

# DERECHO NACIONAL, DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO EUROPEO: LA CIRCULACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL ENTRE FORMANTES

LUCIO PEGORARO\*

## SUMARIO

I. PREMISA.—II. EL USO DEL DERECHO COMPARADO EN LA CREACIÓN DE LAS LEYES Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SUPRANACIONAL.—III. EL USO DEL DERECHO COMPARADO EN LA JURISPRUDENCIA Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SUPRANACIONAL.—1. Circulación horizontal.—2 Circulación vertical.—IV. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHO INTERNACIONAL.—V. CONCLUSIONES.

## RESUMEN

El ensayo analiza el tema de la circulación horizontal y vertical entre los formantes legal, jurisprudencial y doctrinalmente, con particular referencia al nivel internacional y europeo. Tras un examen del uso, en general, de las referencias comparadas por parte del legislador y de los jueces, se centra en el papel de las citas a nivel supraestatal. Afronta específicamente el tema del papel de la doctrina y su contribución a la construcción de las leyes, de la jurisprudencia y de la escritura de los tratados (y su interpretación), incluso a través del análisis de casos significativos (Reino Unido y Europa del Este).

*Palabras clave:* Derecho comparado; Derecho internacional; Derecho europeo; formantes; circulación.

## ABSTRACT

This article analyses horizontal and vertical interconnection between laws, jurisprudence and doctrine, with special reference to international and European examples. After examining the general use of comparative references by the legislature and the judicature, it focuses on the role of such citations at a level over and above the state.

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Bolonia.

It specifically deals with the role of doctrine and its contribution to the construction of laws, jurisprudence and the drafting of treaties (and their interpretation) including analysis of significant cases (United Kingdom and Eastern Europe).

*Key words:* Comparative law; International law; European law; Law makers; circulation.

## I. PREMISA

Quisiera abrir aquí un frente anómalo y poco explorado en América latina, con respecto a las relaciones entre Derecho Nacional, Internacional y Europeo: aquel de la interrelación (y de la fractura) entre formantes en la relación entre Derecho nacional, Derecho internacional, Derecho supranacional (en particular, europeo) y Derecho transnacional. El interés prevalente (y más inmediato y práctico) es aquel de las relaciones entre legisladores y cortes, entre legisladores, entre cortes. Sin embargo, el problema es más amplio, e involucra a la doctrina también, y aquello a lo que Sacco llama «el derecho mutuo».

Desde este momento proporciono un léxico mínimo de algunas palabras que utilizaré<sup>1</sup>. Se trata de expresiones, por las cuales a veces ni siquiera existe una presuposición, en vista de que no son propias del lenguaje común o que, en el lenguaje jurídico, son utilizadas casi exclusivamente por los comparatistas, e incluso en algunos casos siquiera por ellos vienen utilizadas. No son términos como «ley», «jefe de Estado» o «competencias residuales», etcétera, sino conceptos técnicos propios del análisis comparativo desarrollado en Italia, principalmente por Rodolfo Sacco y por su Escuela (y tomados en otras lenguas nacionales, como en Alemania y Francia).

«Formante»: la expresión «formantes» del ordenamiento, indica a los diferentes conjuntos de reglas y proposiciones que, en el ámbito del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo, in un determinato luogo e in un determinato tempo. En los ordenamientos contemporáneos, los «formantes» principales son: la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

«Formantes activos» o «dinámicos» son aquellos que producen directamente derecho autoritativo: en todos los casos la legislación; en el *common law* (y, según algunos, incluso en el *civil law* y para las sentencias

---

<sup>1</sup> Para las definiciones de los vocablos del Derecho comparado, reenvío a L. PEGORARO (a cargo de), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Roma, Carocci, 2009, edición mexicana coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Michael Núñez Torres, César Astudillo, Gastón Enríquez Fuentes, Pedro Torres Estrada, Porrúa, México, 2012.

constitucionales estimatorias), la jurisprudencia; en algunos casos la doctrina (como en el Derecho romano o en el Islam).

«Criptotipo»: indica un formante no verbalizado. No pertenece por tanto, a la categoría de los formantes verbalizados (jurisprudencial, legal, doctrinal) y escapa del Derecho positivo en cuanto que indica modelos implícitos y reglas de la cuales no se está plenamente consciente («diritto muto»)<sup>2</sup>.

Me detengo en particular sobre la función del Derecho comparado en la construcción de un derecho común, codificado a nivel internacional (global o regional), con particular referencia a la Unión Europea, haciendo atención a la circulación de principios a nivel jurisprudencial (constitucional), que tiene numerosas consecuencias sobre la circulación entre formantes<sup>3</sup>.

Solo aparentemente algunos aspectos interesan poco al caso de la América latina; por ejemplo, el lenguaje da problemas menores, en cuanto las lenguas vehiculares utilizadas son sustancialmente dos (castellano y portugués). Esto es verdadero solo en parte. Los institutos jurídicos indicados con la misma palabra en la misma lengua pueden desarrollarse diversamente en los distintos sistemas; permanecen diferencias léxicas (y de contenido) en las traducciones castellano/portugués; es de tenerse en cuenta el lenguaje de los Derechos indígenas (que esconden culturas muy diversas de aquella dominante, y expresan instituciones jurídicas diversas y a menudo irreconciliables)<sup>4</sup>.

Aun no he definido la expresión: «circulación *entre* formantes». Con esta se entiende el modo con el cual se relacionan doctrina, legislación y jurisprudencia, y todas ellas con el *habitat* pre-jurídico constituido por la cultura en general y con aquel jurídico representado por la cultura (y por la mentalidad) jurídica. Afronto este argumento aquí, porque es particular-

---

<sup>2</sup> R. SACCO, *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, en *American Journal of Comparative Law*, n. 39, p. 343 ss.; ID., *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed. Utet. Torino, 1992, p. 43 ss., 125 ss.; ID., *Regole e meccanismi di funzionamento del diritto muto*, en L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (a cargo de), *Le nuove frontiere della comparazione*, Ed. Università degli studi di Trento, Trento, 2012, p. 133 ss.; R. CATERINA, *Il crittotipo, muto e inattuato*, *ivi*, p. 85 ss.; A. GIANOLA, *Regole e meccanismi di funzionamento del diritto muto*, *ivi*, p. 125 ss.

<sup>3</sup> Sobre el tema v. A. MOMIROV, A. NAUDÉ FOURIE, «Vertical comparative law methods: tools for conceptualising the international rule of law», en *Erasmus law review*, n. 2, issue 3, 2009.

<sup>4</sup> Sobre las infinitas cuestiones del lenguaje jurídico, y en particular la traducciólogía, reenvío —también para la bibliografía fundamental— a B. POZZO, *La traduttologia ieri, oggi, domani*, en L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (a cargo de), *Le nuove frontiere della comparazione*, *op. cit.*, p. 53 ss.; así como al número monográfico de *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2011, intitulado *Sfide traduttive nel diritto comparato. Alcune questioni aperte*, a cargo de M.P. VIVIANI SCHLEIN, L. PEGORARO, pp. 647-844.

mente delicado, en relación a las funciones prácticas de la comparación (incluida aquella de la edificación de Derechos comunes). Esto es delicado principalmente porque hay mayormente implicados fenómenos disociativos. (Recuerdo que por « disociación entre formantes» se entiende aquel fenómeno por el cual reglas legales, principios, aplicaciones jurisprudenciales y opiniones doctrinales, no convergen hacia un mismo resultado<sup>5</sup>.) Lo es más aun en el campo del Derecho constitucional, donde un componente del formante normativo —aquel de la producción normativa de rango constitucional— alimenta la disociación más que en otros sectores, donde la legislación deja menos espacio a los jueces y a los estudiosos. La globalización ha hecho todo aún más complejo.

La globalización no es sólo un fenómeno económico; 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. Riguardo alla cultura jurídica, como la luz de una supernova ardiente permanece visible, en la distancia, por millones de años (y a veces la cultura política está muy lejana de las adquisiciones de la ciencia), así las reconstrucciones doctrinales y los modelos por ellas creados, aunque merecedores de extinción a la luz de análisis empíricos, continúan produciendo efectos (y a ser evocados) en los formantes dinámicos (y a menudo también en el mismo formante).

En el ámbito del Derecho comparado (también en otros sectores del Derecho) el eurocentrismo y el occidentalismo, todavía hoy característico de la producción comparatista, debe hacer cuentas con la progresiva expansión del constitucionalismo y la permeabilidad a las sugerencias de ordenamientos antiguos y modernos. Sin embargo, debemos prestar atención a las estructuras sedimentadas de los diferentes sistemas legales: antes de realizar comparaciones a través de analogías y diferencias, antes de expresar un juicio de valor, antes de proponer recepciones, introducciones o exportaciones de instituciones o temas, es preciso profundizar en el estudio de cada sistema legal; es necesario abandonar toda aproximación superficial conectada con los «nucleos esenciales» y construida mediante geometrías variables según quién las proponga. Y es que incluso el interés merecedor de tutela puede cambiar: para las feministas occidentales la igualdad de la mujer es esencial, incluso si promoverla implica destruir las pocas sociedades milenarias subsistentes, como puede comprobarse con el conflicto en Canadá entre las mujeres y hombres de la etnia inuit

---

<sup>5</sup> Vid., además de las obras de R. Sacco citadas *supra*, A. SOMMA, *Introducción crítica al Derecho Comparado*. Ara, Lima, 2006, p. 58 ss.

en relación con la aceptación de la *Charter*; para los partidarios de la «democracia militante», la protección frente a la propaganda de ideologías contrarias al valor de la democracia pertenece al núcleo esencial de la democracia misma; el límite de este núcleo, según el creyente, llega al rechazo de la eutanasia; y para el laico, ese límite radica en la más amplia manifestación de la libertad, etc.<sup>6</sup>.

La doctrina tiene la tarea de señalar los riesgos a los legisladores y jueces; y estos, de traducir en preceptos legislativos y decisiones judiciales las sugerencias de la doctrina (no el contrario). En el Derecho internacional, los legisladores deben encontrar los puntos de composición, y no imponer con la fuerza (bélica o económica) una sola visión, de otro modo los fenómenos disociativos entre «ley» y «cultura jurídica» aumentan.

En el campo de la aplicación práctica, el Derecho constitucional comparado tiene una misión diversa y más difícil que en otras ramas. El Derecho privado (y así otras ramas, como el Derecho administrativo, el Derecho de los medios de transporte, etcétera; tal vez menos el Derecho del trabajo) es estudiado por técnicos (profesores); elaborado, de hecho, por técnicos (aun y cuando fueron votados por legisladores políticos); interpretado por técnicos (jurídicos). El Derecho constitucional traduce intereses e ideas y culturas de la sociedad en formulas seguidas, y comúnmente abiertas, les da interpretaciones políticas; y los jueces (constitucionales u ordinarios) a su voluntad interpretan, sea los vagos y abiertos enunciados constitucionales, sea los (seguidos) confusos y contradictorios enunciados legislativos.

E aquí los problemas para el constitucionalista/comparatista, sea los profesores, legisladores o jueces: en primer lugar, a veces la Constitución nacional, tal vez por razones temporales, aparece inadecuada a exigencias que, en otra parte, vienen cultivadas; otras veces la Constitución nacional es prospectiva, mira hacia el futuro, pero profesores y, principalmente, legisladores y jueces no son partidarios de visualizar todas las implicaciones, la mayoría de las ocasiones a razón de pensamientos conservadores, pero también porque advierten que la sociedad no se encuentra aún lista. (Por ejemplo el matrimonio homosexual y la eutanasia.)

Además del problema de enunciados vagos, que pueden ser interpretados de manera diversa, y la división entre enfoques técnicos y enfoques

---

<sup>6</sup> Reflexiones críticas sobre el punto en mi «Direito constitucional e uso conotativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham)», en *Revista brasileira de Estudos constitucionais – RBEC*, n. 12, 2009, p. 93 ss., traducción al español «Derecho Constitucional Comparado y uso connotativo de la palabra “derechos” (y de los adjetivos que la acompañan)», en *Anuario iberoamericano de derecho constitucional*, n. 14, 2010, p. 347 ss. y en L. GONZÁLEZ PLACENCIA, J. MORALES SÁNCHEZ (coords), *Derechos Humanos en perspectiva: actualidad y desafíos en el siglo XXI*, Fontamara, México, 2012, p. 39 ss.

políticos (cuando interpreta la Constitución el legislador realiza un rol político, no técnico, y en menor medida lo hacen las cortes constitucionales), se encuentra aquel de la toma en consideración de la cultura, de la economía, de la sociología de cada sociedad, con las cuales es necesario hacer las cuentas cuando se aplican tipologías comparatísticas. Las fracturas son más frecuentes, y solo en las eufóricas y poéticas fases iniciales de nuevas Constituciones, compartidas por largas mayorías de una comunidad, los formantes se encuentran normalmente alineados. Lo están principalmente —incluso los critotipos— cuando una regla consuetudinaria se funda «sobre una tendencia instintiva y sobre una pacífica norma ética, auspiciada por lo sobrenatural»<sup>7</sup>, recibiendo la aprobación de una regla política (estatal u otro similar). En ocasiones, es «más adelantada» la doctrina, en otras ocasiones el legislador, y en algunas otras el juez.

Todo esto se refleja también en la búsqueda de los denominadores comunes que sirven a construir el derecho unificador. Y es necesario tener todo esto en consideración al momento de la construcción y la aplicación del Derecho supranacional.

## II. EL USO DEL DERECHO COMPARADO EN LA ESCRITURA DE LAS LEYES Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SUPRANACIONAL

Aclaro desde este momento que por «ley» aquí se entiende, en general, cualquier texto jurídico, incluso las Constituciones y las reglas internacionales. La cuestión es: el momento en el cual el legislador (constitucional u ordinario, pero también los ejecutivos en la producción de normas primarias o secundarias y el «legislador» internacional) se vale del Derecho comparado para hacer las elecciones, ¿En qué se basa principalmente? ¿Cuál es el formante más fructífero, que asegura las ventajas más consistentes? La respuesta implica un análisis sobre dos planos, que corresponden al *sein* y al *sollen* (lo que es y lo que debería ser). El pasaje posterior abordará las relaciones entre Derechos nacionales y construcciones del Derecho internacional y supranacional (a través del transnacional).

En la praxis, cuando para escribir un texto normativo se usa la comparación, los trabajos preparatorios de las leyes de varios países certifican una marcada predilección para el formante normativo. Los legisladores, en otras palabras, aman (de más, pero no exclusivamente) citar las soluciones normativas dadas al extranjero, aunque algunas veces hacen referencia a categorías generales<sup>8</sup>, en otras ocasiones a estudiosos famosos o incluso

<sup>7</sup> A. GIANOLA, *Regole e meccanismi di funzionamento del diritto muto*, op. cit., p.130.

<sup>8</sup> Las reconstrucciones comparativas/constitucionalísticas sirven para elegir con conocimiento de causa las referencias específicas. La subsunción de un caso en una categoría general es,

«de referencia» (como se dice, «orgánicos» a la política del grupo político en cuestión). La jurisprudencia extranjera es casi ausente, como si los textos normativos extranjeros fuesen inmunes. Esto es probablemente imputable —además de la pobre o inexistente cultura comparativa de gran parte de los parlamentarios— a la mayor facilidad de recuperación de los meros documentos textuales. Concurren a esta tendencia también las Oficinas de estudio de algún parlamento (como los franceses e italianos), que proporcionan solo los datos en bruto (sin procesar), sin comentarios, anotaciones y clasificaciones. No se puede pretender por los parlamentarios, sin la ayuda de las oficinas, abstraer o profundizar sobre el contexto en el cual vive una ley extranjera citada, y mucho menos pretenderse que se compruebe su interpretación por parte de los jueces<sup>9</sup>.

A tales ausencias podrías ayudar el uso de las *hearings* al momento de la elaboración legislativa: le es emblemática la experiencia del Congreso de los Estados Unidos, pero la práctica es difusa en todo el mundo. En las audiencias legislativas, pueden ser escuchados también expertos de Derecho comparado. Por este medio, puede entrar en el proceso legislativo, a través de la doctrina escuchada directamente, también el formante jurisprudencial, a condición de que se consulten comparatistas, y que és-

---

en efecto, un argumento clásico del Derecho comparado, que favorece la intención de resaltar elementos diferentes o análogos. 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.

Con respecto a las clasificaciones, remito a la bibliografía indicada en mis artículos: L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padua, 2002, p. 54 ss., traducción parcial en lengua española, *Introducción al derecho público comparado*, Unam, Ciudad de Mexico, 2006, pp. 86 ss. y Palestra, Lima, 2006; ID., *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, en D. López Garrido, M. F. Massó Garrrote, L. Pegoraro (coords), *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 42 ss.; L. PEGORARO, *Il diritto comparato tra scienza e metodo*, en G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 11 ss.; ID., *El método en el Derecho constitucional: la perspectiva desde el Derecho comparado*, en *Revista de Estudios Políticos*, 2001, n. 112, p. 23 ss y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, Ciudad de Mexico, 2006, p. 3 ss.; *The Comparative Method and Constitutional Legal Science: New Trends*, en A. M. Rabello, A. Zanotti (eds.), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 125 ss.; ID., *Temas y debates del Derecho constitucional en Italia*, en AA.VV., *Primeras jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Ed. Un. Externado de Colombia, 2001, p. 561 ss.

<sup>9</sup> Sobre la prohibición de comentar las traducciones (y tanto más de «hacer comparación» para traductores y funcionarios), en los parlamentos franceses e italianos, v. F. MEGALE, *La traduzione delle legislazioni straniere nei Parlamenti italiano e francese*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2011, p. 663 ss.

tos les utilicen. En algunas ocasiones (como en el Parlamento italiano) esto sucede, en muchas otras no.

La referencia del Derecho constitucional comparado aparece a veces en la función legislativa, para leyes con implicaciones constitucionales. Un terreno privilegiado de uso de formantes no normativos es aquel de temas sensibles tales como el divorcio, el matrimonio homosexual, las parejas de hecho, adopción, y la bioética (eutanasia, experimentación clínica, fecundación *in vitro*, etcétera). En estos campos, donde a menudo seguido el legislador es incapaz o dividido, frecuentemente son las sentencias judiciales (y constitucionales) a indicar las soluciones.

La situación cambia —pero no mucho— cuando se trata de redactar o de reformar las Constituciones. A menudo los órganos constitucionales tienen una composición *ad hoc* (diversa de las ordinarias asambleas legislativas): se encuentra la élite de la sociedad civil, inclusive constitucionalistas abiertos al mundo; en ocasiones se muestra la aportación de la doctrina, y algunas veces, es conocida la aportación de la jurisprudencia. Otras veces el uso de la jurisprudencia en la construcción de un texto constitucional se deduce por el léxico de la Constitución, aun y cuando no es explícito en el trabajo preparatorio: representa un válido ejemplo de circulación transversal entre formantes el artículo 82 de la Constitución española, una verdadera y propia «verbalización» constitucional no solo del artículo 76 de la Constitución italiana, sino principalmente de la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana sobre las leyes delegadas, fruto de los estudios puestos sobre la mesa<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> El sistema, en su conjunto, de la Constitución española de 1978 representa un emblemático ejemplo de sabiduría constitucionalista: donde se mezclan historia y hábito de modernización, cultura autóctona y atención por las culturas «externas». En definitiva, comparación diacrónica —la Historia del Derecho, que nunca puede ser olvidada cuando la cultura jurídica (o «formante doctrinal») se transforma en disposiciones normativas— y aquella sincrónica: vale decir, la apertura a las experiencias en acto en otros lugares, a las enseñanzas no solo de las batallas constitucionales propias, sino también de aquéllas de los demás. (En la imposibilidad de recordar la extensa bibliografía sobre la materia, reenviamos a las páginas introductorias de M. MARTÍNEZ CUADRADO, *La Costituzione spagnola del 1978 nella storia del costituzionalismo contemporaneo*, en E. García de Enterría, A. Predieri, (curadores), *La Costituzione spagnola del 1978*, Giuffré, Milán, 1983, p. 1 ss.)

En el texto se materializan algunas veces prepotentemente, en otras solo se alcanzan a vislumbrar los principios informadores del constitucionalismo liberal democrático, así como se han venido estructurando durante siglos en el viejo y en el nuevo continente, como también los institutos del constitucionalismo heredado de Cádiz y dejados en el olvido por el franquismo (véase R. BLANCO VALDÉS, «La política e il diritto: vent'anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)», en L. Pegoraro, A. Rinella, R. Scarciglia (eds.), *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, Cedam, Padua, 2000, p. 9 ss.), tanto como las soluciones innovativas experimentadas en Alemania, Italia, Portugal, Francia y otros Países, o bien, en otras ocasiones, los influjos de experiencias latinoamericanas, originales o de aquéllas, muchos años antes imitadas de la antigua madre patria.

Cuando se escriben *ex novo* las Constituciones, frecuentemente el terreno ya ha sido preparado por la doctrina, y su rol se enfatiza si a su elaboración concurren organismos especializados auxiliares de base científica (comités, comisiones de estudio o similares). Es conocida la importante misión desempeñada por la Comisión de Venecia, constituida en el ámbito del Consejo de Europa, para soportar la redacción de las Constituciones de los países del Este europeo. Por lo tanto, el Derecho comparado está detrás de muchas elecciones constituyentes (o de reforma), cual conjunto de normas, sentencias y doctrinas.

Sin embargo, el buen o mal resultado depende del nivel de conocimiento comparativo de las oficinas de los órganos consultivos. Algunas veces, se tiende a importar (o a exportar, en el caso de la Comisión de Venecia) soluciones normativas que no pueden dar frutos en otra parte, porque no se toma en cuenta la implementación de la jurisprudencia y de las críticas de la doctrina, pero principalmente porque no se hace caso de las advertencias de los comparatistas sobre las condiciones de importabilidad o exportabilidad de enunciados normativos o institutos correspondientes. Todo depende de la preparación comparativa de los funcionarios y de los consultores, y entonces también, del rol de la Universidad en ofertar esta preparación. Esto representa el *sollen*, o lo que sería deseable, para proporcionar al legislador datos completos sobre el Derecho de otros países, en muchas ocasiones evocado en modo genérico y descontextualizado, o incluso citado injustamente, en los trabajos preparatorios de tantas leyes y de tantas Constituciones.

Hay un tema colateral a ser explorado: no hay texto constitucional, así como cualquier enmienda a la Constitución, aunque limitada, que sea completamente inmune a las influencias externas<sup>11</sup>. Secondo la dottrina, la circulación-imitación de modelos jurídicos en general puede ser consecuencia de la inmigración de un pueblo a otro territorio (trasplante), de una conquista (imposición), de una acción voluntaria (recepción).

---

<sup>11</sup> Véase por ej. el n. 3/2008 de la *Revista General de Derecho público comparado*, 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 (coord.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context – La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 523 ss., traducción al español *El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la «exportación» de modelos*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, 2005, p. 287 ss. y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, op. cit., p. 29 ss.; *Il diritto comparato nel dibattito sulle proposte di riforma costituzionale in materia di decentramento territoriale*, en *Il diritto della regione*, n. 5-6, 2007 (ed. 2009), p. 59 ss. y en *Studi in onore di L. Arcidiacono*, Giappichelli, Turín, 2010, V, p. 2465 ss.

En el Derecho constitucional, la forma del trasplante es ampliamente regresivo hoy en día. En cuanto a la imposición, se debe subrayar, ante todo, que la divulgación de modelos *rationae imperii*, debida a actos de pura fuerza, es un fenómeno relativamente raro en la historia. 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— de un determinado ordenamiento estatal sobre otros que pertenecen a un contexto, bajo algunos perfiles, homogéneo<sup>12</sup>. Además, no es extraño que una recepción coactiva cese bruscamente al modificarse las relaciones de fuerza.

Acerca del prestigio, con la llegada de nuevas ondas de constitucionalismo, en el Continente europeo hacia los años '70 (Constituciones griega, sueca, portuguesa, española...), después en América latina y en Europa del Este entre los años '80 y '90<sup>13</sup>, se ha asistido a un intercambio intenso de experiencias y de conocimientos (en una primera fase en gran parte unidireccional), revelada útil para el *draft* de nuevos textos constitucionales en ordenamientos que están apenas superando decenios de dictadura<sup>14</sup>. Sin

<sup>12</sup> La doctrina comparatista ha destacado que los fenómenos de recepción voluntaria de modelos jurídicos, que son los más difundidos, sin duda, 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 cómo llamar si no es con el adjetivo «prestigio»» (R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit., p. 147 ss. Consúltense además, G. AJANI, «By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe», en *Am. Journal Comp. Law*, 1995, 43, n. 1, p. 93 ss.). En otras palabras, el prestigio podría constituir el postulado indispensable, aunque tal vez no suficiente, para explicar la circulación de los modelos.

<sup>13</sup> Sobre las transformaciones del Este hay centenares de publicaciones; me limito a recordar algunas en italiano y español: S. BARTOLE, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, il Mulino, Bolonia, 1993; G. AJANI, *Il modello post-socialista*, Giappichelli, Turín, 1996; S. BARTOLE, P. GRILLI DI CORTONA (coords.), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa Centro-Orientale. Élite, istituzioni e partiti*, Giappichelli, Turín, 1998; L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (coords.), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Universidad de Trento, Trento, 2010; en español: varios números de *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (en particular los 26/27 e 28/29 del 1999, 41/42 y 43/44 de 2003, 45/46 de 2004); F. FLORES GUBERÍAS (dir.), *La transformación de las políticas sociales en la Europa del Este*, Ministerio del Trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2001; ID. (ed.), *Estudios sobre Europa Oriental*, Puv, Valencia, 2002; ID., *De la Europa del Este al este de Europa*, Puv, Valencia, 2006; ID., *España y la Europa oriental: tan lejos, tan cerca*, Puv, Valencia, 2009; el suplemento de *Humana Iura de derechos humanos*, n. 8/9, 1998/1999 (Navarra Ed., Pamplona), *Derechos y libertades en las nuevas democracias de la Europa del Este*.

<sup>14</sup> El estudio de las Constituciones occidentales así como han sido escritas en el papel no podía revelarse fructífero para los *framers*, de no estar acompañado por las advertencias de los comparatistas sobre la idoneidad de los distintos institutos que se pretendan adoptar, sobre la

embargo, no es simple distinguir totalmente las elecciones autónomas de las precisiones internacionales<sup>15</sup>.

Conclusivamente: el constituyente, el poder de reforma y el legislador usan el Derecho constitucional comparado, principalmente —es obvio— escribiendo Constituciones y revisiones de Constituciones, o leyes de valor constitucional; lo usan frecuentemente en modo aproximativo, especialmente el legislador; se valen prevalentemente de la observación paralela y especular a textos normativos del mismo grado, algunas veces evocan categorías generales («derechos», «federalismo», etc.), de las cuales raramente capturan la complejidad. La mayoría (mas no siempre) ignoran la jurisprudencia. En algunas circunstancias, se valen de lecturas de la doctrina. La legislación, como producto del formante normativo, es influenciada, o en algunas ocasiones justificada, por las categorías comparativas. Detrás de cada ley, o cada Constitución, se encuentra la cultura jurídica de un país; el nivel de percepción de la utilidad de observar a experiencias extranjeras depende también de las actitudes 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 sobre la homogeneidad o la no homogeneidad del derecho en su conjunto, inclusive de legislaciones, jurisprudencias y doctrina.

Naturalmente, redactar Constituciones y legislaciones no puede ser más realizado sin tomar en cuenta la normativa supraestatal (tratados y legisla-

---

importancia del derecho autóctono sedimentario (en otras palabras, de los llamados «criptotipos», es decir los elementos estructurales que conforman la concepción misma del derecho por fuera de la norma positiva) que condiciona el derecho vivo, a los factores —no solamente jurídicos— necesarios para el correcto funcionamiento de un determinado instituto jurídico.

Precisamente, en la construcción de nuevas estructuras constitucionales es más productiva la circulación de ideas, de principios y de valores comunes, relacionados con la forma de Estado (en cuanto tiene que ver con las libertades de organización de las relaciones entre centro y periferia), la forma de gobierno, el sistema de fuentes y la estructura organizativa. Y es en este nivel que los fenómenos de imitación están más acentuados, sea bien por decisiones conscientes operadas por parte de los constituyentes, o bien por la acción, en parte coercitiva, ejercida por los Estados que participan ya del *club* de las democracias liberales, los cuales, a su vez, dictan algunas condiciones para tal recepción en otros organismos, así como sucede en sede de la Unión europea, la NATO, el Consejo de Europa, etc. Sobre las diferentes tipologías de recepción, L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padua, 2007, p. 92 ss. ID., *Introducción al Derecho Público Comparado, op. cit.*, p. 101 ss. (ed. mexicana), y p. 89 ss. (ed. peruana)

<sup>15</sup> Sobre las constituciones impuestas o condicionadas *vid.* mi artículo (en curso de publicación) «Constituciones (y reformas constitucionales) “impuestas” o “condicionadas” (para una re-clasificación interdisciplinaria de la categoría)», en J. CANO BUESO (dir.), *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del Estado de bienestar* (Actas del Congreso, Aguadulce, Almería, 2, 3 y 4 de Julio de 2012, en *Estado Constitucional, 2013*, y en Actas del Tercero Coloquio Iberoamericano Estado Constitucional y Sociedad (Xalapa, Veracruz, México – 15, 16 y 17 de Octubre 2012).

ciones secundarias, donde existe, como en la UE), o el contexto de la cual deriva ella. Un ejemplo reciente es constituido de la obligación del presupuesto equilibrado, que se va imponiendo en Europa, aunque no necesariamente para cumplir con una obligación comunitaria, sí por imposiciones de otro tipo, por reglas no escritas que derivan de la política<sup>16</sup>.

### III. EL USO DEL DERECHO COMPARADO EN LA JURISPRUDENCIA Y SU RELIEVE EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SUPRANACIONAL

El Derecho comparado puede desarrollar una importante función auxiliar para la jurisprudencia, ya sea a nivel vertical (entre órganos judiciales supranacionales y órganos judiciales estatales, y también dentro de ellos, si los Estados son federales o regionales), que a nivel horizontal (entre órganos judiciales supranacionales, estatales o descentralizados). Lo ha advertido la Constitución del Sudáfrica, donde coexiste una abertura hacia el derecho internacional y extranjero como instrumentos interpretativos de la Carta de los derechos<sup>17</sup>: 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».

¿Cómo usan los jueces el Derecho comparado?

La pregunta preliminar es si ellos hacen referencia, y si es así, en qué medida, a leyes (o Constituciones, u otros actos normativos), no solo por que deben interpretarlas y aplicarlas —como en el caso del Derecho internacional o europeo—, sino para reforzar o basar en ellas su interpretación o expresar un equilibrio de valores<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> V. L. PEGORARO, «La constitucionalización del equilibrio presupuestario. Reflexiones críticas», en E. ALVAREZ CONDE, C. SOUTO GALVÁN (dir.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Idp, serie Problemas Jurídicos Contemporáneos, Madrid, 2011, p. 45 ss.

<sup>17</sup> Ch. 2, s. 36, y espec., s. 39, donde se afirma que al interpretar el *Bill of Rights* cada Corte, Tribunal o forum «(b) must consider international law» e «(c) may consider foreign law».

<sup>18</sup> Reenvío a mis escritos, donde se encuentra la amplísima bibliografía mundial —principalmente privatística— que se ha ocupado del tema: v. L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, en *Quaderni costituzionali*, 1987, n. 3, pp. 601 ss.; ID., *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, «Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series», n. 23, Clueb, Bologna, 2006; ID., «La utilización del derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales: un análisis comparado», en *Revista General de Derecho Público Comparado – Comparative Public Law Review*, 2007, pp. 73-117, en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de Jurisprudencia*, n. 7, 2007, p. 697 ss., en E. FERRER MAC-GREGOR, A. ZALDIVAR LELO DE LARREA (coords), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo II, *Tribunales constitucionales y Democracia*, Unam, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, México, 2008, p. 385 ss., trad. it. «Corti costituzionali

Un segundo tema se conecta específicamente al uso del Derecho *constitucional* por parte de las Cortes (y no solo del Derecho comparado en general). Los jueces se ocupan casi siempre, o muy seguido, del Derecho constitucional: sea donde deben dar prevalencia a la Constitución sobre la ley, sea donde deben suspender los procesos y otorgar la excepción ante el Tribunal competente, cuando existe la duda (o la certeza) de que la ley es inconstitucional. Para componer la jurisprudencia concurren las cortes y los tribunales constitucionales, que tal tarea se realiza de tiempo completo. Por lo tanto, el uso de otros formantes por parte de las cortes y de los tribunales, ordinarios y constitucionales, exige una atención particular cuando ello versa sobre el Derecho constitucional?

Finalmente, la influencia del Derecho extranjero sobre las cortes no se manifiesta solo a través de un reenvío directo al legislador o a otros jueces, sino también mediante el reenvío a obras doctrinales, que en ocasiones analizan el Derecho interno con la visión de la comparación<sup>19</sup>. Con esto resultaría que seguido las Cortes en las cuales se usa reenviar a la doctrina serían inconscientemente influenciadas por el Derecho extranjero; más bien, tal influencia indirecta sería más intensa que aquella determinada por el reenvío consiente a la legislación y a la jurisprudencia extranjera, y la doctrina tendría la misión de preparar el camino para la recepción por parte de la jurisprudencia interna de soluciones en uso en otros sistemas. Esto demuestra la estrecha interrelación entre los formantes legislativo, jurisprudencial y doctrinal. ¿Cuál es el rol de la doctrina actualmente en el apoyar a la jurisprudencia y en la aplicación e interpretación del Derecho supranacional?

---

e uso del diritto comparato: un'analisi comparatistica», en L. MEZZETTI, E. FERRER MAC-GREGOR (a cura di), *Diritto costituzionale processuale. Omaggio italiano a Héctor Fix-Zamudio per i suoi 50 anni di ricercatore di diritto*, Cedam, Padova, 2010, p. 287 ss.; L. PEGORARO, P. DAMIANI, «Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 1999, p. 411 ss., el cual ha sido reproducido, parcialmente, con el título «Comparazione e giurisprudenza costituzionale», en L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, op. cit., p. 267 ss., traducido en lengua inglesa (*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, pp. 131 ss.) y en lengua española («El Derecho comparado en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales», en *Revista Jurídica Castilla-La Mancha*, 1999, n. 26, p. 209 ss. y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, op. cit., pp. 145 ss.). Entre los volúmenes más recientes, G. ALPA (al cuidado de), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Giuffrè, Milán, 2006, p. VII ss.

<sup>19</sup> A. GERBER, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgericht*, en AA.VV., *Perméabilité des ordres Juridiques*, editore, Zürich, 1992, p. 141 ss.

## 1. Circulación horizontal

Se subraya en la doctrina comparativa que el Derecho extranjero no es capaz por sí solo de determinar una orientación jurisprudencial en seno de las Cortes; ello viene más bien utilizado como un soporte adjunto para reforzar una posición ya previamente determinada<sup>20</sup>.

Acerca la primera preguntada, los estudios sobre el 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) también tienen que afrontar los problemas de constitucionalidad. Los resultados alcanzados atestiguan que: las Cortes de *common law*<sup>21</sup> y mixtas<sup>22</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>23</sup>; se ha asistido a una progresiva expansión de las citas extra-estatales en todos los ordenamientos.

<sup>20</sup> A. GERBER, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgericht*, *op. loc. cit.*

<sup>21</sup> V. En particular, véase los siguientes ensayos, los cuales se encuentran 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.: J. CHEN, *The Use of Comparative Law by Courts: Australian Courts at the Crossroads*, *ivi*, p. 25 ss.; H.P. GLENN, *The Use of Comparative Courts by Law Courts in Canada*, *ivi*, p. 59 ss.; P. VIAU, *L'Utilisation du droit comparé par les Tribunaux – Rapport Canadien*, *ivi*, p. 79; U. DROBNIG, *The Use of Foreign Law by German Courts*, *ivi*, p. 127 ss.; E. ÖRÜCÜ, *Comparative Law in British Courts*, *ivi*, p. 253; D.S. CLARCK, *The Use of Comparative Law by American Courts*, *ivi*, p. 297 ss.; A.A. LEVASSEUR, *The Use of Comparative Courts by Courts*, *ivi*, p. 315 ss.

<sup>22</sup> Una vez más en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, *op. cit.*, v. R. SANILEVICI, *The Use of Comparative Law by Israeli Courts*, p. 197 ss.

<sup>23</sup> Cfr. en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, *op. 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 A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. 1. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, rist. 1982 (p. 555 ss. para la experiencia inglesa); P.G. MONATERI, *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 1996, 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*, Giappichelli, Torino, 1996, espec. p. 27 ss. y 69 ss., y R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in*

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>24</sup>, que explican el fenómeno apoyándose en la sustancial irrelevancia de las barreras lingüísticas<sup>25</sup>, o en el role político y cultural que ha sido revestido por la praxis aplicativa, «acostumbrados a ejercitar concientemente el role de protagonistas en la evolución de los ordenamientos»<sup>26</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

---

*European Legal History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, trad. it. *I signori del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991, *passim* (e *ivi*, p. 135, apuntes sobre la aversión, madurada en Inglaterra como en Francia, por parte de los respectivos pueblos hacia los juristas).

<sup>24</sup> U. DROBNIG, «The Use of Comparative Law by Courts», en U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, *op. 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), *op. 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*, *op. cit.*, p. 31 s. y *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*, «Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», n. 7, Giuffrè, Milán, 2004, p. 61 ss.

<sup>25</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*, Giuffrè, Milano, 2001, 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 Oregon, 2003, trad. it., *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 99 ss.; É ZOLLER, *Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?*, en *Droits*, 2000, n. 32, p. 131; M.-C. PONTHEAU, *Le recours à «l'argument de droit comparé» par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, en F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (al cuidado de), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 172 y 180.

<sup>26</sup> A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, *op. cit.*, p. 273. Sobre la influencia de los diversos formantes en el Derecho inglés contemporáneo cfr. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed, Utet, Turín, 2002, p. 134 ss.; acerca de la evolución histórica también K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Band 1: *Grundlagen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, trad. it., *Introduzione al diritto comparato*, vol. I: *Principi fondamentali*, Giuffrè, Milán, p. 233 ss. 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 razonabilidad 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*, rist., Giappichelli, Turín, 1997, p. 63; R.C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, *op. cit.*, p. 63).

señalada por la doctrina<sup>27</sup>), en los ordenamientos donde conviven más sistemas<sup>28</sup>, en los que son «democráticamente jóvenes»<sup>29</sup>, o en los multiculturales como Suiza. Dentro de estos últimos —además de Canadá, se incluye a Israel y a Sudáfrica— la jurisprudencia 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>30</sup>. Talora la permeabilità della giurisprudenza nei confronti del Diritto straniero si spiega con la situazione geografica e socio-culturale del paese di volta in volta osservato, oltre che con talune caratteristiche dell'ordinamento.

En cuando a la segunda cuestión, 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 Estados Unidos, el uso del Derecho comparado por parte de la Corte Suprema ha representado el objeto de una violenta controversia entre los jueces Breyer —favorable— y Scalia, que en nombre del originalismo de la Constitución estadounidense sataniza el Derecho extranjero. Las repercusiones han llegado inclusive a nivel parlamentario, con propuesta de *impeachment* y de prohibir expresamente las referencias comparativas. La visión *narrow minded* de la corriente originalista americana (que con clara contradicción pretende que los derechos defendidos por su Constitución sean «universales») es desmentida por la praxis de tantos tribunales; independientemente de que la circulación de los modelos de justicia constitucional diferentes en relación a las fase, a la modalidad de acceso, a la eficacia de las decisiones, al estilo de las sentencias, mani-

<sup>27</sup> A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, op. cit., p. 273, recuerda al respecto un artículo de H KÖTZ, *Der Bundesgerichtshof un die Rechtsvergleichung*, en *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, hrsg. von C.-W Canaris, A Heldrich, K.J. Hopt, C. Roxin, K. Schmidt, G. Widmaier, Bd. II, München, 2000, p. 873.

<sup>28</sup> U. DROBNIG, *The Use of Comparative Law by Courts*, op. cit., p. 13; G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 42 ss.

<sup>29</sup> ... como por ejemplo, Hungría y Sudáfrica: cfr M.-C. PONTTHOREAU, *Le recours à «l'argument de droit comparé» par le juge constitutionnel*, op. cit., p. 182.

<sup>30</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 conocida «cross fertilization» y de la «reciprocal influences»)» v. G. WALTER, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera*, en AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, op. cit., p. 49.

fiesta profundas diferencias estructurales, funcionales y procesales, el gradual acercamiento entre los diversos sistemas ha mitigado las diferencias.

En el campo del Derecho constitucional, los análisis demuestran además 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* 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 al *Bundesverfassungsgericht* alemán<sup>31</sup> y al Tribunal federal suizo,<sup>32</sup> por citar algunos de los tribunales especializados de los ordenamientos que gozan de una democracia estabilizada. 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<sup>33</sup>. 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>34</sup>. Por otra parte, dentro del área de *common law* y del área mixta, Canadá, Israel y Sudáfrica importan tanto los modelos como el derecho comparado en el *reasoning* de sus jueces.

<sup>31</sup> Sobre las referencias extra-estatales del *Bundesverfassungsgericht* alemán v. por ejemplo, A. WEBER, «The Role of Comparative Law in Civil Liberties Jurisprudence of the German Courts», en AA.VV., *The limitation of human rights in comparative constitutional law – La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Ed. Y. Blais, Quebec, 1986, p. 525 ss. Acerca del uso de la comparación en la jurisprudencia ordinaria y constitucional en Alemania cfr. A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, op. cit., p. 259 s.; ID., *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*, op. cit., p. 31 s.; U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, op. cit., p. 17 s.; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit., p. 20 ss. y *passim*. En particular, 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*, op. cit., p. 140 s.

<sup>32</sup> Cfr. G. WALTER, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera*, op. cit., p. 47 ss. y espec. p. 48 s., donde el autor recuerda que las Cortes evocadas con mayor frecuencia son la Corte constitucional y la Corte suprema alemana.

<sup>33</sup> En relación a la imitación de los modelos, A. WATSON, *Legal Transplants. An approach to comparative law*, 2<sup>nd</sup> ed., Un. of Georgia Press, Athens-London, 1993, espec. p. 21 ss.

<sup>34</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, op. 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*, op. cit., p. 8; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, op. cit., p. 66.

Finalmente, en relación a la última cuestión, los jueces del *common law* —como decía— están acostumbrados a ir más allá de la legislación nacional, y es natural que se basen en precedentes extranjeros procedentes en el ámbito de la familia. Esto les ha abierto la mentalidad: es frecuente que ellos, fuera de los precedentes judiciales, citen también legislaciones extranjeras para justificar su *reasoning*. Salvo el valor distinto, 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 juez, obviamente, la referencia a éste 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>35</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*.)<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Reenvío a mi volumen *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 86 ss. y 115 (Traducción actualizada en lengua española: *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 110 ss. y p. 142). 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.

<sup>36</sup> Asimismo, se ha escrito que el uso del Derecho comparado representa un «método universal de interpretación». La cita de K. ZWEIFERT, «Rechtsverlunleichung als universale Interpretationmethode», en *RabelsZ* 15 (1949/50) 5-21 (espec. p. 9), se encuentra en U. DROBNIG, *The Use of Comparative Law by Courts*, op. cit., p. 19. En base a la propuesta de Zweigert la cual es favorable a una interpretación basada (también) sobre el Derecho comparado, y las correspondientes posiciones adoptadas por Kötz, v. B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, op. cit., p. 157 ss. En Italia, se ha subrayado que la Casación considera que «la interpretación de institutos que pertenecen al ordenamiento jurídico nacional no puede efectuarse utilizando como parámetro normas extranjeras aunque regulen institutos parecidos»: cfr. V. VIGORITI, «L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica», en AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, op. cit., p. 18.

Acerca de los modos de interpretar la Constitución (e indirectamente para valorar, en mayor o menor medida, el uso del Derecho comparado), cfr. entre tantos, en general e da posizioni molto differenziate: M. TROPER, «Le problème de'interprétation et la théorie de la superlégalité constitutionnelle», en *Recueil d'études en hommage a Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 133 ss.; L. GIANFORMAGGIO, «L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata sui principi», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 62, 1987, p. 65 ss.; J. WRÓBLESKY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 1977, cap, V, traducción al español, *Los derechos en serio*, Ariel,

Acerca de los formantes evocados, entonces, 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. *Roe vs Wade* (en tema de aborto) fué citada por varios Tribunales europeos, y *Missouri vs Holland*, por ej, por la Corte costituzionale italiana en una sentencia sobre competencias regionales<sup>37</sup>.

En cuanto al uso de la doctrina por parte de los jueces, existen ordenamientos en los cuales para el juez es normal reforzar las argumentaciones propias con el reenvío expreso de trabajos monográficos, artículos, ensayos de diversa naturaleza, voces enciclopédicas, e inclusive textos de doctorado (es el caso, por mencionar un par de ejemplos, de Canadá y Suiza); pero existen ordenamientos en los cuales esto es considerado, si no un sacrilegio, al menos inútil para los objetivos buscados por los jueces: piénsese a las casi ausentes referencias doctrinales en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, por el influjo de específicas disposiciones de leyes<sup>38</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 constitucional— en la búsqueda de los materiales seleccionados para la solución de un caso. 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 cre-

---

Barcelona, 20ª ed., 1989; P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1998; E.-W. BÖKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a. Main, 1991, traducción al italiano (junto a otros artículos) en *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006; ID., *Le droit, l'état et la Constitution démocratique* (traducción en lengua francesa y recopilación al cuidado de O. Jouanjan), Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 2000, *passim*; R. CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ceps, Madrid, 1988; F.J. DÍAZ REVORIO, *La «Constitución Abierta» y su Interpretación*, Palestra, Lima, 2004; D. GARCÍA BELAUNDE, *La Constitución y su Dinámica*, Palestra, Lima, 2006, p 61; entre los autores estadounidenses, se han ocupado del tema Tribe, Perry, Wellington, J. Ely; sobre la posición «neo-constitucionalista» se pueden leer entre otras las páginas de Roberto Alexy, Luigi Ferrajoli, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza, y específicamente sobre la comparación M.-C. PONTTHOREAU, *Le recours à «l'argument de droit comparé» par le juge constitutionnel*, *op. cit.*, espec. p. 170 ss.

<sup>37</sup> 252 US 416 (1920); *vid.* L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, *op. cit.*, p. 602 s.

<sup>38</sup> En Italia, se trata del art. 118 de las disposiciones de actuación del código procesal civil.

cido el interés hacia el derecho comparado por parte de la doctrina, sin embargo este hecho no ha alcanzado al juez lo suficientemente<sup>39</sup>.

Los jueces constitucionales continentales europeos, salvo raras excepciones, 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, cualquiera que sea el país, desde Perú hasta Argentina a Brasil o México (donde el fenómeno está muy presente también en los tribunales electorales). Lo es incluso en algunos países africanos de *civil law*, como Marruecos (se citan solo autores franceses), y en Asia (Filipinas, influenciados por autores americanos más que por europeos, mientras son ausentes los españoles). El uso de doctrinas extranjeras en las sentencias es amplio en ordenamientos mixtos como en Israel (que importa mucho por los Estados Unidos y por Alemania) y Sud África (donde paradójicamente, no obstante del componente *Roman-Dutch Law*, está ausente de hecho el Derecho germánico). Excluyendo a Marruecos (y tal vez en algún otro caso aislado), la doctrina francesa está desapareciendo de las sentencias (incluso en la jurisprudencia del Derecho civil del Quebec!), como inclusive aquella italiana, de la cual a veces se recuerdan los grandes maestros del pasado —principalmente procesalistas—, pero pocas veces los contemporáneos. Esto habla mucho sobre el peso de las Universidades antiguas, que viven aventajados por las glorias del pasado, pero no logran ofrecer más a los formantes dinámicos, productos vendibles, en detrimento de Institutos de cultura que han sabido actualizarse, modernizarse e internacionalizarse.

Fuera de la tradición del estilo de las sentencias, la apertura a la doctrina extranjera viene adscrita a fenómenos objetivos (globalización del derecho) pero también subjetivos, conectados a la selección de los magistrados entre un personal que hoy viaja de más y hace estancias al extranjero en Universidades prestigiosas, de las cuales regresa trayendo consigo orientaciones y actitudes jurídico/culturales importantes.

Sin tener en cuenta las citas textuales, el formante doctrinal tiene

---

<sup>39</sup> La influencia que ejercen los estudios realizados en la Universidad ha sido enfatizada por U. DROBNIG, *The Use of Comparative Law by Courts*, op. cit., 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, reimpr. 1999.

influencia sobre el jurisprudencial. En las diversas facultades de jurisprudencia del mundo en las cuales se forman los jueces (no solo «nacionales») a menudo existe la afirmación de ordenamientos doctrinales diversos. La *cultra* jurídica del juez, en otras palabras, puede variar en relación al lugar en el cual se produjo principalmente su formación, pero también, en el caso del Derecho comparado, en el cual realizó fructuosas especializaciones y conocimientos en profundidad.

## 2. Circulación vertical

Los actos de derecho internacional y —en Europa— los de los órganos de la Unión Europea, al contribuir a crear un tejido común de principios y reglas influyen sobre la función accesoria del derecho comparado representada por la ayuda dentro de la vertiente interpretativa; es decir el apoyo en la adscripción de significados a actos no solamente internacionales o comunitarios sino propios de cada ordenamiento, debido a que tienen que interpretarse de acuerdo a su vinculación con las demás disposiciones del sistema jurídico de referencia, pero también según el significado originario que se les ha querido atribuir para vincular a todos los ordenamientos interesados. Puede incluso revelarse útil para el juez, para la administración o para el mismo ciudadano, la indagación comparativa de la interpretación que se da en ordenamientos ajenos a una disposición que tiene que ser interpretada dentro de su propio ordenamiento.

La doctrina ha señalado como la circulación de las soluciones jurídicas (y de los principios y de las ideas) sucede hoy en gran medida por la vía jurisprudencial, gracias principalmente a la aportación de las Cortes constitucionales y de las cortes internacionales y supranacionales. Por una parte, ellas incorporan, por medio de los jueces de diversa proveniencia geográfica, lingüística, jurídica y cultural, los aportes de varias doctrinas y culturas nacionales, unificándolas en los resultados; por otra, les restituyen, por así decirlo, a varios ordenamientos nacionales a los cuales se aplican obligatoriamente o a los cuales tienen un fuerte efecto persuasivo. La *ratio* de los reclamos «internacionales» respecto a los comparativos es evidentemente diferente, pues no es lo mismo argumentar la decisión en función de la observancia a un tratado, una convención o una directiva comunitaria (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 acoger o rechazar una determinada solución<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Conformemente, V. VIGORITI, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, op. cit., p. 14. Contra U. DROBNIG, *The Use of Comparative Law by Courts*, op. cit., p. 5 ss. En

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 ésta aun cuando la tome en consideración dentro del propio *reasoning* para fortalecer con argumentos de autoridad el propio *iter argumentativo*<sup>41</sup>.

La comparación de varios Derechos nacionales concurre a individualizar el *common core* de un derecho común, que posteriormente viene codificado en los tratados o en la normación derivada. Los jueces internacionales o supranacionales aplican tal derecho, dándoles su interpretación. A menudo, aunque no obligatorios, muchos fragmentos de su *reasoning* son utilizados a nivel nacional para proponer modificaciones del derecho vigente o, en sede judicial, aplicaciones del mismo.

#### IV. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHO INTERNACIONAL: UN'ANALISI INTER-FORMANTI

La creciente invasión del derecho producto de la Unión Europea, a hacer tiempo del Acto único, después del tratado de Maastricht, hasta la Carta di Nizza, a Lisboa, y al proyecto de una constitución para Europa y sus sucesivos desarrollos, importa también sobre el lado del formante doctrinal consecuencias de gran importancia, en relación al estudio del derecho constitucional comparado.

Desde el principio, la materia «derecho comunitario» ha sido interpretada de diferentes maneras: como rama del derecho internacional, o como derivada de los derechos internos de los ordenamientos pertenecientes, o en fin como derecho en sí<sup>42</sup>. Hoy, la tendencia prevalente, por los menos en los ordenamientos originarios y en aquellos que se han adherido en las últimas dos ampliaciones es en el sentido de atribuir al derecho comunitario (denominado en las universidades también como «Derecho de la Unión

---

general acerca de la distinción entre comparación voluntaria y necesaria v. M.-C. PONTHEUREAU, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et françaises. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Économica, Paris, 1994, p. 165 ss.; ID., *Le recours à «l'argument de droit comparé» par le juge constitutionnel*, *op. cit.*, espec. p. 180.

<sup>41</sup> Vid. § 3.1.

<sup>42</sup> Emblemática de esta concepción es la *Introduzione* de F. Pocar a la primera edición de sus *Lezioni di Diritto delle Comunità europee*, en la cual el mismo imputa a errores de perspectiva (o bien el acercamiento «ideal» al estudio del Derecho comunitario) la consecuencia de considerar ello «como un Derecho nuevo, autónomo, no reconducible en sus esquemas y en sus expresiones a algunos de los fenómenos jurídicos pre existentes». Mientras que se trataría de un conjunto de normas de vez en cuando reconducibles o al Derecho internacional, o al Derecho interno de las Comunidades o (también) al Derecho interno de los Estados. Cfr. F. POCAR, *Lezioni di Diritto delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 1 ss.

Europea») características propias suyas, que lo diferencian sea del derecho internacional o bien de los derechos internos.

Esto comporta una consecuencia relevante en sus relaciones con el derecho comparado.

De una parte, los comunitaristas tienden a interesarse por los problemas de su disciplina desde una visión monista, que conduce el ordenamiento de la Unión a un sistema cerrado y autosuficiente. No diversamente de los estudiosos de los varios derechos nacionales, son para lo más convencidos de la autosuficiencia de la materia, que leen, interpretan y explican desde una perspectiva *top down* sea por cuanto concierne a los perfiles metodológicos sea por su relación con lo sustancial. De otra parte, los constitucionalistas internos tienden a invadir el derecho comunitario, que les interesa como parte siempre más importante de los respectivos derechos nacionales<sup>43</sup>.

También en su relación con el derecho comunitario, el derecho constitucional comparado se propone, según ciertas versiones, como ciencia autónoma sino instrumental, mientras reivindica su autonomía metodológica y de contenido bajo otros perfiles, respecto a los cuáles es el derecho comunitario el que tiene un rol sirviente.

Para los comunitaristas, conocer los derechos nacionales puede ser útil para integrar el estudio de su disciplina, en la medida en la cual ello contribuya a acrecentar el conocimiento de los modos de formación de las normas primarias y derivadas del ordenamiento europeo, y aún más las investigaciones para comprender el impacto del derecho comunitario en los ordenamientos. Para los iuspublicistas internos, el conocimiento de los modos de operar del derecho comunitario es indispensable donde se conectan las relaciones con aquella parte del sistema jurídico nacional que, justamente, es integrada por el derecho comunitario directo o derivado.

El proceso de integración europea, y especialmente la consolidación de estudios de derecho comunitario, hace que, de una parte, los ordenamientos de la Unión Europea sean más conocidos en su individualidad y en su especificidad (con repercusiones sobre la aclarada diferencia entre el estudio del derecho extranjero y el estudio del derecho comparado); de otra parte, que el mismo ordenamiento de la Unión sea considerado el ordenamiento de comparación con otras realidades institucionales. Esto facilita la

---

<sup>43</sup> Sobre estas conexiones cfr. G. PAVANI, «Le influenze dell'Unione europea sullo studio del diritto pubblico comparato», en M. BORRACCETTI, G. LASCHI, R. LIZZI (coords.), *Gli studi europei nelle Facoltà di scienze politiche*, Clueb, Bologna, 2008, p. 95 ss. V. también L. PEGORARO, J.O. FROSINI, «Il "formante culturale" nella elaborazione e nella applicazione del diritto europeo. L'esperienza del Regno Unito e l'allargamento a Est dell'Unione», en L.S. ROSSI, G. DI FEDERICO (a cargo de), *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, p. 91 ss.

misión de los constitucionalistas nacionales y la de los comunitaristas, que gracias a las interacciones entre los varios niveles (interno y nacional, y al mismo tiempo, doctrinal, jurisprudencial y normativo) no miran más hacia sus derechos como desconocidos, sino todo lo contrario.

No significa que el acercamiento a las diversas disciplinas sea igual, y aquí, justamente, entra en juego el rol de la comparación jurídica.

En algunos sectores de investigación, el comunitarista tiene pleno título para reivindicar su propia competencia. El ordenamiento comunitario, aunque plasmado por los influjos culturales de diversos sistemas, forma parte del sistema por lo que se refiere al eje institucional, la organización interna, el sistema de las fuentes, la ejecución y otras temáticas así similares. Es la comparación jurídica la que alimenta los conocimientos (y limita fáciles aproximaciones) en relación a diferentes argumentos que representan ámbitos típicos del derecho de la Unión.

En primer lugar, mientras el estudio de las instituciones europeas es propio de los cultores del derecho comunitario, la clasificación del sistema y la adscripción del ordenamiento a una tipología o a otra necesita del aporte de la comparación de los constitucionalistas, ya que, resulta indispensable su confrontación con fenómenos similares registrados en el pasado, como ejemplo, aquellos que han conducido al surgimiento de los Estados Unidos de América, o más reciente, de la CSI, del NAFTA, del Mercosur, de la Comunidad Andina<sup>44</sup>.

De igual forma, todavía en la vertiente estructural, es el derecho comparado el que puede proveer de aportes con el fin de reconducir en el cuadro de los modelos eurísticos habituales la «forma de gobierno» de la Unión y que, al mismo tiempo, crea la exigencia de reconsiderar los modelos de las formas de gobierno también a la luz de la experiencia de la UE<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Por esto las reconstrucciones más convincentes sobre la naturaleza jurídica de las Comunidades e luego de la Unión se deben a A. LA PERGOLA, *Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni. (Una celebre dicotomia: «Stato federale-Confederazione», la Confederazione di tipo antico e moderno, l'idea europeistica di Comunità)*, en *Diritto e società*, 1992, p. 517, y en L. PEGORARO, A. REPOSO (coords.), *Lecture introduttive al Diritto pubblico italiano e comparato*, Cedam, Padova, 1995, p. 227, o G. RECCHIA, *Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato*, op. cit., el cual se difunde sobre las cuestiones metodológicas en relación al Derecho administrativo comparado y comunitario. Significativos en la aproximación multidisciplinaria son los títulos de cinco obras recientes publicadas en Italia: L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, Milán, 2005; S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Giuffrè, Milán, 2005; P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Turín, 2010; R. ROMBOLI (al cuidado de), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, I, Giappichelli, Torino, 2011 (además de la Revista *Diritto pubblico comparato ed europeo*, editada por Giappichelli de 1999).

<sup>45</sup> Por ejemplo A. REPOSO, *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, 2ª ed., Giappichelli, Turín, 2005, spec. cap. III.

En cuanto a los perfiles funcionales, el conocimiento del derecho comparado es una ayuda para indagar sobre la influencia de los modelos nacionales en la construcción del proceso decisonal comunitario (y viceversa); sobre el rol del intérprete comunitario, respecto a las diferencias que se verifican en los procesos de validación y justificación en la jurisprudencia a nivel nacional (y, viceversa, sobre la influencia de los modelos continentales e insulares en la jurisprudencia comunitaria); sobre la oportunidad de indagar en términos de «proceso» en lugar de «estáticamente», las relaciones entre constituciones económicas nacionales y constitución económica europea... etc.

Pero es en la fase descendente y aplicativa del derecho comunitario que la sensibilidad de los comparatistas se revela como más importante. El derecho constitucional estadounidense no es sólo el derecho de las leyes y de la jurisprudencia de la Federación, sino también el derecho de la aplicación de las normas y de las sentencias federales a nivel estatal y de todas formas descentalizado. La historia de los derechos consagrados en el *Bill of Rights*, por ejemplo, no se comprende sin conocer la (des)aplicación que se verificó en el Sur hasta los cambios debidos a la Guerra civil y al *New Deal*. De igual forma, la Constitución económica de aquel país sólo puede ser percibida leyendo en conjunto las medidas federales y las estatales, en tal óptica interpretando la *Commerce clause* del art. I, sez. VIII de la Constitución<sup>46</sup>. También el derecho comunitario no se queda en los confines de los actos normativos o jurisprudenciales producto de los órganos de la Unión. Más bien, podría quedarse allí, pero en ese estadio intervienen las investigaciones comparatísticas que integran el análisis de su aplicación, y operan parangones.

Un discurso en parte similar puede ser desarrollado por otro derecho de base monística, el derecho internacional, que igualmente se presta para el análisis comparatístico de las relaciones entre fuentes, sobre la construcción y aplicación de las mismas, sobre los varios niveles de tutela de los derechos, entre otros casos.

Las estrechas conexiones entre el derecho comunitario (e internacional) y derecho constitucional comparado pueden presentar declinaciones diversas en los varios ordenamientos miembros de las respectivas comunidades. Vale entonces también para estas disciplinas lo observado en otros trabajos<sup>47</sup> en relación a muchas otras, acerca de las específicas competen-

<sup>46</sup> G. BOGNETTI, voz «Commerce clause», en *Dig. priv.*, IV, Utet, Turín, 1988, p. 155.

<sup>47</sup> Reenvío a mi artículo «Comparación jurídica y uso “externo” de las otras ciencias», en C. AGURTO GONZALES, L. QUEQUEJANA MAMANI (coords), *Estudios de derecho civil*, Primer volumen, Motivensa editora jurídica, Lima, 2013, en curso de publicación, y en L. PEGORARO, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Fundap, Querétaro, 2011, p. 53 ss., y Editorial Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 58 ss.

cias y sencibilidad que el comparatista constitucionalista debe desarrollar. Con una postilla: las ciencias mencionadas involucran al constitucionalista también desde una perspectiva metodológica, en cuanto lo obliguen a poner en debate antiguas certezas relativas a problemas generales, como aquel de la soberanía, o a reconsiderar las teorías en materia de fuentes, modalidades organizativas de los ordenamientos, garantías de los derechos, etc., como también temas como la integración de los sistemas y la superación de clásicas antinomias (como aquellas entre *common law* y *civil law*).

En relación a la trama entre los formantes, un perfil de notable impacto para el trabajo del comparatista iuspublicista es representado por el tema del lenguaje del Derecho europeo y de los tratados (o de la regulación común) en el proceso *bottom-up* e *top-down* de construcción y de aplicación del lenguaje compartido. No se trata de sobreponer el sentido de las palabras de otra lengua en la propia, sino de individualizar de inicio palabras y enunciados que signifiquen, en la variedad de lenguas implicadas, cosas idénticas (lo que no siempre es posible, mutando los contextos lingüísticos y extralingüísticos aplicativos); y posteriormente, dar a ellas significados homólogos<sup>48</sup>.

Derecho internacional y europeo, por una parte, y Derecho público comparado por la otra, concurren conjuntamente a la transformación del léxico constitucionalizado, con resultados diferenciados en el tiempo y divisiones a menudo profundas en los formantes que lo utilizan.

Dos ejemplos pueden ilustrar la importancia de una formación comparativa (o de valerse de los comparatistas) en la elaboración/aplicación del Derecho comunitario (pero problemas similares se presentan también en la fase de construcción/aplicación del Derecho internacional).

El primero es con respecto a la entrada en el Reino Unido de fuentes anómalas (las de la Unión Europea) en un *corpus* y en un lenguaje diverso respecto del jurídico hablado por la gran mayoría de los miembros de la Unión, con implicaciones de notable portada, sea en la fase de construcción de los enunciados del Derecho comunitario, sea en aquella de la relación con los *statutes* y la jurisprudencia del Reino Unido. También por su entrada retardada en las Comunidades Europeas, respecto a los seis Países fundadores, el derecho producto de las mismas, en forma de reglamentos y directivas, fue formándose inicialmente con un *imprinting* puramente continental; la peculiar procedencia de formación de los actos comunitarios, y en particular la exigencia de formular textos más compromisorios de casi todos los actos producidos a nivel estatal, vinculó mucho las técnicas normativas comunitarias, tanto con referencia a la coordinación de la producción normativa, como a la redacción de cada documento<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> *Vid. supra*, nota 4.

<sup>49</sup> Al punto que solo en 1963 viene advertida la exigencia por parte de las instituciones comunitarias de dotarse de un «Formulario de los actos» «al final de vitar el riesgo de praxis

Por lo tanto, se ha puesto el problema de conciliar la tradición inglesa, *civilian* y actos comunitarios: problema que, para el jurista británico (e irlandés) llamado a trabajar a Bruselas, es aquel de buscar un mínimo común denominador entre culturas propias y cultura (*recte*, culturas) de los otros operadores provenientes del continente. En dar la aportación propia a la elaboración de directivas y reglamentos, el *officer* británico es obligado a someterse a las diversas opciones provenientes de los colegas alemanes, franceses, italianos, españoles, etc., permeados de una cultura diversa en tema de elaboración del texto (aun ofreciendo la aportación de una sensibilidad madurada por más largo tiempo, susceptible de ser fructuosamente recibida por lo menos en relación a algunos aspectos). Esta sumisión será aún más fuerte en patria, en el momento en el cual el acto comunitario hará entrada en la tela normativa del Reino Unido.

En la fase descendente del proceso comunitario, la inserción de reglamentos y directivas en el *corpus* legislativo suscita en el Reino Unido—fuera de los habituales problemas de relación entre fuentes, presentes también dentro de la Unión— algunas dificultades ulteriores, vinculadas al diverso estilo de los actos de la UE respecto a los textos normativos del Reino. En particular, el *draftsman* británico (o irlandés), poco acostumbrado a la imprecisión, encuentra mayor dificultad para escribir leyes u otros actos implementativos del Derecho comunitario cuando en la materia interesada se aplican normas comunitarias, o también cuando éstas últimas intervienen sucesivamente, imponiendo una ardua actividad de montaje en sede de *consolidation*.

El otro ejemplo es con respecto a la adhesión a la Unión de los Países bálticos, la Hungría, Polonia, República Checa y Eslovaca, Eslovenia, Rumania y Bulgaria, que se produce tres o cuatro lustros posterior al traumático cambio registrado en el decenio final del siglo. Es de cuestionarse, en relación a los problemas evocados *supra*, con particular atención al Reino Unido, si la cultura jurídica (y no solo jurídica) de estos Países consentirá una integración sin dolor o si viceversa, la persistencia de mentalidad aun no integrada al mundo europeo de hacer derecho creará algún problema ya sea en la fase *bottom-up* que en aquella *top-down* del Derecho comunitario.

En relación a las fuentes, la cepa románica, liberada por el componente ideológico que consentía considerar aquella del Derecho socialista una familia a sí permanente, solo en teoría es en grado de readquirir en periodo breve todos los rasgos que caracterizan los ordenamientos de la Europa continental del Oeste. La ideología ha permeado de hecho, no solo el

---

desordenadas y poco homogéneas en la elaboración de las estructuras de los textos normativos». Cfr. A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Giuffrè, Milano, 2001.

modo de hacer interpretación, sino también la construcción de instituciones, o el repudio de otras, sea en el Derecho público que en aquel privado. Basta pensar, por ejemplo, a la enfatización del rol de las asambleas electivas en los nombramientos de los jueces constitucionales, que en sus orígenes me parece reconocerse no solo el tentativo de recuperación del principio de superioridad del parlamento, propio del constitucionalismo francés e inglés, sino aquel de la unidad del poder estatal y el recelo frente a un poder independiente

En general, el sistema de las fuentes padece hasta hoy los efectos heredados no solo del «babel de tradiciones (y estilos)» que caracterizaban este área antes de la Revolución bolchevique, pero también el repudio de la jerarquía entre normas, subyacente a los principios del centralismo democrático y de la doble dependencia<sup>50</sup>.

En cuanto a los derechos, la visión funcional que los contra-distinguía en la época socialista ha dejado lugar, después de la caída del muro, al enfoque individualista propio de las democracias occidentales. También en este caso, se pueden evidenciar incrustaciones del *ancien régime*. La protección de la democracia en el confronto de partidos antisistema (por otra parte compartida también con democracias de más larga tradición, como aquella alemana), ¿qué es si no un critotipo resurgido de la funcionalización del ejercicio de los derechos a la conservación del ordenamiento?

En la construcción de un sistema de derechos comunes a todos los Países de la Unión, a conferir «fuerza» a la Carta europea, a transformar su valor simbólico en decisiones, de estas haciendo surgir nuevos principios comunes en un proceso circular entre cortes nacionales, Cortes de Estrasburgo y Corte europea, será por lo tanto, todavía una vez el formante cultural (un «derecho mudo»), el cual desarrolla un rol fundamental sea en la fase constructiva que en aquella de recepción. Para que los derechos sean efectivos, no es suficiente lo que proclaman las Constituciones nacionales (en teoría a menudo más garantistas que las de la postguerra), como también documentos tales como la Carta de Niza, sino también su adhesión ideológica o cultural, a aquellas tradiciones constitucionales comunes que representan el *by-pass* jurisprudencial para la efectividad del Derecho comunitario<sup>51</sup>.

Se trata de las construcciones de reglas o de su aplicación, como también del funcionamiento de las instituciones de la implementación de los derechos, los procesos de uniformación del Derecho exigen tiempos más

<sup>50</sup> Cfr. G. AJANI, *Il modello post-socialista*, 2ª ed., Giappichelli, Turín, 1999, spec. p. 51 ss.

<sup>51</sup> Desarrollo estos temas en «La codificazione dei diritti: dal formante culturale a quello normativo. Metodologia e linee per una ricerca», en G. CIMBALO, F. BOTTI (cur.), *Libertà di coscienza e diversità di appartenenza religiosa nell'Est Europa*, «Ricerche di Diritto comparato – Diritto ecclesiastico e diritti umani», Bup, Bologna, 2008, pp. 35 ss.

largos de aquellos que se encuentran en los actos de adhesión; del otro lado, una vez aprobados estos últimos, la aportación de cada ordenamiento a la edificación de un Derecho comunitario, cuando no provenga de sistemas considerados modelos, concurre a hacer cambiar el denominador común, mediante la aportación en la fase constructiva de experiencias y mentalidades hasta ayer no existentes.

## V. CONCLUSIONES

Los fenómenos de imitación y la circulación vertical son frecuentes en el Derecho comparado, también si poco estudiadas, e interesan las áreas más variadas: piénsese solo a las imitaciones, por parte de Estados miembros o de Regiones, de las formas organizativas del nivel superior, o a las formulaciones de los derechos. Casi siempre, el fenómeno se realiza con un proceso *top-down*, como por ejemplo en España o en Italia (pero también en muchos Estados federales), dónde el ordenamiento autonómico copia abundantemente por el nivel superior, al punto que la autonomía reivindicada —a menudo con pasión— se disuelve en una sebil homogeneización, debida al molde del modelo<sup>52</sup>. Algunas veces sucede lo contrario: por ejemplo, el *Bill of Rights*, contenido en las primeras diez enmiendas de la Constitución federal estadounidense, es deudor de la homologa y precedente Carta de la Virginia; o incluso, puede suceder que una solución organizativa venga experimentada a nivel local (como la forma de gobierno basada sobre la elección directa del alcalde en Italia), y después transpuesto en un nivel superior.

A nivel supraestatal, como en aquel del derecho federativo (al cual los cánones de la comparación «interna» se aplica en modo análogo), los fe-

---

<sup>52</sup> V. L. PEGORARO, S. RAGONE, «Los derechos regionales en el sistema constitucional italiano con especial referencia a su regulación estatutaria», en G. GAVARA DE CARA (ed.), *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, Bosh, Barcelona, 2010, p. 89 ss., e L. PEGORARO, G. PAVANI, *La implementación y desarrollo normativo y jurisprudencial de los derechos en el sistema regional italiano*, *ivi*, p. 121 ss. Incluso los «marcadores» del ordenamiento a veces se imitan verticalmente (ej.: la fórmula «Estado social de derecho»): v. mi «Le definizioni degli ordinamenti decentrati negli statuti delle Regioni italiane e delle Comunità Autonome», en A. REPOSO, L. PEGORARO ET. AL. (cur.), *Federalismo, decentramento e revisione costituzionale negli ordinamenti policentrici. Liber amicorum per Nino Olivetti Rason*, n. espec. de *Il diritto della regione. Il nuovo cittadino*, n. 5-6, 2009, p. 299 ss., traducción al español «Las definiciones de los ordenamientos descentralizados en los estatutos de las Regiones italianas y de las Comunità Autonome», en *Revista vasca de Administración pública*, n. 86, 2010, p. 139 ss. Señalo un fenómeno análogo a nivel local en mi *Gli statuti degli enti locali. Sistema delle fonti e problemi di attuazione*, Maggioli, Rimini, 1993, y en «La forma di governo locale negli statuti dei comuni», en *Notiziario giuridico regionale*, 1995, n. 1, p. 1 ss. y en *Regione e governo locale*, 1995, n. 7, p. 1063 ss.

nómenos imitativos son menos llamativos, por la mayor resistencia de las instituciones locales (estatales), debido a la presencia de hábitat culturales por lo general muy poco homogéneos: mientras es comprensible que la Andalucía copia de la España, o la Baviera de la Alemania, o el Véneto de la Italia, lo es menos que la Bulgaria copia del Reino Unido o de la Francia. Sin embargo, hemos constatado que las barreras están cayendo también a nivel internacional y supranacional, no solo gracias a fenómenos de imposición, o por cesiones voluntarias de soberanía (como en el caso de la Unión europea), sino por elecciones voluntarias de imitar soluciones extranjeras o, como en el caso aquí analizado, de instituciones «superiores». Normalmente, la circulación vertical se verifica en el campo jurisprudencial (además del doctrinal), visto que en el campo organizativo hay poco por imitar, y en cualquier caso deberían ser instituciones como la Unión europea o la ONU a buscar en el Derecho constitucional vigente a nivel estatal soluciones estructurales que le aseguren la eficacia (y la democracia). En jurisprudencia, por lo contrario, los impedimentos políticos a importar modelos estructurales no existen, o son menores: las cortes tienen composiciones multiculturales, y por lo tanto ya son propensas a fundir las distintas culturas jurídicas; seleccionan elementos de más partes (gracias al proceso *bottom-up* de construcción del Derecho internacional y supranacional), y redistribuyen las acciones a los socios.

La jurisprudencia inter- y supranacional ya se configura como fruto de la comparación, y también cuando las elecciones no son obligadas, en virtud de las reglas que aseguran la superioridad jerárquica del derecho internacional (o comunitario), este filtro favorece los procesos imitativos.

Traducción del italiano de  
Emanuel López Sáenz