

LUCIO PEGORARO y ANGELO RINELLA: *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, CEDAM, Padova, 2013, 223 págs.

por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. Los autores de este libro, los Profesores Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, son lo suficientemente conocidos como para que no entendamos necesario detenernos mucho en su identificación. El Prof. Pegoraro es Catedrático (*Professore Ordinario*) de Derecho público comparado en el Departamento de Ciencias políticas y sociales de la Universidad de Bolonia. Autor de numerosas publicaciones aparecidas en muchos países europeos e iberoamericanos, es una reconocida autoridad científica en muy diversos países, y desde luego también en España. El Prof. Rinella, discípulo del anterior, es asimismo Catedrático (*Professore Ordinario*) de Derecho constitucional comparado en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Roma LUMSA. La obra que ahora comentamos está lejos de ser extraña a las inquietudes científicas de sus autores; bien al contrario, como ellos mismos recuerdan en el Prefacio o Prólogo, es la tercera vez que en arco del último decenio vuelven a la temática del método del Derecho comparado y, más en particular, del Derecho constitucional comparado, lo que justifican en la consideración de que la atención a los problemas metodológicos se halla estrechamente vinculada a la calidad de los resultados científicos de la investigación, así como a la calidad del conocimiento adquirido a través del estudio. Es bastante evidente, que la confrontación entre ordenamientos constitucionales representa hoy una exigencia ineludible por parte de todo aquel que pretenda progresar en el conocimiento del Derecho constitucional, y también por quien tenga como objetivo la reforma del propio ordenamiento constitucional. El libro que abordamos se estructura en tres partes perfectamente diferenciadas, relativas al método en los estudios jurídicos comparados (parte I), a los ámbitos e instrumentos del método (parte II) y a las

aplicaciones y proyecciones del método (parte III). La obra se cierra con unas reflexiones conclusivas acerca del constitucionalismo transnacional.

II. El método en los estudios comparados es el objeto de la primera parte. Los autores comienzan haciendo una precisión conceptual no por obvia menos necesaria, pues con las palabras «Derecho constitucional comparado» se entienden con frecuencia cosas diversas. Muchos autores manifiestan su falaz convencimiento de estar haciendo una comparación tan sólo porque estudian uno o más ordenamientos de otros países separadamente, o porque encuadran una investigación sobre cualquier aspecto del Derecho constitucional nacional en un marco más amplio. Un estudio de este tipo está lejos de poder reconducirse a la categoría del Derecho constitucional comparado. De ahí que los autores se propongan con su volumen dar a ese Derecho un sentido mucho más estricto y, desde luego, técnicamente correcto. A modo de precisión preliminar a su discurso, consideran necesario recordar que las bases del moderno Derecho comparado general, sobre las que también se ha de apoyar la ciencia del Derecho constitucional comparado, fueron puestas tiempo atrás por los comparatistas del Derecho privado. A ello ha de añadirse que entre los constitucionalistas comparatistas la actual producción científica orientada al planteamiento y solución de los problemas metodológicos no está muy difundida. Refiriéndose a su país, los autores se hacen eco de la escasa atención de muchos constitucionalistas italianos por las experiencias extranjeras, o mejor, su indiferencia por el método comparado, con algunas importantes excepciones, como es natural. Esta reflexión creemos que podría proyectarse en sus mismos términos respecto de los constitucionalistas españoles.

Una de las cuestiones abordadas por nuestros autores en esta primera parte es la de los orígenes y evolución del Derecho comparado general, recordando que fue Kohler quien introdujo en el Congreso de París de 1900 la cuestión relativa a la génesis del Derecho comparado, que encuentra antecedentes tan ilustres como el de Montesquieu (1689-1755), quien su *Esprit des lois*, pero incluso antes, en sus *Lettres persanes*, mostró una particular disposición en la comparación de las leyes y de las costumbres de los pueblos. Junto a él, Hugo Grotius, Gottfried Wilhelm Leibniz y Giovanni Battista Vico podrían traerse asimismo a colación. Habrá que esperar, sin embargo, a fines del XIX para entrever las primeras investigaciones en las que se va a tomar conciencia de la no perfecta simetría entre texto legal y Derecho, y de la necesidad de indagar en el Derecho extranjero a fin de considerar la interpretación por parte de la doctrina y la aplicación jurisprudencial. Se debe a Pound la contraposición entre *law in the book*, o lo que es igual, el Derecho plasmado en los textos legislativos y doctrinales, y *law in action*, el Derecho entendido en su aplicación concreta y real.

Abordan a continuación los autores lo que consideran las dos caras del dios Jano, el dios, recordémoslo, de todo comienzo al que se invoca, antes que a ningún otro, al amanecer, y al que se dedica el primer mes (*Januarius*): el método y la ciencia. Con el dilema método/ciencia, los Profesores italianos quieren dar cuenta de un debate que en el Viejo Continente tiene orígenes antiguos. El problema, como fácilmente se percibe, es el de si la comparación es ciencia o método, si bien para los autores se trata de un problema nominal, pues optar apresuradamente por una de las dos posiciones, o bien incluso sostener que la comparación es en parte ciencia y en parte método, no contribuye a resolver los problemas teóricos, ni tampoco los prácticos. Ciertamente, existe una estrecha conexión entre el empleo de una metodología, la construcción de una ciencia y la implementación de una disciplina académica. En cualquier caso, las diver-

sas opciones en juego dependen, primero, de que se comparta uno u otro de los significados de «ciencia» y de «método», y después, de los posiciones personales sobre el rol y la «posición» de la comparación. El debate en cuestión todavía hoy sigue siendo un punto central, determinante de una gran distinción, vinculada a la relación entre medio y fin y, de resultados de ello, a la prevalencia de la finalidad teórica o práctica de la comparación. Es por lo mismo por lo que Pegoraro y Rinella consideran que la alternativa método/ciencia está lejos de ser peregrina, en cuanto que sus consecuencias son importantes, bien desde el plano de lo que es el Derecho comparado, bien desde la óptica de lo que debe ser para tener un sentido y para conocer la finalidad a la que debe servir. Lo que desde luego ha de estar claro es que ser ciencia significa tener la capacidad de usar un método para perseguir una cierta finalidad, sea teórica o práctica.

Llegados aquí, los autores van a finalizar esta parte refiriéndose a la ciencia del Derecho público comparado y a su pragmatismo metodológico. El gran problema que a su juicio presenta la autonomía científica del Derecho público comparado, y en particular del Derecho constitucional comparado, particularmente si se le compara con el Derecho privado comparado, es el de que mientras el último puede valerse de las categorías generales de la comparación forjadas desde el siglo XIX por los estudiosos de formación iusprivatista, los iuscomparatistas del Derecho público y del constitucional hacen uso de las mismas categorías y raramente han intentado franquearlas construyendo un sistema propio, peculiar, especializado. Es por lo mismo por lo que en el Derecho público comparado en general se hace referencia con frecuencia a elaboraciones de comparatistas que tienen una indiscutible matriz civilista, por lo menos en aquellos sectores de interés común: método, fuentes, familias y sistemas jurídicos, clasificaciones, macrocomparación en general. Quizá un caso aparte lo representen los constitucionalistas estadounidenses, pues, habitualmente, afrontan los problemas

metodológicos universalizando simplemente las categorías del propio constitucionalismo norteamericano, que, *a priori*, reputan válidas para todo el mundo.

III. La segunda parte de la obra está dedicada a los ámbitos e instrumentos del método. Los autores comienzan abordando el objeto del Derecho comparado, que, como es sabido, se ocupa de los elementos que componen los diversos ordenamientos jurídicos, o lo que es igual, de las normas jurídicas que de diverso modo contribuyen, utilizando los términos del relevante Profesor Boggetti, a «imprimir un cierto orden, en función de ciertos fines, a un grupo social». Acaso sea la diferencia de mentalidad, condicionada sobre todo por los criptotipos, el principal obstáculo que dificulta la comprensión a los juristas de diferente procedencia territorial.

Destacan los autores que el Derecho público comparado en general, y el constitucional comparado en particular, presentan ciertos rasgos peculiares que han de ser tenidos en cuenta. El primero de ellos es que las normas de rango constitucional expresan, la mayor parte de las veces, una opción sustantiva por parte del ordenamiento al que pertenecen; dicho de otro modo, expresan caracteres que valen para determinar la identidad de un ordenamiento. No se trata pues, de soluciones jurídicas informadas por criterios de eficiencia o eficacia, sino de soluciones que responden a una precisa escala de valores civiles y políticos. En fin, un segundo rasgo a tener en cuenta sería el de que, en el Derecho público, la comparación implica el estudio del Derecho vigente conjuntamente con el Derecho viviente (recordemos la importancia de *a living constitution*), y el conocimiento en profundidad de este último exige al comparatista adentrarse en terrenos no específicamente jurídicos.

Se adentran de inmediato los autores en lo que denominan la «teoría de los formantes jurídicos» (*teoria dei formanti giuridici*). La expresión «formantes del ordenamiento» se toma prestada de la fonética, habiendo sido utilizada por Rodolfo Sacco para indi-

car los diversos conjuntos de normas y proposiciones que, en el ámbito del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico del grupo. En los ordenamientos contemporáneos los «formantes» principales son la ley, la doctrina y la jurisprudencia, aunque, en último término, para el comparatista, los «formantes» podrían ser infinitos. Nuestros autores creen conveniente llevar a cabo una clasificación simplificada de los «formantes», al entender que la misma ha de servir mejor a las exigencias taxonómicas de los constitucionalistas comparatistas. Salvo la necesidad de recurrir a ciencias diversas, los tres «formantes» principales no absorben ningún otro, salvo la mentalidad propia de los juristas, que es un producto de lo que bien podríamos denominar un «formante cultural», que lógicamente condiciona la comprensión del Derecho vigente. Por lo demás, los principales «formantes» pueden agruparse según el rol que están llamados a desempeñar. Y desde esta óptica los autores se refieren a los «formantes activos» o «dinámicos», que acogen aquella serie de fenómenos jurídicos que producen directamente Derecho imperativo, que junto a la doctrina y a los otros «formantes explícitos» concurren a construir los ordenamientos jurídicos. En la construcción del Derecho, la doctrina contribuye a alimentar los «formantes dinámicos», pero hoy, en el mundo occidental, no produce directamente Derecho. Dos fenómenos que se pueden apreciar en relación a los «formantes» son los de la «circulación y disociación entre formantes». Por el primero (circulación) se entiende el modo a cuyo través se relacionan la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, y todos ellos a su vez con el habitat prejurídico constituido por la cultura en general y por la cultura y mentalidad jurídicas en particular. Por el segundo (disociación), se alude a aquel fenómeno por el que la norma legal, los principios y la aplicación jurisprudencial no convergen hacia un mismo resultado. Digamos finalmente que, para los autores, no cabe ignorar el que se conoce como «Derecho mudo» (*Diritto muto*), expresión con

la que se designan aquellas normas que existen y son relevantes, pero que el operador no formula, y que, incluso queriendo, no sabría formular, normas que el hombre practica sin ser plenamente consciente. El método jurídico regula el estudio de las normas jurídicas, pero no excluye que en el concepto de norma jurídica entren también normas mudas.

El dato de la comparabilidad, entendida como condición de la comparación, nace de la observación de la profunda diversidad que puede apreciarse entre los ordenamientos jurídicos. Naturalmente, las diferencias son la sal de la comparación. Sin embargo, existen tales distancias entre algunos ordenamientos que pueden frustrar los objetivos científicos de una investigación comparada. Como es evidente, la doctrina comparatística ha considerado, según una condición de comparabilidad, el dato de la homogeneidad entre los ordenamientos o entre los institutos pertenecientes a ordenamientos diversos. Un instrumento que puede ofrecer la medida de lo remunerable científicamente de una investigación comparativa viene representado por el llamado *tertium comparationis* o modelo de referencia en cualquier juicio comparativo. Su utilidad reside en el ofrecimiento al comparatista de un parámetro de referencia en base al cual puede expresar las propias valoraciones críticas en términos de la comparación, alcanzando así al juicio comparativo.

La obra se introduce a continuación en los problemas que puede plantear el lenguaje de la traducción, que atañen no sólo a la traducción propiamente dicha, sino también a las clasificaciones. Como dice Eco, dar un nombre a las cosas no es una tarea cómoda; la semántica jurídica ha demostrado que el proceso de nominalización comporta consecuencias imprevistas bien en términos de pragmática como de hermenéutica jurídica. Así, por poner un ejemplo, en la temática de la justicia constitucional, aparte ya de los innumerables problemas clasificatorios concernientes a los instrumentos procesales, una cuestión preliminar del metalenguaje de

los juristas concierne a la ciencia que la estudia, que si en Italia (*giustizia costituzionale*), en Francia (*justice constitutionnelle*) o en España (justicia constitucional) presenta una convergencia, no sucede así en América Latina, donde se habla del Derecho procesal constitucional. En lo que atañe particularmente a las clasificaciones, los autores ponen de relieve que cada vez que se propone una clasificación o una definición de los tipos que la vertebran, a los fines de una correcta comunicación, se suele acudir a dos criterios: la observación empírica, a cuyo través se puede verificar la adecuación del lenguaje utilizado, y el empleo de los usos lingüísticos, o sea, la observación del empleo que del lenguaje definitorio se ha hecho hasta ahora y de las convenciones instauradas al respecto.

A partir de los años 60 del pasado siglo, los autores constatan cómo en el lenguaje de los juristas y, sobre todo, de los filósofos del Derecho, se ha venido difundiendo el recurso al término «modelo», utilizado en referencia a diversos objetos y esferas de la investigación jurídica, término claramente extraído de las ciencias económicas y sociales. En nuestra disciplina, en líneas generales, se habla de «modelos constitucionales» para, a propósito de los ciclos constitucionales, referirse a las «constituciones líderes», esto es, las más frecuentemente tomadas como modelo a imitar. En conexión con todo ello, se asiste a un fenómeno de recepción voluntaria de ciertos modelos jurídicos, que tiene como base el deseo de apropiarse de las atribuciones de otros cuando a las mismas se les atribuye una calidad que suele identificarse como su prestigio. Nos encontramos de esta forma ante el fenómeno de la circulación de los modelos, basada en el prestigio de esos modelos que se intentan seguir. En este contexto, no ha de descartarse el fenómeno de las imitaciones nocivas, que no son sino aquellas en las que se produce una divergencia entre el modelo y el resultado de la recepción, que, por cierto, a menudo es reconducible a traducciones a traducciones erróneas.

La comparación no persigue tan sólo

funciones teóricas, sino también funciones prácticas. Como aducen Pegoraro y Rinella, si la finalidad principal del Derecho público comparado es la de organizar sistemáticamente el conocimiento en el sector que le compete, buscando analogías y diferencias, su misión no se agota en la pura investigación con fines meramente especulativos. Como en otras ramas del conocimiento humano, el resultado de la investigación puede utilizarse también a nivel práctico. Y por esta misma razón, los comparatistas suelen hablar de funciones subsidiarias o prácticas, o ulteriores a la comparación. Así, por ejemplo, los resultados de los estudios comparados son útiles en sede de elaboración legislativa. No ha de extrañar por lo mismo que en todas las Asambleas parlamentarias existan servicios de estudio especializados en el Derecho extranjero, y muchos proyectos de ley se redactan teniendo muy presentes las experiencias maduradas en otros países. Los estudios de Derecho extranjero en la jurisprudencia llevados a cabo por los estudiosos del Derecho privado insisten en la praxis de los tribunales ordinarios y en el diálogo que entre ellos se establece. Es conocido el amplio empleo de los argumentos de Derecho comparado en los tribunales de *common law*. Y es patente asimismo, que a nivel de la justicia constitucional, las sentencias constitucionales, posiblemente más que cualesquiera otras, deben posibilitar, y de hecho vienen posibilitando, una amplia circulación de los principios constitucionales y, añadiríamos por nuestra cuenta, de los avances jurisprudenciales que incorporan, principalmente en relación a la interpretación de los derechos constitucionales. Como concluyen los autores en esta parte, la circulación del Derecho comparado en las sentencias de los Tribunales Constitucionales testimonia el estrecho vínculo existente entre los «formantes» legislativo, jurisprudencial y doctrinal, y atestigua además que la ciencia de la comparación, lejos de representar un mero elegante accesorio cultural a las investigaciones de Derecho positivo y a las enseñanzas tradicionales, tiene importantes aspectos operativos y que el recurso

a su metodología es útil en una época de integración jurídica que a la par nos sitúa con frecuencia ante conflictos entre sistemas.

IV. La tercera y última parte del libro se refiere a las aplicaciones y proyecciones del método. En ella, los autores pretenden dar respuesta a la cuestión de en qué medida el perfil objetivo, esto es, la materia analizada puede influir sobre el empleo de la metodología. Dicho de otro modo: ¿es siempre indiferente desde el punto de vista de los instrumentos utilizados analizar in instituto de Derecho constitucional o uno del Derecho privado? Para dar respuesta a este interrogante, los autores comienzan refiriéndose a las «familias jurídicas», teoría elaborada por diversos comparatistas, como David, Zweigert, Kötz, Wolff y otros. Es sobradamente conocido que las dos grandes «familias jurídicas» las encontramos en los sistemas de *common law* y de *civil law*, también llamados romanistas o romano-germánicos. Para los autores, el concepto de «familia jurídica» no sirve para explicar y desenvolver toda la realidad, y en particular, no explica el modelo de la democracia liberal, transversal a las familias del *common law* y del *civil law*. Abordan a continuación la forma de Estado, que, como es sabido, evoca la relación fundamental que en el interior del Estado se establece entre autoridad y libertad, o lo que es igual, entre gobernantes y gobernados. A la vista del conjunto de principios y reglas que rigen esas relaciones los autores creen poder diferenciar el Estado democrático-plural del Estado autocrático, quedando al margen algunas formas de Estado extrañas a la tradición liberal-democrática.

La interpretación constitucional es la cuestión tratada a continuación. Si de un lado comparte con el Derecho constitucional numerosas bases teóricas y algunas técnicas, de otro, sus peculiaridades se reflejan sobre las técnicas hermenéuticas y sobre las mismas visiones de otras ramas de la ciencia jurídica. La opción entre interpretaciones «abiertas» o bien «estrictas» de la

constitución influye sobre el estudio, sobre la aplicación y sobre la interpretación de los enunciados que conciernen a cualquier sector disciplinado por las leyes o afrontado por la jurisprudencia. Para los autores, al margen ya de la mutua relación entre las aportaciones del Derecho constitucional y del Derecho en general, o de cualquiera de sus ramas, puede visualizarse una específica aportación del Derecho constitucional comparado en este ámbito, dejado bastante libre por parte de los comparatistas del Derecho privado, al poder ofrecer soluciones y propuestas propias, pero utilizables por cualquier estudioso o cuerpo institucional en sede del estudio de la interpretación o de la aplicación de la constitución.

Las fuentes del Derecho (de las que, con toda razón, se destaca el proceso de hibridación que ha tenido lugar con el paso del tiempo entre los modelos de *civil law* y de *common law*), los procesos constituyentes, los derechos fundamentales, las formas de gobierno, la organización del Estado, la descentralización territorial del poder, el principio de subsidiariedad y, en fin, la justicia constitucional, son sucesivamente objeto de consideración. Por razones obvias, nos detendremos mínimamente en esta última materia. Comienzan recordando los autores que en materia de justicia constitucional, las cosas han cambiado bastante desde que en 1968 Cappelletti propusiera su esquema clasificatorio. Asiste toda la razón a los autores cuando aducen que a la parcial metamorfosis de las clásicas categorías del control de la constitucionalidad de las leyes ha contribuido la progresiva evolución de los regímenes latinoamericanos y los cambios repentinos acaecidos en los sistemas políticos de los países europeo-orientales. No ha de extrañar por lo mismo que en los últimos tres lustros más de un autor haya repensado la clásica esquematización binaria. Anotan Pegoraro y Rinella que en cada ordenamiento conviven de ordinario diversos modos de ejercer la justicia constitucional. Cosa diferente es la mezcla de modelos («la mescolanza dei modelli»),

pudiéndose también hablar de una hibridación en los modelos de la justicia constitucional. A complicar el cuadro de la justicia constitucional en el mundo, pero también a demostrar la extraordinaria adaptabilidad a las exigencias prácticas de cada ordenamiento, concurren múltiples elementos, de los que ha de destacarse la distribución vertical del poder, subrayando los autores el estrecho vínculo que en Europa media entre justicia constitucional y descentralización. Bien puede concluirse diciendo que a partir de una idea unitaria, la exigencia del control de constitucionalidad, cada ordenamiento abre sus propios caminos, adapta los modelos, los entremezcla, utiliza más de uno... En el plano doctrinal, todo ello se ha de traducir en la exigencia de no operar simplemente mediante la aproximación o reagrupamiento de los diversos sistemas, debiendo elegirse bien los elementos determinantes de la clasificación, con particular atención a los desarrollos históricos y a la influencia de factores externos (como, por ejemplo, la resistencia del legislador o de la magistratura ordinaria a la introducción de los Tribunales Constitucionales, aunque, por nuestra parte, no vemos en absoluto que un factor de este tipo influya para nada en una clasificación de los sistemas de la justicia constitucional).

Entre las conclusiones de los autores, creemos reseñable la de que, como bien sostienen, existe hoy un diálogo entre los sistemas jurídicos que responde a exigencias concretas y que, al mismo tiempo, asegura un profundo proceso cultural. Este diálogo constitucional entre los diversos sistemas se fundamenta en la circulación de las ideas, en el hecho de compartir valores comunes, en la difusión de los modelos institucionales de gobierno y de los instrumentos de garantía constitucional. En el ámbito europeo, la intensificación de estas relaciones, entre otros diversos factores, ha conducido a una suerte de «europeización» de las teorías constitucionales, hasta el punto de poder hablarse de la configuración de un «Derecho constitucional europeo».