelaciones que el arcángel Gabriel hizo a Mahoma: en el Corán cada una de las palabras es sagrada en cuanto representa la exacta traducción del “Libro sacro que está en el cielo junto a Dios”.

<sup>48</sup> Para profundizar, F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 3 ss. «Traditional Islamic Law —afferma P.G. MONATERI, “Methods in comparative law: an intellectual overview”, en ID. (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 19— has been essentially based on the prestige of a caste of scholars in law and divinity (but not professional lawyers), in an institutional setting where judges were not delivering opinions and little or no room was left for legislation».

<sup>49</sup> Cfr. R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Franco Angeli, Milano, 1999, p. 34 ss.; ID., “Cina”, en ID. (ed.), *Diritto dell’Asia orientale*, Cafoscarina, Venezia, 2008, p. 16 s.; sintéticamente M. TIMOTEO, “Derecho chino”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 92 ss., e ID., voz “Cina”, en *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, actualización, Utet, Torino, 2009, p. 197 ss.; R. PEREMBOOM, *China’s Long March Towards the Rule of Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2002; J.A.G. ROBERTS, *A History of China*, 3a ed., Macmillan, New York-London-Basingstoke, 2011; LIN FENG, *Constitutional Law in China*, Sweet & Maxwell Asia, Hong Kong, 2000; A. CHEN, *An Introduction to the Legal System of the People’s Republic of China*, 3a ed., Lexis-Nexis-Butterworths, Hong Kong, 2004; A. RINELLA, *Cina*, il Mulino, Bologna, 2006. Antes del cambio de los años 2000 Samuel Krislov propuso distinguir en términos jurídicos entre la sociedad china “character oriented”, y otras de Oriente Extremo basadas en obligaciones contractuales mutuas: v. S. KRISLOV, “The Concept of Families of Law”, en A. PODGÓRECKI, CH. J. WHELAN, D. KHOILA, *Legal Systems & Social Systems*, Groom Helm, London-Sydney-Dover, 1985, p. 37.

pasa lo contrario<sup>50</sup>. Lo que ocurre (incluso en los EE.UU. y en otros ordenamientos de la familia), las referencias se hacen a obras que a su vez son sistematizaciones de los casos, en un *continuum* donde el perdedor (desde el punto de vista cultural) es la doctrina. En la esfera del derecho público, además, la creciente pervasividad del derecho legislativo<sup>51</sup> ha favorecido la entrada de los doctores en el circuito de producción jurídica, siendo ella (un poco) más reacia a los esquemas mentales anclados en el uso del sistema casuístico y del precedente judicial.

En el continente europeo, desde el inicio del milenio pasado los profesores han sido los verdaderos creadores de las grandes construcciones jurídicas. La codificación les ha quitado el poder de decidir, que tenían antes, pero no el de comentar, criticar, sistematizar, influir, recomendar; muchas veces los llaman en gobiernos y parlamentos, en los tribunales supremos, ordinarios o administrativos, o constitucionales o internacionales. Las sentencias son anónimas, no son los jueces en su individualidad los que crean derecho, ni siquiera donde existen los votos particulares<sup>52</sup>. Non hay fractura entre academia y formantes activos, sino solo diferentes percepciones subjetivas de su papel. En muchos casos, los profesores se conciben como exegetas del derecho legislativo o jurisprudencial, y producen obras donde el derecho que explica es el resultado de legisladores y tribunales (especialmente constitucionales). A veces esperan reconstruir los sistemas, ofreciendo interpretaciones o visiones globales (que pueden no tener en cuenta lo que dicen los legisladores o los jueces). Por lo general, participan en el circuito de la producción del derecho, insertando sus obras en los debates jurídicos en curso, uniformando los formantes y dando un papel parecido a leyes, sentencias y doctrina. En particular, en el derecho constitucional, legisladores y jueces “usan” (aunque poco, o no siempre) los profesores, y éstos hacen referencia a aquellos (siempre). Los profesores lo hacen siempre de forma expresa, legisladores y jueces más de forma críptica, pero no solo.

<sup>50</sup> Cfr. A. PATERSON, *The Law Lords*, MacMillan, London, 1982, p. 10 ss., donde se demuestra la falta de interés de la autoridad jurisdiccional suprema británica hacia las obras académicas, incluso notas y comentarios jurisprudenciales.

<sup>51</sup> G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), y en general R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge U.P., Cambridge, 1987, trad. it., *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Giuffrè, Milano, 1991, espec. cap. I (y p. 78 de la edición italiana).

<sup>52</sup> R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, cit., p. 51 de la edición italiana.

En este contexto (sumariamente delineado), los comparatistas tienen una ventaja: los estudiosos de los derechos positivos, los legisladores y jueces nacionales pueden interactuar (en medida diferente y con diferente peso mutuo) entre ellos, dentro de cualquier ordenamiento, pero no tienen los instrumentos para ir más allá. Los filósofos, los historiadores, los estudiosos de doctrinas políticas, los teóricos generales aseguran las necesarias conexiones entre hechos y reconstrucción de los fenómenos. Pero solo los comparatistas alimentan en el formante doctrinal conocimientos verticales (entre doctrina, legislación y jurisprudencia), y horizontales, entre ordenamientos, empezando con los datos positivos —los derechos por lo que son— y conectándolos y deduciendo clasificaciones y modelos<sup>53</sup>. Al final del razonamiento, usan sus resultados no solo los profesores, sino también los formantes dinámicos.

En materia constitucional, esta labor —si se hace bien— puede ser especialmente útil, por la mayor permeabilidad a los aportes externos de los institutos del derecho público, menos dependientes (¡pero no siempre!), respecto de los privatistas, del peso de tradiciones, religiones, costumbres.

#### IV. "CLASES DÚCTILES" ENTRE LA IMPOSICIÓN Y EL PRESTIGIO

El segundo punto que deseo afrontar concierne las causas justificativas de la circulación del derecho (¿imposición? ¿Prestigio?).

En el derecho constitucional comparado, la existencia de "modelos" que se configuran como *formas ejemplares* postula de por sí la circulación de los modelos mismos: las llamadas Constituciones "modelo" se conside-

<sup>53</sup> Véase O. PFERSMANN, "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", cit., p. 277: «Les ordres nationaux sont des illusions, le droit véritable est déjà unique et il revient au droit comparé de le présenter. Elle résulte d'une confusion conceptuelle. Il n'y a pas de système transnational. Le droit comparé n'est pas un ordre juridique du tout, mais une discipline». Critica ferozmente los límites del jurista "municipal" A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, "Presentazione", cit., p. LVI y *passim*, pues él «tende a contaminare i risultati della sua ricerca, sia ricostruendo fin dall'inizio i problemi in maniera infedele e caotica, sulla base dell'arbitrio individuale e nel segno di una pretesa "originari età", sia azzardando giudizi e pareri che, inevitabilmente, allontanano la sua analisi dalla realtà». Los que no quieren o no saben usar el método comparado «sono costretti a rifugiarsi negli anfratti della dogmatica più obsoleta, inventando in via ermeneutica e ricostruttiva un "sistema" assiomaticamente chiuso e compiuto, all'interno del quale trovare la panacea per tutti i mali» (p. LVIII).

ran tales justamente porque han sido largamente imitadas. Quien prestase atención a las mutaciones jurídicas de los ordenamientos no tendría dificultad en constatar que dichos cambios se deben generalmente a experiencias de imitación-recepción de modelos jurídicos surgidos en otros lugares, siendo el nacimiento de un modelo original un fenómeno algo extraño<sup>54</sup>, aunque en el derecho constitucional no faltan casos de creaciones *ex novo* de modelos, sobre todo después de revoluciones. Ahora bien, el fenómeno de imitación-recepción constituye por lo general la vía ordinaria para la circulación de los modelos constitucionales, de forma similar a lo que normalmente ocurre para los modelos jurídicos de derecho privado. La mayoría de las veces, la comparación permite comprender el conjunto de intuiciones y de ideas que están detrás de las formulaciones normativas asumidas como modelo<sup>55</sup>.

Ello vale sobre todo a nivel normativo, pero se puede aplicar también para la jurisprudencia (y la doctrina).

En la experiencia aparecen justamente: *imitaciones legales*, cuando el legislador imita directamente el modelo producido por otro legislador (ejemplo típico es la frecuente imitación de las codificaciones francesas y alemanas<sup>56</sup>); *imitaciones doctrinales*, que operan en el plano exquisitamente teórico. No es extraño, además, que estas dos formas de imitación se combinen en el mismo ordenamiento<sup>57</sup>. Finalmente se encuentran las *imitaciones judiciales*, directas o por medio de intermediarios, como las juris-

<sup>54</sup> Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., p. 83; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 134. Ello vale incluso cuando un nuevo modelo surge (con elementos originales) de la fusión de varios modelos anteriores: piénsese en la Francia de la Quinta República, que une en algo nuevo algunos rasgos del presidencialismo y del parlamentarismo, ofreciendo un producto original (el semipresidencialismo).

<sup>55</sup> A. WATSON, "Legal Change: Sources of Law and Legal Culture", en *Un. of Pennsylvania L.R.*, n. 131, 1983, p. 1154, habla de «enormous power of the legal culture determining the timing, the extent and the nature of legal change», aunque niegue el nexo necesario de los *transplants* con la cultura jurídica, no siendo necesariamente el derecho un espejo de la sociedad. En este sentido también A. RILES, "Comparative Law and Socio-Legal Studies", en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 795.

<sup>56</sup> Cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Las Fuentes en el Derecho Comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, ed. peruana al cuidado de J.F. PALOMINO MANCHEGO, Grijley, Lima, p. 103 ss. y la bibliografía citada.

<sup>57</sup> Por ej., en los países romanistas es posible hallar, en diferentes periodos, «el encuentro de modelos legales franceses y de modelos doctrinales alemanes»: R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 137.

dicciones supranacionales o la doctrina<sup>58</sup>. Naturalmente, las imitaciones de un modelo pueden ser *globales* o *parciales*: las Constituciones, como es notorio, tienen frecuentemente más de un modelo de referencia, combinando sus aspectos más interesantes. Ello puede dar lugar, según el caso, a hibridaciones incompatibles, con consecuentes inaplicaciones o rechazos, o a adaptaciones exitosas coherentes con las exigencias políticas y culturales del sistema que imita<sup>59</sup>.

En la perspectiva que aquí interesa conviene ahora detenerse, aunque sea brevemente, sobre dos aspectos de la problemática que estamos examinando: a) de un lado, el problema de las “malas” imitaciones; b) de otro, las causas que, en general, determinan la circulación de los modelos.

a) Acerca del problema de las “malas” imitaciones, a veces es el cuadro normativo referencial en el que el modelo jurídico opera dentro del sistema de origen el que se escapa a la recepción, determinando malos entendidos o equivocaciones en el sistema imitador. Naturalmente, no hay que limitarse a aclarar, «caso por caso, que la solución extranjera considerada superior haya tenido óptimos resultados en el ordenamiento de origen, sino que sea igualmente apropiada para el propio país. En particular, puede suceder que las soluciones desarrolladas en el extranjero y que han demostrado buenos resultados no puedan ser trasladadas a nuestro derecho —o por lo menos no lo puedan ser permaneciendo inmutadas (...)»<sup>60</sup>. No

<sup>58</sup> Cfr. sobre este tema a G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 543 ss.; V. GREMENTIERI, “La circolazione dei modelli normativi nel sistema giuridico europeo: il contributo delle Corti europee”, en *Riv. dir. civ.*, n. 5, 1990, p. 547.

<sup>59</sup> La imitación puede determinar como efecto un fenómeno de *aculturación*, si la sociedad imitante pierde su identidad o, viceversa, de mera *asimilación*. Para profundizar en el argumento y para la bibliografía respectiva, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 13 ss. R. SACCO, “Rapport de Synthèse”, en AA.VV., *La circulation du modèle juridique français* (Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant, Nice et Gênes, 1993, *Travaux de l'Association Henry Capitant*, XIV), Litec, Paris, 1994, p. 8 s., señala incluso que a menudo las limitaciones no son conscientes: «C'est-à-dire —recuerda P.G. MONATERI, “Critique et différence: le droit comparé en Italie”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 4, 1999, p. 997— «les importations que personne n'a consciemment dessinées, ou projetées, mais qui ont profondément marqué le caractère d'un système». Sobre las diferentes tipologías de recepción, L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007, p. 92 ss.; ID., *Introducción al Derecho Público Comparado*, Unam, México, 2006, p. 101 ss., y Palestra, Lima p. 89 ss.

<sup>60</sup> K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Mohr Siebeck, Tübingen (1ª ed., 1971), trad. ingl. *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, trad. it. de la 3ª ed. (Tübingen, 1984), *Introduzione al diritto comparato. 1: Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 19. Para el tema de

es casual que la “sumisión” del modelo jurídico acogido dependa de un conjunto de factores políticos y ambientales y, además, del correcto análisis comparativo conducido por los órganos legislativos; un análisis que hubiese considerado únicamente el dato formal de los textos normativos y excluyese su concreta actuación en el ordenamiento de referencia, abriría el camino a serios riesgos de ineficacia del trasplante<sup>61</sup>, incluyendo el peligro de su probable rechazo. Lo mismo vale para las imitaciones (y las citas) jurisprudenciales.

Se ha observado que las influencias e imitaciones son mucho más frecuentes entre sistemas parecidos; aunque, en realidad, la circulación de los modelos puede tener lugar también entre sistemas profundamente diferentes<sup>62</sup>. En los procesos de imitación-recepción, entre las demás circunstancias, resultan particularmente importantes las condiciones de comprensión y conocimiento de los modelos a imitar. Un rol determinante compete al conocimiento de la lengua en la que el modelo se expresa.

Por último, en cada sistema operan criptotipos. Por lo que, mientras puede resultar fácil imitar una norma explícita, parece muy poco probable imitar un criptotipo, esto es, un modelo jurídico implícito del cual, en ocasiones, el mismo sujeto que lo observa no es plenamente consciente. Así, “criptotipos” particularmente renuentes a la circulación son aquellos vinculados a la mentalidad y a los hábitos implícitos de los juristas. Por otro lado, la presencia de criptotipos puede desvelar ocasionalmente que lo que a primera vista aparecía como recepción de un modelo jurídico (*recepción aparente*), en realidad no era otra cosa que la reviviscencia de un criptotipo radicado en el ordenamiento que parece ser el imitador.

b) Las *causas* que determinan la divulgación de los modelos jurídicos por imitación se presentan bajo diferentes naturalezas y capacidades; pién-

los presupuestos de una recepción fructífera cfr. además: O. KHAN-FREUND, “On Uses and Misuses of Comparative Law”, en *Modern L.R.*, n. 37, 1974, p. 1 ss.; A. WATSON, “Legal Transplants and Law Reform”, en *Law quart. rev.*, n. 1, 1976, p. 79 ss.; E. STEIN, “Uses Misuses and Nonuses of Comparative Law”, en *Northwestern Un. L.R.*, n. 1, 1977, p. 198 ss.

<sup>61</sup> Acerca de los condicionamientos de la eficiencia de un modelo normativo importado, ver a N.S. MARSH, “Comparative Law and Law Reform”, en *Rabels', Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1977, p. 661 ss.; J.B. OJWANG, “The Application of the Comparative Method in the Domain of the Public Law: Some Reflections”, en *Rev. dr. int.*, n. 1, 1982, p. 207 y ss.

<sup>62</sup> Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., p. 83, según el cual «el trasplante de normas jurídicas es, desde un punto de vista social, fácil (...). Esto es verdad incluso cuando las normas provienen de un tipo de sistema muy diferente».

sese en la afinidad de condiciones culturales, ambientales, sociales y económicas. Todos ellos representan factores de influencia innegable sobre el proceso de imitación de un modelo jurídico. No cabe duda que la recepción de un modelo responde a una necesidad, a la exigencia de colmar una laguna del ordenamiento, o bien, de hacer propias las soluciones de otros por ser más racionales o parecer más idóneas<sup>63</sup>.

La doctrina comparatista ha destacado que los fenómenos de recepción voluntaria de modelos jurídicos, que son los más difundidos de esa experiencia, tienen como base un factor no-jurídico que consiste en el «deseo de apoderarse de las atribuciones ajenas, cuando esas atribuciones están cargadas de una calidad que no sabemos como llamar sino es con el adjetivo “prestigio”»<sup>64</sup>. En otras palabras, el prestigio podría constituir el postulado indispensable, aunque tal vez no suficiente, para explicar la circulación de los modelos.

En relación a la cuestión del prestigio del modelo imitador, podríamos estar tentados a considerar que, en el mismo momento en el que atribuimos al modelo el significado de “forma ejemplar”, reconocemos con ello mismo el *prestigio* y, en consecuencia, la capacidad intrínseca de ejercitar una significativa influencia sobre otros ordenamientos. En realidad, bajo una consideración adecuada, sí por un lado es verdad que la expresión “prestigio” lleva una carga positiva y una valoración de excelencia referida a un fenómeno y, en ese sentido, algo digno de imitación, es también verdad, por otra parte, que la expresión “forma ejemplar” no siempre es indicativa de un fenómeno positivo<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Breitkopf und Härtel, I, Leipzig, 1852, p. 8 ss. (cit. en la reimpresión de 1955 en K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, cit., p. 19), según el cual «la cuestión de la recepción de instituciones jurídicas extranjeras no es una cuestión inherente a la nacionalidad, sino simplemente es una cuestión de finalidad, de necesidad. Nadie se preocupa por buscar en un lugar lejano algo de lo que dispone en casa; por eso, solamente un loco refutaría la quinaquina por no haber crecido en su propio huerto».

<sup>64</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 148. Consúltense además, G. AJANI, “By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe”, en *Am. Journ. comp. law*, 1995, n. 43, p. 93 ss. Sobre la necesidad de considerar otros elementos, aparte de las imposiciones de textos jurídicos, para explicar la circulación de modelos, v. M. GRAZIADEI, “Comparative Law as the study of transplants and receptions”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 463 ss.

<sup>65</sup> De este modo, podría considerarse “ejemplar” el modelo de la forma de Estado nacionalsocialista en relación a la categoría de Estado autoritario; pero es evidente que la ejemplaridad, a ese propósito, es una característica que responde a finalidades comparativas y que carece de todo valor axiológico. A. RAPACZYNSKI, “Bibliographical Essay:

A veces los dos elementos que en la visión dicotómica más recurrente son la causa de las imitaciones a nivel normativo —*imposición* y *prestigio*— se confunden, creando monstruos, híbridos donde es difícil entender dónde termina el prestigio y dónde empieza la imposición. Si en el derecho privado comparado la distinción resulta bastante neta<sup>66</sup>, no me parece que así sea en el derecho constitucional, donde los perfiles de la ciencia jurídica a veces tienen que ver incluso con la política y la fuerza. No hay texto constitucional, así como cualquier enmienda a la Constitución, aunque limitada, que sea completamente inmune a influencias externas, difícilmente dependen *solo* de la imposición o del prestigio<sup>67</sup>.

En cuanto a la primera (imposición) se debe subrayar, ante todo, que la divulgación de modelos *rationae imperii*, debida a actos de pura fuerza militar, es un fenómeno relativamente raro en la historia. Sin embargo, la imposición no implica necesariamente meros actos de fuerza; de hecho, es posible que la divulgación de un modelo derive de la capacidad de influencia política, social, cultural, económica —que a veces puede ser *dominante*—, como incluso de presiones de un determinado ordenamiento

---

The Influence of US Constitutionalism Abroad”, en L. HENKIN, A.J. ROSENTHAL (eds), *Constitutionalism and Rights: The Influence of US Constitution Abroad*, Columbia U.P., New York, 1990, p. 94 ss., limitadamente al contexto estadounidense habla de “positive influence” (cuando el ejemplo estadounidense es evaluado e imitado) y de “negative influence”, cuando es evaluado pero no considerado idóneo a ser importado.

<sup>66</sup> Por otra parte, la ibridación es reconocida incluso entre los privatistas: por ejemplo, M. GRAZIADEI, “Comparative Law as the study of transplants and receptions”, cit., p. 458, admite que «dominance and prestige are often joined», aunque «there are many examples of legal imitation driven by prestige alone», y pone como ejemplo el papel de los profesores alemanes en la academia estadounidense; O. KAHN-FREUND, “On Uses and Misuses of Comparative Law”, cit., p. 1 ss., explica en términos de adaptación (“fit”), entre ley “trasplantada” y contextos locales, la existencia de instituciones autónomas o semi-autónomas, y de injertos “self-contained” o “non self-contained”.

<sup>67</sup> Véase por ej. el n. 3/2008 de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, con las comunicaciones presentadas al Congreso celebrado en Caserta el 29-30 de mayo de 2008: “2007-2008. Buon compleanno, Costituzioni (La circolazione di principi e istituzioni tra Europa e America: influenze reciproche tra le Costituzioni di Stati Uniti, Messico, Brasile, Italia, Francia, Spagna)”. Y también, entre otros, L. PEGORARO, “Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed ‘esportazioni’”, en F. FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context – La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 523 ss., trad. esp. “El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la ‘exportación’ de modelos”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, p. 287 ss., y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., pp. 29 ss.

estatal sobre otro. Además, no es extraño que una recepción coactiva cese bruscamente al modificarse las relaciones de fuerza.

Es útil profundizar en este tema con un ejemplo, relativo justamente a la relación entre imposición y prestigio en el nacimiento o reforma de las Constituciones.

Muchos recuerdan que la imposición originaria puede transformarse en aceptación voluntaria, si desaparecen las condiciones de las dominaciones<sup>68</sup>. Acerca del prestigio, la historia del constitucionalismo (y la inmensa bibliografía que lo ha acompañado) demuestra la influencia cultural que ha caracterizado el principio de las Constituciones, en todas las épocas y lugares. Podríamos decir que su misma historia es la historia de la circulación de las ideas, por el prestigio de los modelos dotados de más autoridad.

No es sencillo distinguir siempre las decisiones autónomas de las presiones internacionales o de potencias específicas, como resulta claramente en el caso de las Constituciones del Este de Europa adoptadas entre el final de los 80 y el 2000. Las dos categorías —imposición y prestigio— no resultan nada definidas, como resulta de las reformas en materia de equilibrio presupuestario introducidas en muchas Constituciones europeas entre 2010 y 2012<sup>69</sup>.

Para clasificar las Constituciones —como cualquier otro acto o hecho jurídico, incluso jurisprudencial— desde el punto de vista de su origen de legitimación interna o externa (o, en la óptica del derecho comparado, para entender si se trata de una recepción por imposición o por prestigio), en el campo del derecho privado, A. Trabucchi da una pista importante<sup>70</sup>:

«Tomemos como ejemplo la violencia moral. Tizio suscribe un contrato porque se le amenaza de un grave daño. La decisión se presenta en la mente de Tizio así: o afrontar el peligro de la amenaza o adherir a la contratación, y Tizio prefiere, entonces *quiere*, hacer el contrato; *etsi coactus*, decía el antiguo jurista, *tamen volui*. El derecho interviene concediendo a la víctima la acción de nulidad porque esta voluntad se formó en un modo equivocado, pero no porque una voluntad faltaba. Y lo mismo

<sup>68</sup> Por ejemplo el mismo M. GRAZIADEI, "Comparative Law as the study of transplants and receptions", cit., p. 456 s.

<sup>69</sup> Un caso emblemático se dio con las reformas constitucionales en materia de equilibrio presupuestario: véanse E. ÁLVAREZ CONDE, C. SOUTO GALVÁN (eds), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Idp, Madrid, 2011 [y allí, p. 45 ss., mi ensayo (en colaboración con E.D. COSIMO); *La costituzionalización del equilibrio presupuestario. Reflexiones críticas*]; E. ÁLVAREZ CONDE, "La reforma constitucional del 2011", en AA.VV., *Constitución y Democracia: Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Ed. Universitas, Madrid, 2012, I, p. 239 ss.

<sup>70</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 18ª ed., Cedam, Padova, 1971, p. 157.

pasa con el error o el dolo, que influyen, en lugar de la libertad, sobre los elementos que inducen el sujeto al contrato».

El derecho civil considera entonces anulables los contratos donde hay un vicio del consenso. ¿Pero esto vale también para el derecho constitucional? ¿En qué medida, por lo menos para la clasificación, los vicios del consenso son observados por la ciencia constitucionalista? Cuáles sean las plausibles motivaciones "ideológicas" de la indiferencia o al menos la escasa atención de las Constituciones (pero también del legislador, de la jurisprudencia y de la doctrina) por un fenómeno —la formación del consenso— que también concurre a diferenciar la forma de Estado liberal democrático de aquella totalitaria, cada reflexión queda consignada en los aportes de otras ciencias, a las cuales los juristas tal vez debieron confiarse en tentar de concebir soluciones diversas de aquella habitual.

En el derecho civil, el juez evalúa prudentemente (con eventual asistencia de asesores técnicos) si la coacción psicológica fue tan fuerte como para determinar un comportamiento no libre. Así, en el derecho penal el juez puede, mejor debe, evaluar el elemento psicológico del delito. En el derecho constitucional, la pregunta no es si nos encontramos ante Constituciones nulas o anulables (o las reformas) cuando están impuestas o condicionadas "desde fuera", aunque, en casos extremos, puede haber consecuencias hasta en los formantes dinámicos<sup>71</sup>. Sin embargo, hay al menos que preguntarse si estas categorías meramente empíricas de las Constituciones, como las que se han dado hasta ahora de las Constituciones impuestas, pueden ser satisfactorias o exhaustivas.

<sup>71</sup> Piénsese en el caso de Constituciones de Estados que son tales sólo de nombre, como por ejemplo la República social italiana sostenida en el Norte de Italia al final de la Segunda guerra mundial, por el Tercer Reich (véase ahora A. REPOSO, *Storia e critica comparata della Costituzione italiana*, Bup, Bologna, 2012, cap. I, § 1.7), o en las reformas realizadas durante los regímenes de emergencia, de guerra u ocupación, donde esté expresamente prohibido, como en Portugal, España, Francia o Bélgica. (Véanse los artículos 284 de la Constitución de Portugal; 169 de la Constitución española; 94 de la Constitución francesa de 1946 y 89 de la Constitución de la Quinta República; 196 de la Constitución belga.) Véase también el preámbulo de la Constitución húngara (2011), donde declara la invalidez de la anterior: «We do not recognise the suspension of our historical constitution due to foreign occupations. We deny any statute of limitations for the inhuman crimes committed against the Hungarian nation and its citizens under the national socialist and communist dictatorships. – We do not recognise the communist constitution of 1949, since it was the basis for tyrannical rule; therefore we proclaim it to be invalid».)

¿Cuando de verdad una Constitución (o reforma) puede definirse “impuesta”, además de en caso de *debellatio* o de construcción por parte del Estado colonial? ¿Y una Constitución (o reforma) puede decirse “condicionada” sólo en presencia de actos internacionales formales, que implican una cesión de soberanía, o la categoría merece ser ampliada a otras hipótesis?

Las respuestas se pueden encontrar en ciencias que estudian el poder (la ciencia política), sobre la base de los resultados alcanzados, porque tienen que ver, en la génesis de una Carta fundamental, con la fase de transformación de la política en derecho y, en caso de reformas que afectan a los principios fundamentales del sistema, con el ejercicio de un nuevo poder constituyente (o, mejor, constituyente/constituido). Más allá del dato formal (que les corresponde a los juristas), la medición no pueden hacerla solo los constitucionalistas. El riesgo es que procedan por impresiones o con datos aproximados.

La aplicación de lógica de clasificación débil (que deriva de la lógica *fuzzy*)<sup>72</sup> sugiere entonces disponerlas, según los elementos adquiridos, en una escala dividida en grados, donde en un extremo lado se encuentran textos *casi* inmunes de influencias externas diferentes del prestigio, y en el otro, textos incluso formalmente privados de legitimación interna (popular o incluso autoritaria)<sup>73</sup>. Los elementos que las caracterizan son típicos de otros textos también, y tampoco faltan en los que podríamos definir “condicionados”: a su vez, estas no serían sólo las Constituciones cuyo origen fue limitado con acuerdos internacionales (como Weimar), sino también

<sup>72</sup> Vid. S. BALDIN, “Riflessioni sull’uso consapevole della logica *fuzzy* nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2011, p. 3 ss. Per alcune applicazioni pratiche della teoria nel campo della comparazione, C. CASONATO, “Il fine-vita nel diritto comparato, fra imposizioni, libertà e *fuzzy sets*”, en A. D’ALOIA (ed.), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Esi, Napoli, 2012, p. 523 ss.; L. PEGORARO, J.O. FROSINI, “Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification”, en *Journ. comp. law*, n. 2, 2009, p. 39 ss. y en A. HARDING, P. LEYLAND (eds), *Constitutional Courts. A Comparative Study*, Wildy, Simmonds & Hill Publ., London, 2009, p. 345 ss. (trad. esp. “Tribunales constitucionales en Latino América: ¿un campo de prueba para nuevos parámetros de clasificación?”, en L. PEGORARO, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, cit., p. 263 ss. y p. 329 ss.).

<sup>73</sup> Las Constituciones “impuestas” no resultarían así sólo las que han sido definidas tales de forma pacífica (Japón, Alemania, Afganistán, Iraq). La Constitución en vigor de Iraq, por ejemplo, ha sido adoptada formalmente por una asamblea específica; nadie duda de las fuertes presiones occidentales, y especialmente de los EE.UU., para imponer algunos contenidos (en particular, los derechos, la estructura federal del Estado, concepto del todo ajeno a la mentalidad y cultura del país).

aquellas (o partes de ellas) nacidas o reformadas en sus partes indefectibles tras sanciones (pienso en la génesis de la Constitución sudafricana, o en las recientes iniciativas en Siria), o condiciones de la comunidad internacional o de la Unión Europea (Este de Europa, Grecia ).

La pregunta que hay que ponerse es esta: ¿estas categorías —imposición y prestigio—, como la crítica que se acaba de hacer a la dicotomía, se pueden aplicar a la circulación *jurisprudencial* del derecho?

*Mutatis mutandis*, diría que sí, y no solo porque por las razones evidenciadas *supra* entre los formantes principales hay siempre una intensa circulación recíproca. En la jurisprudencia también hay casos de “imposiciones” y de imitaciones (mediante las citas) por el prestigio. Ello depende de la verticalidad u horizontalidad del diálogo.

## V. DIÁLOGOS Y MONÓLOGOS: HORIZONTALIDAD Y VERTICALIDAD EN LAS RELACIONES ENTRE LAS CORTES

La doctrina ha señalado cómo la circulación de las soluciones jurídicas (y de los principios y las ideas) se produce hoy, en gran medida, por vía jurisprudencial, gracias sobretodo a las aportaciones de las Cortes constitucionales y de las Cortes internacionales y transnacionales<sup>74</sup>. Por una parte, estas reciben, a través de los jueces de diverso origen geográfico y cultural, las aportaciones de las distintas doctrinas y culturas nacionales, unificándolas en el veredicto; de otra, las devuelven, por así decir, a los distintos ordenamientos nacionales a los cuales se aplican obligatoriamente o sobre los cuales tienen un fuerte efecto persuasivo. Las citas referidas al derecho de la Unión Europea o internacional o de los principios enunciados por la Corte Interamericana u otras en la jurisprudencia nacional a veces simbolizan un referente cultural al igual que las referencias que se hallan sobre el derecho comparado en la jurisprudencia comunitaria o internacional.

<sup>74</sup> Véanse por ej.: AA.Vv., “The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”, en *Harvard L.R.*, n. 114, 2001, p. 2049 ss.; A.-M. SLAUGHTER, “40<sup>th</sup> Anniversary Perspective: Judicial Globalization”, en *Virginia Journ. int. law*, n. 40, 2000, p. 1103 ss.; ID., “A Typology of Transjudicial Communication”, en *Un. of Richmond L.R.*, n. 29, 1994, p. 99 ss.; ID., “A Global Community of Courts”, en *Harvard int. L.J.*, n. 44, 2003, p. 191 ss.; CL. L’HEUREUX-DUBÉ, “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, en *Tulsa L.J.*, n. 34, 1998, p. 15 ss.; M. CLAES ET AL. (eds), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012.

Sin embargo, la *ratio* de las referentes "internacionales" respecto a las comparativas es evidentemente diferente, pues no es lo mismo argumentar la decisión en función de la observancia a un tratado, una convención o una directiva de la Unión Europea (en efecto, ¿cómo puede el juez ordinario o constitucional ignorar tales fuentes, en sede interpretativa o aplicativa, para decidir un caso que le implica?) que citar la normativa extranjera como *argumentum quoad auctoritatem* para sustentar o rechazar una determinada solución<sup>75</sup>. Más bien, las normas y sentencias internacionales (y también extranjeras) adquieren interés a nivel comparativo si el juez de cada país puede adoptar la decisión prescindiendo de éstas aun cuando las tome en consideración dentro del propio *reasoning* para fortalecer con argumentos de autoridad el propio *iter* argumentativo<sup>76</sup>.

El uso de Derecho Internacional o Europeo pone en evidencia un problema de circulación "vertical" de la actividad interpretativa, porque frecuentemente, aunque no siempre, cuando un Juez nacional lo usa lo hace solo porque *debe* hacerlo, en cuanto que debe resolver problemas de compatibilidad entre diversas normas. Se trata de un uso *ratione imperii*, coesencial a su actividad no haciendo ni más, ni menos que cuando usa la Constitución nacional para detectar la contradicción entre la misma y una

<sup>75</sup> Conformemente, V. VIGORITI, "L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica", en AA.Vv., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica, Quad. della Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 7, Giuffrè, Milano, 2004, p. 14. *Contra* U. DROBNIG, "The Use of Comparative Law by Courts", cit., p. 5 ss. Análogamente distingue entre «recours obligatoire au droit comparé» y «l'utilisation libre du droit comparé» M.R. LEGEAIS, "L'utilisation du droit comparé par les tribunaux", en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 1994, pp. 347 ss. Por M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, "Intent on making mischief: seven ways of using comparative law", en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 29, «Comparative law has been seen to provide courts with persuasive and non-binding arguments. At the current stage, there is an argument about the consequences of a call for more consistency. One question is whether courts are ever bound to make use of comparative law sources, for instance in certain situations when an authority is based on comparative law sources».

<sup>76</sup> Se destaca en la doctrina que el derecho extranjero no es capaz por sí solo de determinar una orientación jurisprudencial respecto a las cortes; éste es utilizado como un soporte para reforzar una ya determinada toma de posición (A. GERBER, "Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgericht", en AA.Vv., *Perméabilité des ordres juridiques*, Schulthess, Zürich, 1992, p. 141 ss.). Señalamos que el contenido sustancial del derecho extranjero prevalece más que sus efectos prácticos dentro de la jurisprudencia que alude al derecho comparado. Cfr. al respecto U. DROBNIG, "The Use of Comparative Law by Courts", cit., p. 17, donde se cita una decisión del *Bundesverfassungsgericht* en sentido contrario. La praxis belga parece prestar más atención a los efectos.

fuente subordinada, o cuando resuelve conflictos de competencia entre normas de distintos ordenamientos sobre la base de una *lex superior*. Se trata entonces de un monólogo, pero no sucede así cuando el juez, sea nacional o internacional (e europeo), no está obligado a citar y a usar material de un ordenamiento distinto; en resumen, cuando la circulación es horizontal (así por ej.: entre la Corte interamericana y las Cortes europeas), o cuando una Corte usa el derecho extranjero porque *quiere* y no porque *debe*<sup>77</sup>.

Para negar que existe "diálogo", sería útil emplear otros elementos, en particular, demostrar que las Cortes "importantes", o que sirven como "modelo", son las únicas citadas por las Cortes de los países "receptores", y que en sentido contrario no existe ningún efecto de retorno de éstas sobre aquellas. Solo el análisis empírico, estadísticamente demostrable, puede testimoniar que las cosas son verdaderamente así.

Los cultores del derecho privado comparado, quienes están consolidados por una fuerte tradición, han dedicado diversos ensayos, libros, artículos, reseñas, notas y convenios a la «utilización complementaria del derecho extra-estatal»<sup>78</sup>, y, particularmente al uso de las sentencias extranjeras en la jurisprudencia.

Los estudios sobre derecho extranjero en la jurisprudencia, que han sido desarrollados por los cultores del derecho privado, insisten sobre el comportamiento de las cortes y los tribunales ordinarios, los cuales, solo en parte (es decir, en los ordenamientos de *common law* y mixtos y donde la Corte Suprema se juez de constitucionalidad) también tienen que afrontar los problemas de constitucionalidad. Los resultados alcanzados atestiguan

<sup>77</sup> Sobre diferencias véase la Constitución de Sudáfrica, donde coexiste una abertura hacia el derecho internacional y extranjero como instrumentos interpretativos de la Carta de los derechos formulados en estos términos: el Ch. 2, s. 36, y espec. s. 39, afirma que al interpretar el *Bill of Rights* cada Corte, Tribunal o forum «(b) must consider international law», y «(c) may consider foreign law».

<sup>78</sup> Acerca de esta terminología, v. A. SOMMA, "Le corti italiane e l'uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario", en AA.Vv., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., p. 25 ss. Acerca de la finalidad del uso, M. TARUFFO, "The Use of Comparative Law by Courts", en AA.Vv., *Italian Reports to the XIV<sup>th</sup> Congress of Comparative Law*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 51 ss.



que: las cortes de *common law*<sup>79</sup> y mixtas<sup>80</sup> utilizan bastante el argumento comparado; se ha emprendido una evolución alternativa en otros ordenamientos la cual ha sido explicada con razones disparatadas, pues se han apoyado, preponderantemente, en razones de orden histórico-cultural<sup>81</sup>; se ha asistido a una progresiva expansión de las citas extra-estatales en todos los ordenamientos.

Semejantes investigaciones son de gran utilidad para los comparatistas que se encauzan hacia el derecho constitucional y público, pues excavan en las raíces de los comportamientos culturales que justifican la apertura hacia el derecho extranjero, realizan reconstrucciones históricas y confrontaciones al igual que construyen modelos. En los últimos años, también los constitucionalistas han estudiado el uso del derecho comparado por parte de Cortes y Tribunales Constitucionales<sup>82</sup>. En los Estados Unidos,

<sup>79</sup> En particular, véase los siguientes ensayos, los cuales se encuentran en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, cit.: J. CHEN, "The Use of Comparative Law by Courts: Australian Courts at the Crossroads", p. 25 ss.; H.P. GLENN, "The Use of Comparative Courts by Law Courts in Canada", p. 59 ss.; P. VIAU, "L'Utilisation du droit comparé par les Tribunaux - Rapport Canadien", p. 79 ss.; U. DROBNIG, "The Use of Foreign Law by German Courts", p. 127 ss.; E. ÖRÜCÜ, "Comparative Law in British Courts", p. 253; D.S. CLARCK, "The Use of Comparative Law by American Courts", p. 297 ss.; A.A. LEVASSEUR, "The Use of Comparative Courts by Courts", p. 315 ss.

<sup>80</sup> Una vez más en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, cit., v. R. SANILEVICI, "The Use of Comparative Law by Israeli Courts", p. 197 ss.

<sup>81</sup> Cfr. en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, cit., los ensayos de P. AGALLOPOULOU, C. DELIYANNI-DIMITRAKOU, "L'Utilisation du droit comparé par les Tribunaux Helléniques", p. 149 ss.; H.E. SIGURBJRNSSON, "Application of a Comparative Method by Icelandic Courts", p. 197 ss.; K. NISHINO, "The Use of Foreign Law by Courts in Japan", p. 223 ss.; M. ELVINGER, "Le recours, par les juridictions luxembourgeoises, aux techniques de droit comparé dans l'interprétation et l'application du droit luxembourgeois", p. 231 ss.; S. VAN ERP, "The Use of Comparative Law Method by the Judiciary - Dutch National Report", p. 235 ss.

Sobre las raíces históricas que condicionan el comportamiento de los jueces, véase dentro de la inmensa literatura, por lo menos P.G. MONATERI, *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 1997, espec. p. 29 ss.; acerca de la formación de los operadores jurídicos en los Estados Unidos, v. sintéticamente J. CUETO RUA, *El "common law". Su estructura normativa - su enseñanza*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1957, p. 289 ss. En general, U. MATTEI, *Il modello di common law*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2004, espec. p. 27 ss. y 69 ss., y R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, cit., *passim* (e *ivi*, p. 135 de la edición italiana, apuntes sobre la aversión, madurada en Inglaterra como en Francia; por parte de los respectivos pueblos hacia los juristas).

<sup>82</sup> G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Esi, Napoli, 2006, y por la bibliografía *ivi*, p. 477 ss.; L. PEGORARO, "L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana"; *Id.*, *La Corte costituzio-*

algunos autores han llegado a afirmar que la atención hacia el derecho extranjero puede distraer a los jueces de la comprensión del derecho interno<sup>83</sup>. La visión *narrow minded* de la corriente originalista americana (que con flagrante contradicción pretende que los derechos defendidos por su Constitución sean "universales") es desmentida por la praxis de numerosos Tribunales<sup>84</sup>.

*nale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Clueb, Bologna, 2006; *Id.*, "La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80", en *Quad. cost.*, n. 3, 1987, p. 601 ss.; L. PEGORARO, P. DAMIANI, "Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali", en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 1999, p. 411 ss., trad. ingl. "Comparative Law in the Judgments of Constitutional Courts", en A. M. RABELLO, A. ZANOTTI (eds), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 131 ss., trad. esp. "El Derecho comparado en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales", en *Rev. jur. Castilla-La Mancha*, 1999, n. 26, p. 209 ss. y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., pp. 145 ss. Además N.P. SAGÜES, "El recurso al derecho y al intérprete externo en la interpretación e integración de la Constitución nacional", en AA.Vv., *Memoria del X Congreso iberoamericano de Derecho constitucional*, Inst. Iberoam. de Der. Const. et al., Lima, 2009, I, p. 95 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit.; A.M. SLAUGHTER, "A global community of Courts", en *Harvard L.R.*, n. 1 (44), 2003, p. 191 ss.

<sup>83</sup> C.N. LLEWELLYN, "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules of Canons About Statutes Are To Be Construed", en *Vanderbilt L.R.*, n. 3, 1950, p. 395. El tema, como todos saben (porque la polémica ha sido registrada por los estudiosos en todas partes, más allá de su efectivo interés), ha representado el objeto de una violenta controversia entre los jueces Brewer —favorable— y Scalia, que en nombre del originalismo de la Constitución estadounidense demoniza el derecho extranjero. Las repercusiones son importantes incluso a nivel parlamentario, con propuestas de prohibir expresamente las referencias al derecho comparado [Senate 520 (2005), House of Representatives 1070 (2005)]. Al contrario para sostener la tesis de que el uso de derecho comparado representa un "método universal de interpretación", se expresa K. ZWEIFERT, "Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode", in *(Rabels) Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n. 15, 1949-50, p. 5 ss. Afirma M. REIMANN, "The End of Comparative Law as an Autonomous Subject", en *Tulane eur. and civil law forum*, n. 11, 1996, p. 53, que algunos causes de la formulación estadounidense sobre el derecho comparado «lie in the intellectual and cultural predisposition of the majority of American lawyers, as is widely known and much bemoaned. Among them are parochialism, belief in the superiority of the American Way (i.e., arrogance), the lack of language skills, etc.». Otro ejemplo es aquel de L. EPSTEIN, J. KNIGHT, "Constitutional Borrowing and Nonborrowing", en *I. Con.*, n. 2, 2003, p. 196 ss., que tratando el tema de los trasplantes desde una perspectiva general (Este de Europa-occidente), no renuncia a dedicar varias páginas a la polémica entre Brewer y Scalia.

<sup>84</sup> T.L. GROVE, "The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation", en *Harvard L.R.*, n. 114, 2001, p. 2064, observa que «The U.S. Supreme Court has been notably absent from the international judicial

El hecho de que, dentro del área de *common law*, los jueces recurran al derecho comparado más que los colegas de *civil law* es una constatación difusa por parte de los comparatistas-privatistas<sup>85</sup>, que explican el fenómeno apoyándose en la sustancial irrelevancia de las barreras lingüísticas<sup>86</sup>,

dialogue. Even as its opinions are cited by constitutional courts all over the world, the U.S. Supreme Court continues to look inward».

El análisis de los constitucionalistas demuestran que el *Conseil constitutionnel* francés se apoya en los argumentos comparados menos que la *Corte costituzionale italiana*, el Tribunal Constitucional español y la *Cour d'Arbitrage* (ahora *constitutionnelle*) belga, por no decir que se apoya menos en la comparación que las cortes restantes, bien sean de *common law* o bien sean expresión de los sistemas mixtos. Asimismo se incluye a la Corte estadounidense, al *Bundesverfassungsgericht* alemán y al Tribunal federal suizo, por citar algunos de los tribunales especializados de los ordenamientos que gozan de una democracia estabilizada. También otras cortes o tribunales constitucionales han realizado apelaciones bastante importantes en relación al derecho comparado, inclusive los países de la Europa del Este [ver varios ensayos en G.F. FERRARI, A. GAMBARO (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit.]; en particular, sobre las referencias extra-estatales del *Bundesverfassungsgericht* alemán v. además A. WEBER, "The Role of Comparative Law in Civil Liberties Jurisprudence of the German Courts", en A. DE MESTRAL *et al.* (eds) *The limitation of human rights in comparative constitutional law – La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Éditions Yvon Blais, Cowansville (Québec), 1986, p. 525 ss. Acerca del *gap* que se encuentra en las citas de los tribunales ordinarios («extremely poor» dentro de la esfera privatista, y casualmente en la penalista), y respecto a las apelaciones comparadas por parte del *Bundesverfassungsgericht* («almost only on the top»), v. U. DROBNIG, "The Use of Foreign Law by German Courts", cit., p. 140 s. Sobre el Tribunal suizo cfr. G. WALTER, "L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera", en AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., p. 47 ss y espec. p. 48 s., donde el autor recuerda que las cortes evocadas con mayor frecuencia son el Tribunal constitucional y la Corte suprema alemana.

<sup>85</sup> U. DROBNIG, "The Use of Comparative Law by Courts", cit., p. 12 s., además de todos los autores de los Países de *common law* (Australia, Canadá, Reino Unido, Estados Unidos) cuyas contribuciones aparecen en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, cit., *passim*. Además, A. SOMMA, "Le corti italiane e l'uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario", cit., p. 31 s. e *ivi* ulteriores referencias a la doctrina. Adde A.S. ZUCKERMAN, "The sensitivity of English courts to the jurisprudence of other States within the European union", en AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., p. 61 ss. Señalan M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, "Intent on making mischief: seven ways of using comparative law", cit., p. 25: «Across the national borders dividing the Commonwealth, the seamless nature of the common law, from its origins in English law, through its permutations across to former colonies and beyond, provided a reason and justification for courts to look to each other's jurisprudence, exchange solutions and thereby create a network of persuasive authority».

<sup>86</sup> Resalta que están aventajados los ordenamientos en los cuales se utilizan lenguas difusas A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*,

o en el rol político y cultural que ha asumido la praxis aplicativa, porque los jueces están «acostumbrados a ejercitar concientemente el role de protagonistas en la evolución de los ordenamientos»<sup>87</sup>. Igualmente, ha sido subrayado que existe una mayor propensión a usar la comparación en los ordenamientos de dimensiones reducidas (empero, el ordenamiento belga desmiente la propia tendencia de la jurisdicción ordinaria, la cual ha sido señalada por la doctrina<sup>88</sup>), en los ordenamientos donde conviven más sistemas<sup>89</sup>, en los que son "democráticamente jóvenes"<sup>90</sup>, o en los multiculturales como Suiza<sup>91</sup>. Dentro de estos últimos —además de Canadá, se incluye a Israel y a Sudáfrica— la jurisprudencia constitucional contiene ricas citas comparativas, la cual no sólo presta atención a las sentencias de *common law* invocadas como precedentes sino también a la legislación y a la doctrina, sea anglófona o sea de cualquier otra procedencia<sup>92</sup>.

cit., p. 58. Acerca de la importancia de la lengua también insisten B. MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publ., Oxford-Portland, 2003, trad. it., *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 99 ss.; É ZOLLER, "Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?", en *Droits*, 2000, n. 32, p. 131; M.-C. PONTTHOREAU, "Le recours à 'l'argument de droit comparé' par le juge constitutionnel", cit., pp. 172 y 180.

<sup>87</sup> A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 273. En general, sin embargo, las justificaciones se fundamentan en la integra diferencia que existe entre las sentencias de *common law* y las sentencias de *civil law*. (Sobre esta diferencia, el primer supuesto se vincula a las discusiones de *rationes* y *opiniones* que justifican en cada caso la racionalidad de la elección que ha sido adoptada, y el segundo supuesto se vincula a la utilización de un esquema silogístico, v. al respecto P.G. MONATERI, *Pensare il diritto civile* reimpression., Giappichelli, Torino, 1997, p. 63.)

<sup>88</sup> H. KÖTZ, "Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung", en *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. II, Beck, München, 2000, p. 873.

<sup>89</sup> U. DROBNIG, *The Use of Comparative Law by Courts*, cit., p. 13; G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 42 ss.

<sup>90</sup> ... como por ejemplo, Hungría y Sudáfrica: cfr. M.-C. PONTTHOREAU, "Le recours à «l'argument de droit comparé» par le juge constitutionnel", cit., p. 182, y C. DUPRÉ, *Importing the Law in Post-Communism Transitions*, Hart Publishing, Oxford 2003, *passim*; A. RINELLA, "La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia", en G.F. FERRARI, A. GAMBARO (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. 379 ss.

<sup>91</sup> Vid. G. WALTER, "L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera", cit., p. 49; S. GEROTTO, "L'uso della comparazione nella giurisprudenza del Tribunale federale svizzero", en G.F. FERRARI, A. GAMBARO (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. 281 ss.

<sup>92</sup> Sobre la circunstancia de que (todas) «las Cortes constitucionales de hoy dan indirectamente vida a un dialogo cerrado acerca de las cuestiones de particular actualidad e importancia (...), influenciándose recíprocamente (y suscitando el fenómeno de la

La tendencia a utilizar el derecho comparado por parte de los países exportadores de modelos no es menor con respecto a los Países importadores, los cuales, en teoría, son los primeros, que prestan atención a la experiencia extranjera. Sin embargo esta aseveración tiene que ser demostrada: Francia, país "exportador", se apoya muy poco en la comparación, mientras los Estados Unidos la utilizan bastante, a diferencia de Italia, Bélgica y España, los cuales son Países receptores de modelos<sup>93</sup>. Por otra parte, dentro del área de *common law* y del área mixta, Canadá, Israel y Sudáfrica importan en el *reasoning* de sus jueces tanto los modelos como el resultado de los estudios de derecho comparado — las clasificaciones, las definiciones, etc.-.

Las reconstrucciones constitucional-comparatistas son de utilidad para que las Cortes elijan con conocimiento de causa tanto las referencias específicas como las categorías generales. La subsunción de un caso en una categoría general es, en efecto, un argumento clásico del derecho comparado, que favorece la intención de resaltar elementos diferentes o analógicos. La referencia a un modelo comporta consecuencias prescriptivas, y la percepción de que una determinada disciplina (como la que es objeto de juicio) sea conforme o disconforme en relación a la clasificación otorgada representa un "fuerte" argumento para desarrollar la comparación<sup>94</sup>.

Con mayor frecuencia de los jueces ordinarios, las cortes constitucionales deberían invocar, tanto el derecho comparado (los resultados de la doctrina) como la jurisprudencia de otros jueces constitucionales. Al contrario, existe doquiera un *continuum* cuantitativo y cualitativo en la utilización de las referencias extra-estatales. En los ordenamientos donde los jueces comunes utilizan bastante las referencias comparadas, igualmente

conocida "cross fertilization" y de las "reciprocal influences")» v. G. WALTER, "L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera", cit., p. 49.

<sup>93</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 256 ss.; A. GAMBARO, "Il diritto comparato nella aule di giustizia ed immediati dintorni", en AA.Vv., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., p. 8; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 66.

<sup>94</sup> Por M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, "Intent on making mischief: seven ways of using comparative law", cit., p. 50, «Comparative law can be used in the following cases: (1) to provide support for a rule or an outcome; (2) for normative models in comparative law where national law is undetermined; (3) to review factual assumptions about the consequences of legal rules; (4) to review assumptions about the universal applicability of a particular rule; (5) to overturn authority in domestic law; (6) to develop principles of domestic law; and (7) to resolve problems of the application of European and international law, including European Human Rights law».

los jueces constitucionales se apoyan en ella. Empero, en los ordenamientos donde los jueces de legitimidad y de merito son reacios a indagar sobre las soluciones ajenas, las cortes constitucionales también siguen el mismo camino. La continuidad se percibe vistosamente en los sistemas donde la corte suprema es un órgano del poder judicial, y por tanto el juicio de último grado se confunde con el juicio de constitucionalidad (a pesar de que existe la tendencia hacia la especialización por parte de la corte suprema).

En otras palabras, por un lado, se confirma la transferencia de estilos desde los *reasoning* de los jueces ordinarios hacia los *reasoning* de los jueces constitucionales, inclusive el belga y el francés, aunque su extracción ostente un matiz marcadamente político y el procedimiento de control de constitucionalidad se inserte dentro del procedimiento de aprobación de las leyes, y por otro lado, se atestigua la importancia del formante cultural respecto a los otros. Con independencia de otros elementos, los cuales caracterizan la jurisdicción constitucional (extensión del parámetro, "politización" de la elección o nombramiento de los magistrados, la exigencia de efectuar el juicio de ponderación, etc.), sin embargo, lo que sella la diferencia entre ordenamiento y ordenamiento, verdaderamente, es el hábito mental, el uso más o menos consolidado de la comparación dentro de la costumbre de los jueces<sup>95</sup>.

¿Pero, verdaderamente, las únicas cortes citadas son aquellas consideradas "modelos", como por ejemplo las de los Estados Unidos o de Alemania?

Por razones de espacio, no se pueden exponer en esta sede las estadísticas (que están todavía en proceso) que hasta este momento he recopilado. Pero, al menos, puedo sintéticamente señalar algunos de los datos que han salido a la luz.

En primer lugar, al menos, a nivel de jurisprudencia constitucional, en los sistemas de *common law* (y mixtos) respecto a las citas de derecho extranjero no se observa una prevalencia de las Cortes inglesas respecto de

<sup>95</sup> El derecho comparado —nos recuerda G. ALPA, "L'Arcadia del comparatista. Un saggio di storia e di metodo", ubicado en la introducción de B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, cit., p. XVI— «no es un juego para confinar en los museos académicos, pues absorbe tareas de naturaleza social. Está expuesto al mundo de los operadores, los legisladores, los profesionales, los clientes, y sobre todo los jueces los cuales deben escoger la opción, y para hacer esto deben estar asistidos, orientados, anticipados, y también tienen que tomar en consideración lo que sucede en otras experiencias diversas a las suyas propias. A esta nueva realidad no se puede adaptar el viejo método de la comparación, que privilegia el modelo nacional de pertenencia, con alguna incursión hacia el exterior».

las otras. La causa se podría encontrar en la ausencia de una jurisdicción especializada en la antigua madre patria, aunque ni siquiera la Corte Suprema estadounidense tiene un papel particularmente privilegiado. En sentido contrario, no es inusual encontrar sentencias de Israel que citan Chipre, o sentencias sudafricanas que citan a India o Canadá, pero también sentencias canadienses que miran más allá del vecino que está al Sur. Las citas encontradas guardan relación con leyes, sentencias, doctrina.

Esto es cierto también para la América latina, donde los referentes utilizados son tanto (recíprocamente) del área latina, como de la experiencia estadounidense, canadiense y europea (con alguna invasión en otros países).

En otro contexto clasificatorio, en cambio es cierto que la jurisprudencia estadounidense y europea occidental, frecuentemente, no hace referencia a universos fuera del suyo propio (con algunas esporádicas excepciones). Con las precisiones vistas *supra*, prevalentemente las referencias se encuentran dentro de esta área, con una cierta primacía del Derecho alemán (tanto en términos de soluciones legislativas como en términos de jurisprudencia, como de doctrina).

También es cierto que, normalmente, las *new entries* del Este de Europa en el *club* de la liberal democracia toman como referencia las experiencias consolidadas (pero no ocurre lo mismo en sentido contrario), y esto me parece imputable a la ausencia de un consolidado *back-ground* jurisprudencial del cual extraer nuevas experiencias.

No existen, por cuanto está en mi conocimiento, datos relativos al uso de la comparación, por parte de las Cortes, en el área africana y asiática, y tampoco de la que está a cargo de la antigua Unión Soviética (áreas altamente heterogéneas desde el punto de vista cultural y de cultura jurídica).

La circulación del Derecho por vía jurisprudencial, especialmente sobre algunos temas al menos parcialmente homogéneos en el constitucionalismo, tienden a hacer referencia a los modelos hegemónicos, pero no desprecian las referencias transversales, ni carecen por completo de acertamientos cautelosos de las Cortes *leader* sobre la jurisprudencia innovadora de países emergentes, como Sudáfrica.

Aunque la convicción de autosuficiencia permanece arraigada en las Cortes occidentales, que en sintonía con las visiones predominantes resuelven en globalización la imposición de modelos (especialmente los estadounidenses, aunque no solo), no me parece adecuado no emplear la palabra "diálogo" para definir este perfil de la circulación del Derecho.

La posición del *pater familias* en una comunidad familiar no significa ausencia de diálogo, sino solo prevalencia de una voz, que la emancipación de los hijos, o lo *Schlussmacht* —el poder de administración de la casa— puede aminorar, dando equilibrio a las relaciones, en espera de una evolución posterior hacia la potestad compartida.

## VI. EL OBJETO PRIVILEGIADO DEL DIÁLOGO: LOS DERECHOS

Debido a la ampliación de las fronteras de la Ley, de la jurisprudencia y de la doctrina y como consecuencia del fenómeno de la globalización y a los nuevos retos a los que nos enfrentamos, el diálogo entre las Cortes aporta algunos problemas, mientras que otros se disuelven cuando el diálogo es en materia de derechos. Los problemas del derecho comparado en el tratamiento jurisprudencial de los derechos son incluso más delicados de los que se encuentran en otros campos; sin embargo, excluyendo de los casos de conflictos entre derechos individuales y derechos culturales (como los de los pueblos indígenas), la jurisprudencia de las Cortes internacionales y de las nacionales lo tienen uniformados en cuanto al sentido, y al nivel de las diferencias, apoyándose tanto en la doctrina, como en la filosofía para los caos más comunes. Esto pone de manifiesto la circulación de las soluciones compartidas (y por tanto, las referencias a jurisprudencia extranjera), aunque con gruesos riesgos de malvadas ideas y de "trasplantes" infructuosos o dañinos para el ordenamiento receptor.

Los problemas para las Cortes se relacionan con la vaguedad de la palabra —"derechos" subjetivos— empleada en el lenguaje jurídico (y común) de occidente, para ser aplicada a sistemas, familias y *comunidades* (como las autóctonas), donde por el razones jurídico-culturales no pueden tener sentido análogo. Estamos en presencia, quizás, del caso más flagrante de un vago y polisémico uso de una palabra importante en el derecho constitucional moderno<sup>96</sup>. Están implicadas las doctrinas de distintos ordena-

<sup>96</sup> Reenvío a mi artículo "Direito constitucional comparado y uso conotativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham)", en *Rev. brasil. est. const. - RBEC*, n. 12, 2009, p. 93 ss., trad. esp. "Derecho Constitucional Comparado y uso connotativo de la palabra "derechos" (y de los adjetivos que la acompañan)", en *An. iberoamer. der. const.*, n. 14, 2010, p. 347 ss. y en L. GONZÁLEZ PLACENCIA, J. MORALES SÁNCHEZ (eds), *Derechos Humanos en perspectiva: actualidad y desafíos en el siglo XXI*, Fontamara, México, 2012, p. 39 ss. Véase O. PFERSMANN, "Le droit comparé comme interprétation et comme théo-

mientos, tanto del derecho europeo como del internacional. Un mal uso de la palabra determina una degeneración de la misma en el mundo jurídico, como en aquel de la cultura política (nacional o internacional), de la geopolítica, de la economía<sup>97</sup>.

Razonar científicamente sobre los “derechos” desde una óptica interna es menos complejo que razonar sobre otros referentes (objetos) del lenguaje jurídico (como “federalismo”, o también “control político”<sup>98</sup>), principalmente porque la base común de estudio y de aceptación del contenido de la palabra es mucho más amplia de lo que lo es respecto a otras categorías. (Hay un léxico común internacional, y también universal, por lo menos en las acepciones que le dan los tratados.)

Sin embargo los condicionantes de la cultura jurídica de pertenencia se hacen patentes. Esto es una consecuencia directa de las relaciones entre los distintos formantes. En la construcción de un ordenamiento nacional, el legislador está influenciado por la doctrina. Y cuando interpretan el sistema normativo propio, el juez y el estudioso nacional, ya se muevan desde el formante normativo estudiado, ya se mueven desde la doctrina inspiradora, tenderán a extraer un juicio de coherencia entre el esquema y las medidas adoptadas por el legislador y los principios inspiradores de la doctrina de referencia. En el campo de los derechos, al contrario que en otros, el “*primo noto*” (el derecho de pertenencia) tiende a ser supranacional, de “área cultural”. Para definir los “derechos” el investigador se apoyará sobre elaboraciones de área más amplia, sobre un “patrimonio cultural común” a investigadores (y a sistemas jurídicos) del mundo occidental (a pesar de sufrir la influencia del derecho interno). Se presupone que los derechos tienen una sola *Grundnorm* (según lo cual la comparación sería más fácil).

---

rie du droit”, cit., p. 286: «La science du droit dira que les ‘human rights’ sont ceux qui sont définis comme tels dans le statute ‘Human Rights Act’ dans l’ordre juridique du Royaume-Uni; le droit comparé interprétera ces human rights comme des libertés publiques ou des droits subjectifs protégés par le législateur contre des violations résultant de normes infra-législatives par la voie de recours juridictionnels ou par d’autres concepts généraux que l’on jugera plus fins».

<sup>97</sup> Observan que los estudiosos de los derechos humanos dedican escasísima atención a los problemas metodológicos. A.P.M. COOMANS, F. GRÜNFELD, M.T. KAMMINGA, “Methods of Human Rights Research: A Primer”, en *Hum. rights quart.*, n. 32, 2010, p. 180 ss.

<sup>98</sup> Reenvío para profundizar, a mi estudio “Semántica de ‘control político’ (elementos reconstructivos para un análisis comparado)”, en J.L. PRADO MAILLARD (ed.), *El control político en el Derecho Comparado*, Comares, Granada, 2010, p. 137 ss.

Sin embargo la influencia de desarrollos diferenciados entre macroáreas culturales impide razonar desde un *idem sentire* y elaborar una definición completamente compartida incluso entre los estudiosos nacionales de un mismo e idéntico ordenamiento. A su vez, el entrelazado de formantes contribuye a complicar el juego hasta el infinito, con influencias recíprocas de nuevas elaboraciones doctrinales y nuevas soluciones normativas y jurisprudenciales, que se influyen una a la otra<sup>99</sup>. Por otra parte, el pluralismo definitorio y clasificatorio —dentro de cualquier ordenamiento (o área)— es dilatado por la pluralidad de los acercamientos empleados: el relieve dado a las ciencias no jurídicas en la definición y clasificación, la predilección por perspectivas estructurales o funcionales, la consideración por el hecho textual o por la actuación práctica... Se pueden, de esta forma, encontrar diferencias de planteamiento (y por tanto también de definiciones y de clasificaciones de “derechos”): a) dentro de cualquier ordenamiento; b) y a mayor escala, entre estudiosos continentales europeos, británicos y estadounidenses.

Se evidencia pues, que, en algunos contextos lingüísticos, la palabra “derechos” es a veces fungible con otra igualmente impregnada de connotaciones positivas (“libertad”), y no resulta infrecuente, como en los lenguajes y metodologías del derecho italiano y español, que los dos términos figuren en *endiadis* (“derechos y libertades”) sin que a menudo se clarifique el significado, o sentido, en el cual los dos fragmentos lingüísticos son utilizados, salvo que se considere el segundo de ellos en términos de “facultad» (“*faculties*”), como en Hart<sup>100</sup>.

Una última precisión: no siempre, en el formante normativo, una situación jurídica de favor viene indicada con un sustantivo, al cual corresponde un preciso *nomen iuris* (derecho, poder, facultad, interés legítimo, etc.) acompañado eventualmente de una calificación (cívico, político, humano, social, fundamental, etc.). A veces, de hecho, la aserción que un sujeto tiene a un derecho viene determinada a través de conexiones entre fragmentos de normas; frecuentemente, las fórmulas utilizadas son del tipo «nadie

---

<sup>99</sup> Basta pensar en la distinción entre situaciones jurídicas subjetivas protegidas en modo directo y aquellas protegidas de manera mediata, fruto de elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, después recibidas (pero solo en algunos ordenamientos) a nivel normativo, o bien en la distinción entre *procedural rights* y *substantive rights* formulada en las cortes y por los juristas anglosajones y especialmente por los constitucionalistas estadounidenses.

<sup>100</sup> H.L.A. HART, “Are there any Natural Rights?”, in *Phil. rev.*, n. 64, 1955, p. 175 ss.; al respecto véase también A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958, cap. VI.

puede ser privado del juez asignado por las leyes», o «ninguna pena puede ser dada si no es en base a las leyes», o «el secreto de la correspondencia es inviolable», o similares. Incluso: a veces se utiliza el “definidor básico” de “derecho”, es decir “deber”, como donde estuviese escrito: «es un deber del Estado asegurar una instrucción adecuada a todos los ciudadanos». En este caso, compete a la doctrina y a la jurisprudencia cualificar la situación protegida como derecho, individualizar —donde ocurra— las correspondientes situaciones jurídicas desfavorables (deberes, obligaciones) determinar si el “derecho” en cuestión está adscrito a una particular tipología y extraer las consecuencias en cuanto al nivel de protección y tutela, la eficacia inmediata (o menos) etc.

La imprecisión con la cual el término es frecuentemente usado por los constitucionalistas denuncia la confusión del lenguaje técnico con el común.

Presuponer derechos innatos, adscribirles un valor universal, sea tanto sincrónicamente como diacrónicamente, e incluso buscarlos en los improbables “núcleos duros”, válidos más allá de las prescripciones normativas o jurisprudenciales de cada ordenamiento en cada época histórica, supone precisamente traducir la idea común que de “derechos” tiene el profano, influenciado por la cultura de una sociedad específica, dentro de una estructura científica en la cual la *pretensión* o el *interés* por la tutela de una posición subjetiva equivale a su efectiva protección en cada ordenamiento<sup>101</sup>.

Por otro lado, es cierto que el uso de la palabra “derechos” en este sentido los empuja hacia la positivización subjetiva, contribuye a «influir el derecho positivo a favor de clases de sujetos»<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> Por ej., según R. GARGANELLA, C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Cepal, Santiago de Chile, 2009, p. 11, una de las principales preocupaciones de las nuevas Constituciones latinoamericanas es solucionar el problema de la desigualdad social.

<sup>102</sup> V. U. SCARPELLI, “Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica”, en S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (eds), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, p. 39. Si el inmigrante reivindica el derecho a la asistencia médica diciendo «tengo derecho a curarme sin correr el riesgo de ser denunciado», o el homosexual afirma que tiene derecho a vivir su propia sexualidad y a casarse como cualquier otra persona, en realidad están declarando justamente lo contrario, es decir que no ostentan dicho derecho. Manifiestan pretensiones de ventaja no reconocidas, en nombre de una cultura/sociedad que parece ya madura y preparada para ampliar la esfera de reconocimiento. De hecho podrán hacerlo solo si este es el presupuesto. En otros climas y otros lugares y en otros tiempos, probablemente ni siquiera se hubiese soñado plantear tales reivindicaciones.

Los estudiosos de formación ius-naturalista e idealista, como la jurisprudencia, le dan cuerpo con sus teorías a tales reivindicaciones, que parten de la historia, de la geografía, de la política, de la sociología, de la economía, sirviendo como base para reivindicaciones de “derechos”, los cuales no existen en sentido positivo, afinados en un ordenamiento ideal, que todavía, ¡ay de mí!, son en realidad hijos de particulares influjos culturales, generados por la larga y fatigosa historia de las luchas y las doctrinas políticas occidentales que los han acompañado. No existen en sentido positivo, al menos hasta que el legislador o las cortes, recurriendo también a otras experiencias, sancionan su exigibilidad.

Para entender las diferencias, y sobretudo para reconocer visiones distintas de las relaciones entre el hombre y la sociedad, un *diálogo* jurisprudencial bidireccional (no por tanto un monólogo desde el occidente hacia otras culturas distintas) puede acudir a la positivación de tales reivindicaciones<sup>103</sup>.

## VII. CONCLUSIONES: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

La globalización — vocablo particularmente ambiguo<sup>104</sup> — no es sólo un fenómeno económico, y comprende o implica múltiples facetas jurídicas: «el *crecimiento* constante del listado universal de los derechos mediante interacciones recíprocas de las sucesivas declaraciones de derechos [...]; la revisión de la idea de *soberanía nacional* [...]; una suerte de nuevo *Derecho de gentes* (*law of nations, ius gentium*) [...]; una estrategia de *prevención de las*

<sup>103</sup> «Le pluralisme et le relativisme: tels sont les premiers enseignements qu’un cours de droit comparé doit dispenser» – ci ricorda B. FAUVARQUE-COSSON, “L’enseignement du droit comparé”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2002, p. 308, quien añade: «Il est essentiel que les étudiants découvrent d’autres systèmes juridiques et d’autres manières de penser le droit. Ainsi feront-ils l’expérience de la variété et de la contingence du droit; ainsi apprendront-ils la tolérance à l’égard d’autres cultures; ainsi développeront-ils le recul nécessaire pour mieux comprendre leur propre système juridique. L’étonnement nourrira la critique; celle-ci ne peut plus se fonder exclusivement sur la comparaison entre deux, trois ou même plusieurs systèmes juridiques nationaux. Elle doit aussi prendre appui sur les sources de droit internationales, transnationales, supranationales; à défaut, la vision serait tronquée et la critique faussée car toutes ces sources font désormais partie des systèmes juridiques».

<sup>104</sup> Lo ricorda A. BARICCO, *Next. Sobre la globalización y el mundo que viene*, Anagrama, Barcelona, 2002.

violaciones de derechos mediante diversas organizaciones supranacionales [...]; se reclama incluso por algunos autores una “dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional” [...]»<sup>105</sup>; a ella se asocia una globalización cultural. Sin embargo, los diferentes “formantes” no viajan normalmente a la misma velocidad. Sobre todo, la economía es rápida; el derecho, lento; la cultura, lentísima; y cuando, para seguir a la economía, el derecho humilla a las culturas ajenas, las recepciones son bastante difíciles.

El tema relativo a la muerte del derecho comparado en el mundo globalizado, presupuesto por las visiones de Fukuyama<sup>106</sup>, es un *refrain* común<sup>107</sup>: el riesgo que se teme es que la globalización extinga las diferencias, y que, por este motivo, la ciencia comparada esté destinada a morir, como más de uno imagina, poniendo de relieve una presunta irrelevancia de frente a fenómenos como la globalización, la conexión de la convergencia trans-

<sup>105</sup> J. GARCÍA ROJA, “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, en *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 5, 2006, p. 168 ss. Para un estudio de las causas y las opiniones al respecto, C.A. ESPINO, “El Estado constitucional y su soberanía en un mundo globalizado”, en *Memoria del X Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional*, cit., I, p. 713 ss., e J.E. ROMERO, “Soberanía y globalización en las Constituciones”, *ivi*, p. 821 ss.; R. ARNOLD, “Identidad constitucional y poder supranacional: relativización de soberanía estatal en integración europea”, y F. BALAGUER CALLEJÓN, “Derecho constitucional e integración supranacional en el contexto de la globalización”, ambos en AA.VV., *Constitución y Democracia: Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Ed. Universitas, Madrid, 2012, I, p. 2997 ss. y 3039 ss.; F. DE SOUZA DE BRITO, “Motivações e tendências pós-modernas do direito comparado e as filosofias da globalização”, en J.M. SERNA DE LA GARZA (ed.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Unam, México, 2005, p. 421 ss., y J. RUIPÉREZ, “Estado social versus ‘aldea global’”, *ivi*, p. 453 ss.

<sup>106</sup> Parece una utopía la visión de F. FUKUYAMA, “The End of History?”, in *The National Interest*, n. 16, 1989, p. 3, che «What we may be witnessing is not just the end of the Cold War, or the passing of a particular period of post-war history, but the end of history as such: that is, the end point of mankind’s ideological evolution and the universalization of Western liberal democracy as the final form of human government».

<sup>107</sup> Cfr. M. SIEMS, “The End of Comparative Law”, en *Journ. comp. law*, n. 2(2), 2007, p. 133 ss. Y (citado por el mismo Siems) M. REIMANN, “The End of Comparative Law as an Autonomous Subject”, en *Tulane eur. and civil law forum*, n. 11, 1996, p. 49 ss. Además P. GOODRICH, “*Interstitium* and non-law”, cit., p. 213: «If there is a modus, a method and melody to the angst of comparative law, a theme that conjoins the grand and merry men of situated difference, it is that of the singular universal, the unhappy consciousness of the particular instance.1 As thus staged, the problem with comparison is not the *comparata* but rather, and this will be my thesis here, my emblem and end, it is the collapse of law. The agony of indistinction, the erasure of boundaries, the becoming virtual of borders and identities spells the universalization of comparison and the advent of non-law».

nacional, la así llamada armonización y el progresivo compartimiento de un solo derecho común<sup>108</sup>. En particular, la globalización corroe la misma idea de derecho: los centros de producción jurídica se fragmentan, y esto es solo en parte mitigado por los fenómenos de concentración, como la Unión Europea<sup>109</sup>; caen las barreras entre público y privado, y este último se sustrae a los imperativos de la época de Westfalia y a las reglas de un derecho internacional que vale, allí donde vale, solo para la esfera pública; las normas internacionales no están acompañadas de sanciones eficaces; la *soft-law* lo deja a discreción y abre incógnitas; los legisladores nacionales y supranacionales son incapaces de reducir a un sistema la pluralidad de las normas; está difuminada la aceptación al menos epidérmica, por parte de los sistemas jurídicos no occidentales, de principios y reglas ajenas a las bases jurídicas y culturales, y se multiplican las consecuentes fracturas entre

<sup>108</sup> Sobre el debate, véase H. MUIR WATT, “Globalization and Comparative Law”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 579 ss., la cual subraya el nexo entre papel de la comparación en el mundo globalizado y los esfuerzos para uniformizar empezados en el siglo XX, desde el Congreso de París (p. 581), preguntándose si la comparación será todavía posible en el mundo globalizado (p. 583 ss.). Véase también O. PFERSMANN, “Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit”, cit., p. 277: «S’il n’existe qu’un seul, le problème ne se pose pas, s’il en existe plusieurs, la solution proposée (un système transnational et par conséquent unique) est par hypothèse exclue», y M.M. SIEMS, “The End of Comparative Law”, cit., p. 133 ss., donde anticipa el fin del derecho comparado como disciplina académica [*contra*, C. COSTANTINI, “The iconicity of space: comparative law and the geopolitics of jurisdictions”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 230: «Comparative law is not at its intellectual end»]. Criticando leyes universales (teológicas y jurídicas), y en contraste con G. AGAMBEN —citado en la edición francesa *Le Règne et la gloire*, Seuil, Paris, 2008, p. 56 ss.— v. P. GOODRICH, “*Interstitium* and non-law”, cit., p. 225 s.: «There is a system of legality, a purportedly universal law, a mythology associated with modernity and the West that believes that God and law are unitary, One, and should logically therefore proceed *ad similia*, towards the same, as a brotherhood, identified and identifying only with and in respect of similarity and the singularity of the Cross. That is a somewhat reductive reading, and as Agamben nicely shows, the doctrine of the Trinity, of a triune deity, in fact absorbs an element of polytheism into the grand schema and penetrative mode of Christian law». Véase también el análisis de S. CASSESE, *Il diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009; ID., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

<sup>109</sup> Cuya institución, también, ha añadido una posterior nivel y varios elementos de complicación, imputables por otro lado a la vaguedad o al excesivo detalle y fragmentación de sus disposiciones, a las frecuentes antinomias internas y en la relación a los derechos nacionales, a las dificultades del multilingüismo, a la escasa elasticidad, a los problemas de justiciabilidad, etc.

los distintos formantes; ni las fuentes privadas, ni las públicas consiguen disciplinar la actividad de los actores privados en la economía global<sup>110</sup>.

Pero el temor a que el derecho comparado muera es probablemente infundado si solo se tiene en cuenta la oposición al cambio, generada por la resistencia de las culturas jurídicas (y de las culturas), y —con reflexiones importantes en el campo constitucional— la reivindicación de modelos de organización constitucional alternativos al occidental<sup>111</sup>, incluyendo la recuperación de los derechos autóctonos: por ejemplo, en cuanto al cauce del Estado del Bienestar (o *Welfare State*) una reciente propuesta sugiere separar el llamado *Caring State*, identificado por la introducción de valores comunitarios tradicionales a nivel constitucional, y en el programa político, como se registra por ejemplo en el Sudáfrica, Ecuador, Bolivia, Bután<sup>112</sup>. Con referencia a la cultura jurídica, como la luz de una supernova

<sup>110</sup> H. MUIR WATT, "Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide", cit., p. 270 s. y espec. p. 274: «Thus, neo-liberalism requires and induces 'désordre public' or private-interest-driven public policy – in fact a scheme of governance that is a far cry from its liberal predecessor; but its basic tenets are made to appear to fit into a spontaneous continuum, leading as if quite naturally to the neutralization of those checks, balances and other mechanisms of self-restraint, which, in the liberal model, subordinate private interests to those of the polity».

<sup>111</sup> Según G. SAMUEL, "Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences", en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publ., Portland, 2004, p. 35 ss., el *common law* está mejor preparado para recoger los retos de la complejidad respecto a las más sistemáticas ciencias del Derecho civil, en cuanto producto de una cultura a-científica. Una profunda crítica sobre el tema se encuentra en A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., parte II, cap. 2, § 3.

<sup>112</sup> S. BAGNI, "Dal Welfare State al 'Caring State'?" en ID. (ed.), *Dal Welfare State al "Caring State"*. *Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013, en proceso de impresión. *Ante litteram*, algunas peculiaridades señaladas por S. Bagni parecen coincidir en M. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari, 2000, p. 176 s., para el cual la asimilación de nativos, al menos formalmente pares con los conquistadores, habría favorecido el desarrollo de algunas formas, aunque débiles de pluralismo jurídico, que consentirían trazar una identidad latinoamericana. También por A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., parte II, cap. 2, §, 6, «il diritto latinoamericano è peculiare rispetto al diritto occidentale in quanto si configura come commistione di tratti identificativi del secondo con elementi della tradizione indigena. Per alcuni proprio questa caratteristica autorizza a invocare lo schema del rapporto tra centro e periferia: se la modernità occidentale si definisce essenzialmente come superamento dell'elemento tradizionale o comunque premoderno, la componente indigena restituisce il livello di arretratezza del diritto latinoamericano. È invece possibile ribaltare questo schema, discutere di modernità al plurale e considerare l'intreccio tra diritto indigeno e sviluppo della democrazia e del

ardiente permanece visible, en la distancia, por millones de años, así las reconstrucciones doctrinales y los modelos por ellas creados, continúan produciendo efectos (y a ser evocados) en los formantes dinámicos (y a menudo también en el mismo formante).

Sobretudo, el eclipse de la política (y por tanto del legislador) en la economía, me parecen privilegiar, en todo el mundo, el papel de la jurisprudencia en la producción del Derecho.

Existe una crisis en la legitimación de los Gobiernos, y los Parlamentos nacionales y supranacionales, que en parte saca fuera del circuito las decisiones políticas; las decisiones legislativas son del caso concreto, las excepciones sobrepasan la regla. Pero no he venido a hablar de anomia, porque los conflictos son compuestos, y las lagunas, son llenadas por la jurisprudencia. Tanto la jurisprudencia de los sabios, como en algunos sistemas del Este o el Sur del planeta, como la jurisprudencia de los jueces, y sobretudo esta, en la solución de los singulares conflictos traza las líneas uniformes para solucionar problemas. Líneas inciertas porque la jurisprudencia no tiene un centro unificador (a excepción de, en algunos sistemas, el papel que desempeña el precedente), aunque la interacción entre cortes nacionales e internacionales intenta —aunque con mucho trabajo— suplir esta carencia.

Allí donde no sea posible hacerlo de manera autónoma, la jurisprudencia (hipótesis residual teniendo en cuenta también los sistemas orientales y del Islam), y donde el legislador no lo consiga (hipótesis más concreta), le corresponde entonces a la doctrina dar uniformidad a la fragmentación. Además de a nivel interno, esta misión se desarrolla en la dimensión transnacional. Es la doctrina la que alimenta bases comunes de la jurisprudencia constitucional en los distintos lugares del planeta, con mayor razón cuando el objetivo es la investigación de reglas y principios comunes.

Estoy de acuerdo con Claudio Luzzati cuando dice que es la doctrina el verdadero Hércules dworkiniano<sup>113</sup>: a esta corresponde leer y releer el derecho jurisprudencial (además del legislativo/constitucional), encontrar las líneas de desarrollo, las concordancias y antinomias, y en un proceso

capitalismo come il tratto distintivo della modernità latinoamericana rispetto a quella occidentale».

<sup>113</sup> C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 59. Véase también «The foundation of the modern social order is not the executioner, but the professor», E. GELLNER, *Nations and Nationalism*, Cornell U.P., Ithaca, 1983, p. 34.



circular construir esquemas de lectura y devolverlos a la jurisprudencia. La doctrina es el guardián del legislador, y el juez de los jueces.

Con mayor razón esto es cierto en el derecho constitucional comparado: aquí la doctrina busca dar una nueva lectura global a los fenómenos, buscando los elementos unificadores. «Comparison becomes the law» —diría P. Goodrich<sup>114</sup>. Las nuevas teorías nacen a veces, desde lo alto, como en el neo-constitucionalismo, y no del análisis empírico. En resumen, *antes* viene la individualización de los elementos irrenunciables (dignidad, persona, procesos, derechos humanos, etc.), propuestos en clave marcadamente occidental, *después* su aplicación a los casos. La “irresistible expansión del constitucionalismo”, señalada por casi todos los estudiosos, es tal también porque la doctrina soporta la idea de la superioridad respecto a otras formas de organización constitucional (en sentido sustancial)<sup>115</sup>.

Hay quien dice que el Derecho constitucional es solo el occidental, y el resultado a veces es el uso como parámetro de comparación no de modelos reales (*recte*, inseparables de la realidad), sino de modelos ideales. La comparación asume entonces, una función estrictamente ética, en vez de un papel científico, ético intrínsecamente.

El desafío será entonces —más allá de la unificación o armonización formal— para aceptar y si es el caso enfatizar las diferencias, por parte de los formantes dinámicos, y analizar la disociación entre formantes, por parte de la doctrina<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> P. GOODRICH, “*Interstitium and non-law*”, cit., p. 229.

<sup>115</sup> En general, sobre la superioridad de tal modelo de desarrollo, G. CRESPI REGHIZZI, “La comparazione giuridica estrema: L’Est europeo, l’Estremo Oriente, l’Africa e l’India”, en L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, cit., espec. p. 255 ss. Véase también H. MUIR WATT, “Globalization and Comparative Law”, cit., 579 ss.

<sup>116</sup> Véase G. WATT, “Comparison as deep appreciation”, cit., p. 90: «It is true, indeed it is a truism (and one that Siems would accept), that if all nations ever reach a state of total legal identity we will have no need for comparative law scholarship, but this only goes to show that comparative law is, as it self-evidently must be, a scholarship concerned with difference. We can surely find some comfort in the fact that the closer we approach a totalitarian state of unification the more apparent will become the cultural differences between nations and the cultural interdependence of law and culture. When one hopes to press a plant into a standard sized pot, it is not at the stage of theoretical planning, nor even at the start of the practical attempt, but at the latter stages of pressing that one is most aware that the roots will not fit».