

COMPARACIÓN Y GLOBALIZACIÓN  
(LAS CATEGORÍAS DEL DERECHO CIVIL Y EL PARASITISMO  
METODOLÓGICO DE LOS CONSTITUCIONALISTAS  
EN EL ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO)\*

Lucio PEGORARO

Okay, but remember their point of view:  
Who are we to tell them the rules?  
Jack RYAN, en CLANCY, T., *The Bear  
and the Dragon* (Rubicon, Inc., 2000)

SUMARIO: I. *Visiones teóricas y visiones dogmáticas: la homologación meramente objetiva entre derecho constitucional y derecho constitucional comparado. Derecho constitucional extranjero y derecho comparado.* II. *Variables e invariables objetivas: factores de continuidad y discontinuidad en el objeto de investigación (lo que los comparatistas constitucionalistas deben usar, sin cambiar, y lo que tienen que adaptar).* III. *Conclusiones.*

I. VISIONES TEÓRICAS Y VISIONES DOGMÁTICAS: LA HOMOLOGACIÓN MERAMENTE OBJETIVA ENTRE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.  
DERECHO CONSTITUCIONAL EXTRANJERO Y DERECHO COMPARADO

1. *Premisa*

Muchos profesores que dan clase de derecho constitucional tienen también una preparación de derecho comparado; en muchos países, sin embargo, no hay tradición y no se enseñan las materias

\* Traducción de Sabrina Ragone.

comparadas; ello se refleja en las metodologías de estudio y en el tipo de publicaciones, que sólo nominalmente parecen obras de derecho “comparado”. Incluso en los países donde esta ciencia se practica en las universidades, a menudo quien la enseña cree que está haciendo comparación sólo porque se interesa a veces de algún sistema extranjero; pero de hecho estudia y enseña con el método y las categorías del investigador o docente de una materia “interna”. El centro de atención sigue siendo su casa, su huerta, su sistema, y la exposición del derecho extranjero le sirve para describirlo o enfocar los argumentos o, peor, para presumir de su cultura.<sup>1</sup>

Viceversa, los profesores que enseñan derecho constitucional comparado (o materias parecidas, aunque denominadas de forma diferente), *tienen* que conocer su derecho constitucional, y normalmente así es. Conocer los derechos —en primer lugar el propio— es una premisa para poder enseñar (e investigar) el derecho comparado.

Testimonian el uso amplio de las palabras “derecho público comparado”, también a nivel de docencia universitaria, los volúmenes que en España, Portugal y América Latina, al ilustrar los contenidos de los cursos, certifican el interés de docentes de

<sup>1</sup> Se encuentran ejemplos de este enfoque de la comparación entre las obras más famosas e importantes: desde la de García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, 4a. ed., Madrid, Alianza, 1984, al tratado de Arminjon, P. *et al.*, *Traité de droit comparé*, París, LGDJ, 1950-1952, 3 vols., hasta la misma *International Encyclopedia of Comparative Law*. Asimismo reflejan la misma lógica muchos congresos internacionales organizados con el esquema de las “ponencias nacionales”, y también numerosas obras publicadas en varios países, que se limitan a describir el funcionamiento de ordenamientos extranjeros, o de algunos institutos que los componen, o que de todas formas no proponen ninguna valoración metodológica, ni se proponen estudiar la aplicación o la construcción de modelos y clases, la circulación de institutos, o proponer una exposición crítica de las analogías y de las diferencias (y de sus razones), etcétera. Correctamente J. Merryman, en Merryman, J. *et al.*, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia*, Charlottesville, Michie Company, 1994, p. 1, sostiene que “Most comparative law teaching and scholarship could more accurately be called ‘foreign law’ since its principal aim is to describe foreign legal systems”. En mi opinión, esto es más cierto en los estudios de derecho constitucional que para los de derecho civil.

diversos países por los ordenamientos extranjeros, asimismo en el ámbito de enseñanzas rigurosamente denominadas “derecho constitucional”.<sup>2</sup>

Hay algo que une a aquellos que estudian su derecho constitucional y los que estudian un derecho extranjero; y hay algo que los diferencia de los que realizan estudios de derecho constitucional comparado. En los tres casos, el objeto de estudio —la Constitución— es el mismo, pero sólo en parte, porque exclusivamente para el comparatista el objeto es la comparación entre *varias* Constituciones. En las dos primeras categorías los objetivos y el método coinciden; entre las dos primeras y la tercera son diferentes los objetivos y también es diferente el método.

Sobre el primer punto —la relación entre derecho constitucional y derecho constitucional comparado—, debemos confirmar que una investigación comparada es una tarea diferente del estudio del derecho nacional. Sin embargo, siendo consciente de esta diversidad, el constitucionalista español, canadiense, mexicano o israelí no puede renunciar a tener en cuenta la comparación, al menos por dos tipos de razones.

En primer lugar, la cada vez más intensa circulación de modelos impide el estudio individual de los institutos de derecho constitucional sin tener en cuenta las influencias que provienen del exterior, así como la adquisición de visiones comunes en el ámbito legislativo, y sobre todo jurisprudencial, la cada vez mayor uniformidad del tejido normativo, la eficacia que se desprende de las convenciones internacionales (especialmente en temas de derechos), los procesos de integración, etcétera. A su vez, el estu-

<sup>2</sup> Como testimonio del amplio uso de las palabras “derecho público comparado”, también en el caso de la docencia universitaria, están los volúmenes que demuestran el interés de los docentes por los ordenamientos extranjeros tal y como refleja su contenido, y todavía más en el ámbito de los cursos rigurosamente denominados “derecho constitucional” (... o en portugués, naturalmente “direito constitucional”). Véase por ejemplo los volúmenes de Tajadura Tejada, J., *El derecho constitucional y su enseñanza*, Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2001, y de Blanco De Morais, C., “Direito constitucional II. Relatório”, *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 2001.

dio de la forma de Estado, de la forma de gobierno, del modelo de descentralización territorial, de los sistemas electorales, de la justicia constitucional, de los derechos, de la administración pública, de los servicios, etcétera, requiere encuadramientos complejos, la adscripción a una u otra clase y la valoración de las consecuencias prescriptivas que derivan de su pertenencia a las variadas tipologías reconocidas por la doctrina comparatista.

De aquí, también la exigencia para el constitucionalista de conocer las categorías de los expertos en derecho comparado y de utilizarlas instrumentalmente, pues esto es lo que ni más ni menos ha hecho desde hace tiempo con las de los historiadores, los filósofos, los expertos en ciencia política, los sociólogos, los antropólogos y los lingüistas. Incluso a sabiendas de la utilización de “otra” ciencia, y que sólo si el proceso de globalización se concluyese y permitiese la formalización de nuevas disposiciones jurídicas “globales”, estaría destinada a convertirse en “suya” (en el sentido de que solamente entonces el constitucionalista podría empezar por la investigación de la “Constitución global” para después deducir las consecuencias científicas).<sup>3</sup>

En el caso del derecho constitucional, el derecho comparado está pues obligado a asumir una función auxiliar (como viceversa el estudioso del derecho comparado está obligado a conocer los *diferentes* tipos de derechos constitucionales de los ordenamientos investigados).

A su vez el experto en el derecho constitucional nacional no debe manifestar su pretensión de ser un especialista en derecho comparado, si no lo es, sólo porque ilustre una solución ajena al ordenamiento investigado.

<sup>3</sup> Muir Watt, H., “Globalization and Comparative Law”, en Reimann, M. y Zimmermann, M. (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 179 y ss., la cual subraya el nexo entre papel de la comparación en el mundo globalizado y los esfuerzos para uniformizar empezados en el siglo XX, desde el Congreso de París (p. 581), preguntándose si la comparación será todavía posible en el mundo globalizado (pp. 583 y ss.).

En cualquiera de los casos, el enfoque cultural de los comparatistas y de los iuspublicistas o constitucionalistas “internos” es profundamente diverso: aparte de los diversos intereses que los animan, el constitucionalista y en general el iuspublicista “doméstico” mueven de ángulo dado, que interpretan con operaciones conceptuales exclusivamente internas (en efecto, su trabajo es *top-down*, no diversamente de aquel de los jueces y de los abogados), al contrario del comparatista, el cual, moviéndose por el análisis empírico, construye categorías conceptuales que le consienten clasificar e individualizar analogías y diferencias (su trabajo es entonces *bottom-up*), en ellas subsumiendo, si es oportuno, los casos concretos.

El experto en derecho comparado no puede tener la ambición de conocer *todos* los derechos nacionales. Podrá conocer algunos, además del suyo, incluso hasta el punto de conocer sus aspectos más esenciales, al igual que en el caso del derecho propio. Pero de todos modos necesitará las aportaciones de los estudiosos de los derechos nacionales, que están especializados y conocedores de las estructuras y del funcionamiento de cada ordenamiento.

Como el conjunto de ladrillos que sirven para construir una casa, todavía no son una casa, y la obra del albañil no es la del arquitecto, el comparatista tiene la necesidad de las informaciones y de las reconstrucciones de los estudiosos nacionales para construir o reconstruir su propio edificio científico. Ahora, ya que no existe *una* metodología universal en los estudios constitucionales, la dificultad para los comparatistas publicistas no es sólo apropiarse de las nociones, sino sobre todo penetrar en la *mentalidad* con la cual la doctrina sistematiza los estudios relativos a cualquier ordenamiento. Mentalidad a menudo condicionada por peculiares perspectivas filosóficas y metodológicas, y por la sensibilidad para el empleo de ciencias no jurídicas (en particular la filosofía y la sociología, pero no sólo ellas).

Con ello llegamos al segundo punto: la relación entre derecho extranjero y derecho constitucional comparado. Mientras que los metodólogos del derecho comparado se han ocupado poco de

las relaciones entre estudio del derecho interno y estudio del derecho comparado, han dedicado más atención a la relación con el derecho extranjero. Lo que todos han dicho y escrito es que hacer derecho comparado tampoco significa limitarse a describir el funcionamiento de ordenamientos extranjeros, o de específicas instituciones que los componen.<sup>4</sup>

Hay que destacar que una de las clásicas distinciones en que hacen hincapié los maestros del derecho comparado es aquella entre derecho extranjero y derecho comparado, advirtiendo que el estudio del derecho extranjero —es decir *otro*, diferente del propio ordenamiento estatal al que pertenece el autor, considerado, por lo tanto, *conocido*— constituye de por sí *el presupuesto*<sup>5</sup> de la comparación (el medio respecto al fin), pero no hay que confundirlo con él.<sup>6</sup> El examen comparado del derecho —siempre según esta opinión— sigue la fase del conocimiento del derecho extranjero (desconocido) y se concreta en la comparación con otro derecho (generalmente, el derecho del autor) con el objetivo de observar las semejanzas y las diferencias (y derivar las consecuencias).

<sup>4</sup> Sobre las premisas teóricas para el uso del derecho extranjero (en los diferentes formantes, incluido el doctrinal), véase G. Dannemann, “Comparative Law: Study of similarities or differences?”, en Reimann y Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 404 ss.

<sup>5</sup> Véase entre los escritos de Gorla, G., “Prolegomeni a una storia del diritto comparato europeo”, en Sacco, R. (coord.), *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1980, p. 284.

<sup>6</sup> La afirmación es tan frecuente en la doctrina que es sorprendente que todavía alguien opine lo contrario y confunda las dos cosas (véase por ejemplo, Gorla, G., voz: “Diritto comparato”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1964, t. XII, p. 391). En cambio, Lombardi, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 29 y ss., rechaza la condena que se hace al estudio del “derecho extranjero” porque es “presupuesto necesario” del análisis comparado, manifestando su escepticismo en orden a la ecuación *derecho extranjero = derecho desconocido*, *derecho propio = derecho conocido*. Según Lombardi, “conocer el derecho extranjero (o externo, o “desconocido todavía”) es, por tanto, comparación, porque representa la primera operación mental, esto es, la “construcción” o “reconstrucción” de uno de los términos (que pueden ser múltiples, en el tiempo y en el espacio) del cotejo”.

El estudio del derecho extranjero representa la *condición lógica* de la comparación. Pero no es comparación en sentido propio y completo.<sup>7</sup> Aquí se encuentra, por tanto, la necesidad de completar el procedimiento intelectual de la comparación, que con la reconstrucción del derecho extranjero provee el primero de una serie de pasos. Quedándose en este primer paso no se hace comparación sistemática sino mera “información comparativa”. No es de extrañar raro que dentro de los estudios de derecho nacional se aporten ejemplos tomados de ordenamientos extranjeros; incluso a veces se deja cierto espacio a la investigación sobre la experiencia jurídica extranjera. Se omite, empero, aquel procedimiento racional y sistemático que se dirige a clarificar las relaciones existentes entre los diferentes términos de la comparación.<sup>8</sup>

Las operaciones conceptuales de un constitucionalista “interno”, que estudia el sistema en el que nació y/o vive o trabaja, son las mismas de un estudioso de derecho extranjero. La mentalidad es igual, con una excepción válida para los dos: si en el estudio del derecho nacional o de uno extranjero se desea clasificarlos en categorías más amplias, se trata de una fase para hacer derecho comparado *de verdad*. De lo contrario, el único comparatista que queda no es el profesor, sino el lector, al cual se encomiendan las operaciones conceptuales de comparación. Como lo recuerda R. Sacco, la diferencia entre un estudioso de derechos extranjeros y un comparatista es la que hay entre un políglota y un lingüista:

<sup>7</sup> Al contrario, esta fase de estudio de uno de los términos de la comparación presenta obstáculos notables; piénsese en el peligro de transferir al derecho extranjero los estilos, los conceptos, las maneras o las actitudes mentales del propio derecho de origen. El ejemplo del estudio de derechos y libertades es una prueba de ello: el constitucionalista occidental aplica su criterio en la interpretación de normas y sistemas que ni siquiera han elaborado teorías de los derechos individuales.

<sup>8</sup> En otras palabras, nos encontramos en estos casos frente a una simple exposición de noticias e informaciones sobre un ordenamiento jurídico extranjero, con funciones “ornamentales” respecto al objeto principal de la investigación. Constantinesco, L.-J., *Die rechtsvergleichende Methode*, Band II, *Rechtsvergleichung*, Colonia, Carl Heymanns-Verlag, 1972, trad. italiana, *Il metodo comparativo*, Turín, Giappichelli, 2000, p. 11.

El políglota conoce muchas lenguas, pero no sabe medir las diferencias ni cuantificarlas, cosas que sí el lingüista sabe hacer. Así, el comparatista posee un conjunto de nociones y datos de diferentes ordenamientos y sabe hacer una comparación, midiendo los elementos comunes y las divergencias.<sup>9</sup>

En conclusión: si ser comparatistas significase ocuparse de un derecho extranjero, quien vive cinco kilómetros más allá de una frontera pero es profesor en una universidad a cuatro kilómetros de la frontera hacia el otro lado, sería comparatista cuando está, por ejemplo, en Suiza y estudia Italia, y en Italia cuando estudia Suiza. Pero no lo sería si estudia Suiza en Suiza o Italia en Italia. Con un euro de gasolina o un breve recorrido en bicicleta, obtendría el carné de “comparatista”.

## 2. *La cuestión ciencia/método y su relación con los fines perseguidos (¿comparar por comparar, o usar la comparación para estudiar el derecho nacional?)*

El dilema método/ciencia en Europa tiene raíces profundas, y por ello en el viejo continente se va disipando,<sup>10</sup> mientras que es casi ignorado en el debate ibérico e iberoamericano. La doctrina española, portuguesa y latinoamericana casi nunca se plantea el problema de la naturaleza científica y/o metodológica del derecho comparado, ni son frecuentes y sistemáticos los estudios sobre temas típicos de los comparatistas, pero empiezan a manifestarse

<sup>9</sup> Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, 5a. ed., Turín, UTET, 1992, en el “Trattato di diritto comparato” dirigido por él, p. 17, nota 34.

<sup>10</sup> A lo mejor (excluidas algunas corrientes americanas) la crítica más dura a los intereses metodológicos es la de Radbruch, G., *Einführung in die Rechtswissenschaft* (1910), 9a. ed., al cuidado de Zweigert, K. y Köhler, K. F., Stuttgart, 1952 (ahora en *id.*, *Gesamtausgabe*, al cuidado de Kaufmann, A., Bd. 2, Heidelberg, Müller, 1993), que en su cita de la versión inglesa del manual de Zweigert, K. y Kötz, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Tübingen, Mohr Siebeck (1971, pp. 32 y ss.), *An Introduction to Comparative Law*, 3a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998 (pp. 27 y ss.), dice esto: “sciences wich have to busy themselves with their own methodology are sick sciences”.



vivaces curiosidades metodológicas.<sup>11</sup> España y Portugal, y por su influjo (un poco menos) América Latina, por lo tanto son ejemplo de lejanía cultural respecto de la comparación.<sup>12</sup> Un caso especial son los Estados Unidos, por razones que voy a afrontar a continuación.

Queda abierta, para todos, la cuestión de qué es el derecho *constitucional* comparado. De la respuesta dependen algunas consecuencias, teóricas pero también prácticas.

En otros ensayos he hablado del *método* analítico aplicado a la comparación.<sup>13</sup> El método analítico es el método usado por la corriente (o ciencia) llamada filosofía (del derecho) analítica, caracterizada por aquel método. Éste puede emplearse en otras ciencias que estudian derechos positivos, o en la teoría general del derecho. Por ejemplo, se puede estudiar el derecho constitucional interno (por ejemplo mexicano, colombiano, peruano...) utilizando las herramientas del método analítico (análisis del lenguaje,

<sup>11</sup> La falta de intereses metodológicos se acompaña a la inexistencia de cátedras universitarias *ad hoc*, aunque no se puede determinar cuál es la causa y cuál el efecto. Ello no significa que, tanto en la península ibérica como en América, no trabajen muchos estudiosos que conocen bien la metodología comparada y la apliquen en obras de elevado valor científico. Pero una cosa es la *investigación* sobre los problemas, y otra la aplicación de la solución a temas concretos. Como excepciones señalo en España la fundación de la *Revista General de Derecho Público Comparado*, revista electrónica (Madrid, desde 2007), cuyo manifiesto propone la profundización en temas metodológicos y que ya ha dedicado varios números a temas como los modelos, las imitaciones, las traducciones; en México, por ejemplo, la reciente *Revista Isotimia* (México) contiene a menudo estudios metodológicos (y trabajos de teoría general), añadiéndose al glorioso *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (que afronta sobre todo temas sustanciales), y se implementan los estudios comparados según el impulso del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y también de la Universidad Autónoma de Nuevo León, la de Tepic, Nayarit y otras.

<sup>12</sup> Incluso Europa del Este ha (re)descubierto y cultivado una ciencia/método/materia que sigue viva en el resto de Europa (y en buena parte del mundo: se puede pensar en el hallazgo de las comunes raíces romanas por parte de los chinos, con la institución de escuelas, cursos, publicaciones, seminarios, etcétera).

<sup>13</sup> Véase mi libro *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Querétaro, Fundap, 2011, pp. 25 y ss., y Bogotá, Ed. Universidad Libre, 2012, pp. 21 y ss.

exposición sistemática de los términos, explicación de los significados de la Constitución abstracta y en la praxis, aclaración de las connotaciones de valor, etcétera). El método analítico es conocido en materias no jurídicas también (como la siquiatria). Ciencias y método no se confunden; el hecho de que la filosofía analítica use el método analítico no la transforma en un mero método de hacer filosofía.<sup>14</sup>

Se habla de “método deductivo” o “método inductivo”, aunque no existe una ciencia exclusiva reconocida como tal, correspondiente a alguno de los dos métodos. Éstos se pueden usar alternativamente para estudiar varios fenómenos de las ciencias humanas o de la naturaleza (aunque, para las mismas, es prevalente el método inductivo).

Finalmente, en el derecho comparado se pueden usar metodologías “cuantitativas” de medición, aplicando las propuestas de la psicología y de la física de Hempel y Carnap,<sup>15</sup> que han incluido los conceptos comparativos entre los clasificatorios (de origen aristotélico), y los cuantitativos (típicos de la física de Galileo), distinguiendo los tipos de informaciones ofrecidas.<sup>16</sup> Como lo recuerda Gambaro,<sup>17</sup> el último tipo de mensaje proporciona más

<sup>14</sup> El método estadístico también es propio de la ciencia llamada “Estadística”, pero este método, a) como el analítico, puede ser uno de los métodos de estudio usados en otras ciencias (por ejemplo la ciencia política cuando estudia las elecciones; al revés, se pueden estudiar las elecciones usando alternativamente un método histórico, jurídico, politológico o estadístico); b) puede articularse en diferentes metodologías en relación con las muestras, los sondeos, la selección de la población, la construcción de clases, la evaluación de los resultados, las previsiones, etcétera.

<sup>15</sup> Hempel, C. G., *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago, University of Chicago Press, 1952 (en *International Encyclopedia of Unified Science*, vol. II, núm. 7); Carnap, R., *Logical Foundations of the Unity of Science*, *ibid.*, vol. I, núm. 1; *id.*, *Philosophical Foundation of Physics*, Nueva York, Basic Books, 1966.

<sup>16</sup> Ejemplo de tipología clasificatoria: el Everest, la Verónica y el Monte Blanco son grandes montañas; tipología comparativa: el Everest es más alto que la Verónica y el Monte Blanco; tipología cuantitativa: el Everest tiene 8,848 metros, la Verónica 5,750, el Monte Blanco 4,810.

<sup>17</sup> Gambaro, A., “Misurare il diritto”, en Antonioli, L. *et al.* (eds.), *Le nuove frontiere della comparazione*, Trento, Ed. Università degli Studi di Trento,

informaciones, permitiendo la comparación y eliminando las incertidumbres del primer mensaje. Existen muchas dificultades en la aplicación de medidas cuantitativas en el derecho comparado, debido sobre todo a problemas lingüísticos y “criptotipos” difíciles (o del todo imposibles) de cuantificar. En algunos ámbitos, sin embargo, esta metodología se puede usar o unir a otros métodos de investigación: por ejemplo, se puede “medir” la influencia de las universidades del mundo sobre los procesos decisorios de nivel constitucional analizando las citas de doctrina por parte de los tribunales constitucionales.

Una primera consecuencia es: el método comparativo no excluye que se le añada o superponga la aplicación de otros, con procedimientos en cadena y en un abanico de opciones variables según los elementos a revalorizar. Por ejemplo, método comparado, *functional approach*, análisis, empirismo e historicismo pueden utilizarse conjuntamente en una investigación sobre los derechos fundamentales, que parangone las soluciones normativas de diferentes ordenamientos (comparación), en relación con los bienes protegidos (función), según el análisis de las fórmulas textuales de las Constituciones (análisis), desarrolladas por la legislación e interpretadas por la jurisprudencia, incluso en perspectiva diacrónica (empirismo/historicismo).

Una cosa es el método comparado, otra son los *instrumentos metodológicos* que usan las investigaciones comparadas.<sup>18</sup>

Sigue habiendo cierta confusión sobre el método.

Los autores estadounidenses todavía evitan los problemas teóricos, centrándose en los aspectos prácticos. No hay ningún debate definitorio (¿ciencia o método?) e incluso la ausencia de méto-

2012, pp. 3 y ss., especialmente 6 y ss. Sobre el tema véase el número 2/2012 del *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, dedicado a “Misurare il diritto”, pp. 7-352.

<sup>18</sup> Véase el listado de métodos usados a lo largo de más de cien años en Reimann, R., “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 50, 2002, especialmente pp. 671 y ss.

do se presenta a veces con jactancia,<sup>19</sup> mientras que es muy vivo el debate sobre la utilidad práctica del comparar, con implicaciones importantes (a nivel de Cortes y docencia), a menudo con relación al excepcionalismo y al originalismo, pero también con reflejos vulgares y humillantes (comparar no hace ganar dinero; en particular, no daría ganancias en la abogacía y —¡nada menos!— los estudiantes no comprarían los libros).<sup>20</sup> Esto explica la preferencia por el derecho internacional en las universidades, materia mucho más fructífera.<sup>21</sup> A pesar de los aportes a la comparación de insignes constitucionalistas, sobre todo entre 1945 y 1972 (Herbert Wechsler, Grant Gilmore, Felix Frankfurter, Erwin Griswold, Kenneth Karst, Mark Tushnet), pero también en la fase posterior de declive de la comparación (con Jesse Choper, Bruce Ackerman, Ronald Dworkin, John Hart Ely, Owen Fiss, Frank Michelman, Laurence Tribe), las definiciones, cuando se encuentran, son aproximadas.<sup>22</sup> “Comparative Law” sería, finalmente,

<sup>19</sup> Véase Smorto, G., “La comparazione giuridica negli Stati Uniti d’America. Spunti per una riflessione”, en Antonioli, L. *et al.* (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, *cit.*, pp. 339 y ss. Se pregunta (llegando a una respuesta sustancialmente negativa) si la “infección de la enfermedad metodológica” es peligrosa, Jansen, N., “Comparative Law and Comparative Knowledge”, en Reimann y Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, *cit.*, p. 308.

<sup>20</sup> Fontana, D., “The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era”, *The Yale Journal Of International Law*, núm. 36, 2011, pp. 14 y ss., 23 y ss., y 51. Esta visión miope, también desde el punto de vista “económico” y los argumentos meramente utilitarios, críticamente recopilados por Fontana, son los mismos de Markesinis, B., *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2003, trad. italiana, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 73, 85 y *passim*.

<sup>21</sup> Además de Fontana, véase Smorto, G., “La comparazione giuridica negli Stati Uniti d’America. Spunti per una riflessione”, *cit.* pp. 336 y ss.

<sup>22</sup> “I define [comparative constitutional law] as the study of the domestic constitutional law of other countries”; oppure, “comparative constitutional law might be relevant to scholars because it can... also be a form of «social science on the cheap»”, Fontana, D., “The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era”, *cit.*, pp. 4 y 39.

una etiqueta general para definir los estudios que, usando métodos variados, “se ocupan en cualquier forma de derecho extranjero”.<sup>23</sup>

Como lo evidencian las impostaciones del inicio del siglo XX, en las que prevalecía la idea del “servicio” para la legislación, y la evolución de la materia en los Estados Unidos (donde su declive se debe a sus escasos efectos económicos), el debate sobre la relación ciencia/método es todavía determinante y exclusivo de una grande distinción, conectada con la relación medio/fin, y en consecuencia la prevalencia de los fines teóricos o prácticos de la comparación.

Esta distinción, que afecta el mismo sentido de la comparación y la forma de hacerla, se conecta: a) a las raíces históricas de la materia, y a la misma construcción de una ciencia y/o un método de la comparación; b) a la predisposición de instrumentos metodológicos comunes a diferentes ramas de la ciencia jurídica y a la búsqueda de especialidades y subdivisiones; c) a la introducción, construcción y articulación de materias universitarias autónomas (y/o, de forma consecuente, a la enseñanza de metodologías comparativas); d) a la utilización práctica de la comparación, para la unificación del derecho, la interpretación judicial, la codificación.

Por lo tanto, hay que aclarar que:

a) existe una correspondencia biunívoca entre *nomen* (ciencia) y finalidades de la comparación.<sup>24</sup> Si el fin de la comparación es el conocimiento, o mejor dicho la creación de un sistema de conocimientos, y sus herramientas están reconocidas por el mundo científico, se trata de una ciencia. Si, al contrario, partimos del

<sup>23</sup> Gerber, D. J., “Method, Community & Comparative Law: an Encounter with Complexity Science”, *Roger Williams Un. Law Review*, núm. 16, 2011, p. 199, y Smorto, G., *La comparazione giuridica negli Stati Uniti d’America*, cit., p. 338.

<sup>24</sup> Sobre las finalidades de la comparación la literatura es inmensa: sintética y claramente véase Gambaro, A. *et al.*, voz “Comparazione”, *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, III, Turín, UTET, 1988, pp. 48 y ss. Insiste sobre la necesidad de un objeto de conocimiento para el derecho comparado, Reimann, R., “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century”, *cit.*, p. 697.

dato que se trata de una ciencia (es decir, damos por hecho el reconocimiento de la comparación como ciencia), no se puede no perseguir dichos fines, y pasan a segundo plano las aplicaciones prácticas (desde el punto de vista doctrinal, entender mejor el derecho nacional; desde el legislativo, legislar mejor; desde el jurisprudencial, interpretar de forma no “originalista” con mayor apertura, etcétera).

Son evidentes los reflejos sobre un formante específico: la doctrina. Quien estudia el derecho comparado como ciencia, cuando ha seleccionado y ordenado el material, tiene los objetivos de encontrar qué divide y qué une, con relación a un objeto —el derecho, o el derecho civil, o el derecho constitucional, etcétera—, de crear clases y categorías, de edificar modelos, de analizar su funcionamiento, si son exportables o importables, por qué, etcétera. Quien usa la comparación como método emplea la confrontación para dar juicios valorativos sobre su ordenamiento (o sobre otro); pero aunque su objetivo no es la comparación, es un comparatista, pues usa el método comparativo.<sup>25</sup> Se queda al margen quien estudia sólo los derechos extranjeros (o, peor, un solo derecho extranjero), meramente parangonándolos entre ellos (o con el suyo), y dejando a los *verdaderos* comparatistas el papel de deducir los resultados de las noticias/crónicas/reconstrucciones expuestas (de derecho interno). Naturalmente, en ambos casos, el estudio del derecho extranjero es la premisa de la comparación, y si no es autorreferencial se incluye entre los estudios comparados.

b) Existe un método comparativo para desarrollar varias ciencias (jurídicas y no jurídicas, desde la anatomía a la ciencia política o el derecho penal). Este método se pone al servicio de otras ciencias, no representando la comparación un objetivo, sino un medio para entender mejor el objeto de la ciencia afectada. Como

<sup>25</sup> *Contra*, en el sentido de negar que el derecho comparado sea una ciencia autónoma si tiene un papel sirviente, Constantinesco, L.-J., *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 197.

método, la comparación puede transformarse siempre en ciencia, cuando el fin no es instrumental sino directo.<sup>26</sup>

c) La comparación puede servir para actividades concretas: la legislación, la interpretación judicial, la actividad internacional para crear bases comunes. Para que sea útil, es necesario que antes se haga un estudio preliminar mediante las operaciones conceptuales típicas de una ciencia. Al legislador europeo no le sirve de mucho saber que en los Estados Unidos los jueces son elegidos directamente, y el sistema parece funcionar o por lo menos no es contestado. Hay que explicarle cuáles son las condiciones para que en Europa este sistema pueda ser útil para mejorar la justicia. Al juez no le ayuda mucho saber que el *national interest* es interpretado en una forma en la jurisprudencia americana, o que el *Bundesverfassungsgericht* aplica el principio de proporcionalidad y cómo, si no se aclaran los contextos lingüísticos y extralingüísticos de aplicación de estas expresiones y los conceptos que son sus bases (incluidos los sociológicos, económicos, culturales). A los diplomáticos que elaboran un tratado internacional o a los funcionarios que crean un derecho común (europeo, andino, americano...) no les sirve sólo conocer los derechos, sino profundizar en lo que se puede compartir, lo que es irrenunciable (a lo mejor usando también elementos que proporcionan otras ciencias, como la política, la economía, la historia, la sociología, etcétera).

La alternativa método/ciencia no es tan descabellada. Las consecuencias son importantes, tanto desde el punto de vista de lo que *es* el derecho comparado (y el derecho constitucional y el derecho constitucional comparado), como desde el punto de vista de lo que *debe ser* para tener sentido y saber para qué sirve. Ser ciencia no corresponde a ganar un premio. Significa tener la capacidad de usar un método para perseguir algunas finalidades

<sup>26</sup> Comparar el hígado de un cerdo con el de un mono (y luego con el humano) para evaluar la posibilidad de un trasplante en una persona puede ser instrumental para un cirujano; puede ser el objetivo de una materia en la Facultad de Veterinaria, sin que ello implique que en las facultades de medicina no se usen los hallazgos de la veterinaria. Lo mismo vale para cualquier otra materia.

teóricas y prácticas, organizando la materia e individualizando los fines de esta actividad.

### 3. *La comparación constitucionalista y los problemas en común con otras ciencias*

La idea —planteada por Rabel y otros— que la comparación misma es una ciencia general no ha tenido mucho éxito. Se trataría, si fuera así, de una ciencia metodológica, es decir, una ciencia que estudia la forma de estudiar los fenómenos del mundo: no sólo el derecho, sino también otras manifestaciones sociales y los hechos naturales. En efecto, nada impide fundamentar de forma científica el metadiscurso sobre la comparación, elaborando y ordenando las operaciones necesarias para cualquier investigación, individualizando los fines, estudiando las conexiones instrumentales, los límites, las aplicaciones prácticas, etcétera.<sup>27</sup>

El hecho es que, si es correcta mi premisa —que tendría que considerarse “ciencia” sólo aquella que así es considerada generalmente y así se ha consolidado— no hay evidencia del reconocimiento de una “ciencia de la comparación” que abarque todas las áreas. Ni siquiera cursos de este tipo se dan en las universidades (aunque existen *sub*-divisiones, como “metodología de las ciencias sociales”).

Ello no implica que la comparación (en cuanto método, seguramente, pero también como ciencia) no comporte actividades y mentalidades y no plantee problemas comunes en todas las materias.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Rabel, E., *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, München, M. Hueber, 1925, pp. 3 y ss., y 82 y ss. Sobre las posiciones aún más determinadas de Rothacker, Ficker, Gutzwiller, véase la reseña de Constantinesco, *Introduzione al diritto comparato*, *cit.*, pp. 212 y ss.

<sup>28</sup> “Most comparative disciplines face problems similar to those of comparative law”, Jansen, N., “Comparative Law and Comparative Knowledge”, *cit.*, p. 309.



Por ejemplo, no solamente los juristas comparatistas, sino también los lingüistas, los economistas, los sociólogos, los politólogos, los botánicos, los zoólogos, los entomólogos se enfrentan en primer lugar al conocimiento de los diferentes objetos de estudio; posteriormente, individualizado un *comparandum*, tienen que darles un nombre y clasificarlos según caracteres predeterminados; eventualmente tienen que prever su evolución, imaginar hibridaciones, analizar las consecuencias prácticas... Obviamente hay diferencias entre las ciencias naturales y las ciencias sociales: los objetos de estudio de las primeras no son una variable de decisiones humanas; las ciencias naturales son bastante más estáticas (pero no “inmóviles”: hasta los minerales cambian en el tiempo, pero más lentamente que la economía, la sociedad o el derecho), y ello influye en la construcción de las clasificaciones (actividad típica de todos los comparatistas).<sup>29</sup> Las traducciones sufren factores subjetivos, etcétera. Aunque claramente existen diferencias entre comparar fenómenos de la naturaleza y fenómenos sociales, buena parte de las operaciones conceptuales de los comparatistas se basan en exigencias, finalidades, métodos que tienen bases comunes. Efectivamente es diferente la comparación de hechos económicos, políticos o sociales, de la de hechos jurídicos, pero de nuevo en un contexto amplio de intereses, objetos y métodos compartidos.

No se puede profundizar en estos temas aquí; es más importante centrarse en otro aspecto, más reducido: ¿qué relación existe entre el derecho comparado (general) y el derecho constitucional comparado?

<sup>29</sup> Sobre la estaticidad “natural” de las clasificaciones (eventualmente, de familias y tradiciones jurídicas), véase Glenn, H. P., “Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions”, en Reimann y Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., pp. 426 y ss.; sobre todo del mismo autor, *Legal Traditions of the World*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2004.

#### 4. *Comparación constitucionalista vs. comparación jurídica*

Los temas controvertidos de la comparación en ámbito jurídico —los que se acaban de mencionar— se presentan en otras ciencias también. Sin embargo, el derecho tiene su propio método —el método jurídico— y tiene un objeto privilegiado en sus investigaciones: las normas jurídicas.

Aquí deseamos evidenciar en particular el aspecto conectado con las divisiones del derecho según su “objeto”. Esto sirve para responder a las preguntas: ¿existe un método jurídico-comparado general, que se pueda usar en cualquier ciencia jurídica? ¿O algunas áreas necesitan métodos específicos? ¿Los métodos de investigación son verdaderamente diferentes entre el derecho privado y el derecho público, que constituyen la gran dicotomía “occidental” (en sentido amplio) comúnmente aceptada y no siempre fundada en perspectiva sincrónica? ¿Y finalmente, a qué nivel de estudio puede hablarse de “ciencia” y en nuestro caso, de “ciencia” del derecho *constitucional* comparado? En el fondo hay siempre una cuestión: mientras que en todo el mundo existen normas para los particulares, independientemente de sus contenidos, el derecho constitucional parece característico sólo de los ordenamientos que reflejan el constitucionalismo occidental, siendo geográfica y culturalmente más limitado. Las interrogantes y las reflexiones surgen porque, como se ha dicho, las bases de la ciencia y del método comparativo fueron elaboradas (y siguen siendo cultivadas) sobre todo por privatistas, con resultados aplicables también al derecho comparado general.

La “gran división” entre derecho civil y derecho público durante mucho tiempo no ha sido universalmente aceptada y compartida, incluso en occidente. Sin mencionar algunos sistemas lejanos de la moderna cultura jurídica liberal-demócrata, es sabido que Inglaterra y los ordenamientos de *common law* no han desarrollado esta dicotomía, por lo menos en la normativa y la jurispruden-

cia, a pesar de las aperturas doctrinales<sup>30</sup> y de algunas reformas legislativas desde finales del siglo XIX. En Francia ocurre lo contrario: la construcción y las relaciones de los “formantes activos” se basan en la división público-privado, se reconoce una ciencia del derecho público, y por lo menos un sector de esta área, el derecho constitucional, se ha independizado hasta tiempos recientes, mezclándose con otras materias, como la ciencia política o las “instituciones políticas”. Los alemanes, edificando el derecho privado sobre los fundamentos de la pandectística, coherentemente elaboran las grandes teorías jurídicas del derecho público y construyen así el Estado.

En cada división se encuentran diferentes materias especializadas, que a nivel comparado no coinciden: Francia tiene un *Code de Commerce* distinto del *Code Civil*, mientras que en Italia no es así, pero en ambos países los cursos en la Universidad suelen ser dos diferentes. El derecho de familia puede formar parte de la asignatura de derecho privado o ser autónomo. En los países anglosajones, el *trust* es materia de cursos y jurisprudencia, pero no de la legislación (o muy poco). En la otra vertiente —la del derecho público— se desarrollan áreas paralelas a sectores normativos e incluso tribunales especializados por materia, en el derecho constitucional, administrativo y luego parlamentario, hasta llegar al derecho “federal”, a los “derechos humanos” (o “fundamentales”), etcétera.

Existen además sectores “objetivos” (de legislación y jurisprudencia) híbridos, que lo son también en las materias que los

<sup>30</sup> Wade por ejemplo habla de “Administrative Law” (Wade, H. W. R. y Forsyth, C., *Administrative Law*, 9a. ed., Oxford, Clarendon Press, 2004, y Bell, J. S., “Comparative Administrative Law”, en Reimann y Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., pp. 1259 y ss.); Leyland —entre otros— habla de “Public Law” (Leyland, P. y Anthony, G., *Textbook on Administrative Law*, 6a. ed., Nueva York, Oxford Un. Press, 2009) y otros de *Constitutional Law*. La dicotomía va difuminándose —lo observa Muir Watt, H., “Globalization and Comparative Law”, cit., p. 591— también por el diferente papel del Estado regulador y “the correlative transformation of the function of the law of property, contracts, or torts, henceforth deeply involved in the management of the complex, the massive, and the prospective”.

estudian: el derecho del trabajo, del arbitraje, de la competencia, de las telecomunicaciones, etcétera; el mismo derecho administrativo presenta en muchos países elementos de superposición. A veces sectores colaterales nacen en el cruce entre materias jurídicas y no jurídicas (como el análisis económico del derecho)<sup>31</sup> o en el cruce entre diferentes materias jurídicas (como el derecho procesal constitucional),<sup>32</sup> más a menudo, como se ha dicho, se trata de especializaciones de una única disciplina. No siempre en

<sup>31</sup> Véase la historia de sus fundamentos epistemológicos, por ejemplo, en Riles, A., “Comparative Law and Economic Analysis of Law”, en Reimann y Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., pp. 837 y ss., que se fija en la naturaleza de materia autónoma y en su carácter “sirviente” al derecho comparado (y otras ciencias).

<sup>32</sup> Sobre su génesis y desarrollo, Fix-Zamudio, H., “Aproximación al derecho procesal constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 3, 1999, p. 89; *id.*, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Querétaro, Fundap, 2002; García Belaunde, D., *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Lima, Grijley, 2000; *id.*, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Themis, 2001; *id.*, “El derecho procesal constitucional: un concepto problemático”, *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales*, núm. 4, 2004, pp. 133 y ss.; *id.*, “El derecho procesal constitucional y su configuración jurídica”, *ivi*, núm. 2, 2004, pp. 45 y ss.; Hernández Valle, R., *Derecho procesal constitucional*, San José, Ed. Uricentro, 2001; Quiroga León, A., “El derecho procesal constitucional peruano”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 471 y ss.; Landa Arroyo, C., *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra, 2003; Ferrer Mac-Gregor, E., *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, trad. italiana: *Diritto processuale costituzionale. L'origine scientifica (1928-1956)*, Bolonia, BUP, 2010, y variados trabajos recogidos en el vol. I, cap. I de la colección en 4 volúmenes, coordinada por Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, cap. I, pp. 3 y ss., y en Palomino Manchego, J. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a D. García Belaunde*, Lima, Grijley, 2005, 2 vols.; Rey Cantor, E., *Introducción al derecho procesal constitucional. Control de constitucionalidad y legalidad*, Cali, Universidad Libre de Cali, 1994; Eto Cruz, G., *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, 4a. ed., Lima, Adrus, 2011; Velandia Canosa, E. A. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, VC Ed., 2011, 2 vols. En la doctrina argentina, Sagüés, N. P., “El desarrollo del derecho procesal constitucional: logros y obstáculos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, 2004, pp. 179 y ss.

este caso puede hablarse de métodos especiales y de ciencias en sentido estricto. Método y objetivos siguen siendo los de la “ciencia-madre”, diversamente de los otros dos, donde el fin no es profundizar en un sector, sino crear nuevos sectores de conocimiento, empleando incluso métodos peculiares.

La idea común es y sigue siendo en todas partes que, desde el punto de vista objetivo, derecho privado interno y derecho público interno son cosas distintas: la formación de los juristas es diferente, por lo menos en parte, y diferentes son los intereses y el ámbito de investigación. Las divisiones de la ciencia jurídica tienen que ver con su objeto (y sólo en consecuencia el uso de métodos específicos).

¿Pero qué se puede decir cuando, en relación con diferentes objetos de estudio y ramas jurídicas distintas, se va a comparar? En otras palabras: ¿el objeto de la comparación implica, y si es así cuándo, métodos particulares? ¿Y la mera diversidad de objeto implica la existencia de ciencias jurídicas comparadas diferentes?

Depende.

Para los investigadores nacionales de las diferentes áreas del ordenamiento interno (público, privado, y también penal, procesal, administrativo), en las operaciones conceptuales y metodológicas a veces hay divergencias tan profundas que justifican la existencia de metodologías diferentes y de ciencias diferentes (el derecho privado como ciencia, el derecho público como ciencia, etcétera): el objeto distinto de investigación puede exigir la creación de diferentes sistemas epistemológicos, modos de estudio, organización de la materia y del trabajo, lo cual puede llevar a la autonomía.

Sin embargo, cuando se estudian los mismos ámbitos usando la comparación, ¿se pueden construir métodos y afirmar la existencia de ciencias diferentes con referencia al derecho privado comparado y al derecho público comparado? ¿El uso de la comparación sobre objetos diferentes comporta variantes metodológicas, y puede llevar a la afirmación de ciencias diferentes (el derecho privado comparado, el derecho público comparado)? ¿Cuándo in-

cide la diversidad del método y del objeto, para sostener la autonomía científica de las materias comparadas?

No es una casualidad que se hable de “método comparativo” y de “ciencia comparada”, y que esta terminología haya entrado en el uso corriente de los estudiosos, haya sido reconocida como “metodología” propia y (aunque no de forma unánime) como ciencia. No es frecuente, al contrario, que se haga hincapié en las cualidades de ciencia de las diferentes ramas del derecho comparado (mientras que algunos estudiosos evidencian las peculiaridades metodológicas).

El problema de una autonomía científica (además de metodológica) del derecho público comparado, y en particular del derecho constitucional comparado, es el siguiente: quien estudia el derecho privado comparado puede usar las categorías *generales* de la comparación forjadas desde el siglo XIX por los privatistas y entonces está en su elemento, los comparatistas de derecho público y constitucional usan las mismas categorías, y raramente han intentado liberarse de ellas construyendo una sistematología propia, peculiar, especializada, aunque dentro de un método y una ciencia jurídica general de la comparación.

Los que han empezado a estudiar en perspectiva comparada fueron los privatistas, cuyo interés surgió también debido a las exigencias prácticas del comercio. Los publicistas, al contrario, sobre todo los alemanes, fundaron dogmáticas y teorías generales (no comparadas), y los constitucionalistas a menudo sufrieron el universalismo eurocéntrico, el neousnaturalismo y se basaron en otras reconstrucciones absolutas, axiológicamente preconfeccionadas (como el neoconstitucionalismo), que tienen poco que ver con la comparación.<sup>33</sup>

Tenemos delante una sinécdoque, a la inclusión de lo particular en lo general: al menos como lo conciben —y no están del todo

<sup>33</sup> Denuncia el eurocentrismo de los estudios comparados (a pesar de su eclecticismo metodológico) Muir Watt, H., “Globalization and Comparative Law”, *cit.*, p. 583.

equivocados— los estudiosos privatistas, el derecho comparado general *es* el derecho privado comparado.

Hay razones históricas. El derecho comparado como ciencia moderna nace en el siglo XIX-XX, cuando todavía no existía una ciencia (y sólo pocos cursos) de derecho constitucional, y el derecho público manifestaba intereses comparados muy limitados.

### *5. El uso de las categorías del derecho privado y el parasitismo metodológico en el derecho constitucional comparado*

Las bases del moderno derecho comparado “general”, sobre las cuales se basan también las investigaciones y en definitiva la ciencia del derecho *público* comparado, han sido desarrolladas por los privatistas-comparatistas. No siempre hay concordancia en las definiciones de la disciplina. A menudo se habla en general de derecho comparado sin adjetivos, o especialmente se sitúa la macro comparación de matriz privatística dentro del derecho privado comparado, justamente por las razones aquí mencionadas. Personalmente, tendería a incluir aquella área de la comparación, además de los estudios metodológicos, en la esfera de un derecho comparado *tout-court*, que aquí he preferido definir “general”, para distinguir este tipo de la comparación privatística centrada en problemas de la disciplina del derecho civil, y que asume como objeto no la metodología u otros problemas teóricos, sino más bien los institutos civilistas/privatistas.<sup>34</sup> La profundización en el derecho privado comparado en sentido estricto es instrumental a investigaciones más particulares y específicas de las materias civiles: contratos, *torts*, responsabilidad, familia, etcétera. Desde esta perspectiva más restringida, las interacciones del derecho privado comparado con el derecho público no son mayores de las que existen entre otras disciplinas jurídicas. Siendo diverso el objeto de investigación, la utilidad de estos estudios para el

<sup>34</sup> Se explica por tanto que Constantinesco, L.-J., *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 185, afirme que el derecho comparado tienda a ser confundido, más allá que con otras disciplina, con el “derecho civil comparado”.

publicista se manifiesta sólo cuando un perfil privatístico presenta alguna interferencia con el derecho público (constitucional o administrativo) y ni siquiera siempre en tales casos (si no se trata de objetivos de cultural general).

La razón del equívoco reside en el hecho que justamente los privatistas-comparatistas han evocado el problema de la metodología comparatista; ellos, por lo más, han puesto las bases de las clasificaciones en familias de varios ordenamientos; son los privatistas quienes han prevalentemente estudiado las fuentes del derecho en óptica macro; ellos aún hoy continúan cultivando —en Francia como en Alemania, el Reino Unido o Italia— estudios libres de la subordinación respecto de los respectivos derechos nacionales, o no instrumentalizados al conocimiento del derecho originario.

Entre los comparatistas publicistas y los constitucionalistas, la producción científica orientada a la posición y solución de problemas metodológicos y teóricos es escasa; en los mismos cursos universitarios —enseña la experiencia— muy pocos docentes anteponen a la enseñanza de temas sustanciales aquellos indispensables soportes metodológicos que constituyen la misma razón de ser de la comparación jurídica; las exposiciones generales ilustradas, entre los privatistas, por trabajos monumentales, cuales tratados o manuales de Sacco, Gorla, Ancel, David, Gutteridge, Zweigert y Kötz, Markesinis, Constantinesco, Arminjon, Nolde, Wolff, y otros aún,<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Nos referimos principal pero no exclusivamente a las siguientes obras: Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, cit.; Gorla, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milán, Giuffrè, 1981; Ancel, M., *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1971, trad. italiana: *Utilità e metodi del diritto comparato: elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Nápoles, Jovene, 1978; David, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, París, Pichon & Durand-Auzias, 1950; David, R. y Jauffret-Spinosi, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11a. ed., París, Dalloz, 2002, trad. italiana: *I grandi sistemi giuridici*, 5a. ed. coordinada por Sacco, R., Padova, CEDAM, 2004; Gutteridge, H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. 34, trad. francesa: *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, París, LGDJ, 1953; Zweigert, K. y Kötz, H., *Einführung in die Rechtsver-*



y continuadas por generaciones sucesivas,<sup>36</sup> son ausentes, con raras excepciones,<sup>37</sup> en el derecho público y constitucional.<sup>38</sup>

*gleichung. Band I: Grundlagen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1984, trad. italiana: *Introduzione al diritto comparato*, vol. I: *Principi fondamentali*, Milán, Giuffrè, 1998, y *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 2: Institutionen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1984, trad. italiana: *Introduzione al diritto comparato*, vol. II: *Istituti*, Milán, Giuffrè, 1995; Markesinis, B., *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publ., 2003, trad. italiana: *Il metodo della comparazione. Il retroscio del passato e le sfide del futuro*, Milán, Giuffrè, 2004; Constantinesco, L.-J., *Introduzione al diritto comparato*, cit.; id., *Die rechtsvergleichende Methode*, Band II: *Rechtsvergleichung*, Khöln, Carl Heymanns-Verlag, 1972, trad. francesa: *Le méthode comparative*, en *Traité de droit comparé*, París, LGDJ, 1974, t. II, trad. italiana: *Il metodo comparativo* (coord. por A. Procidia Mirabelli di Lauro), Turín, Giappichelli, 2000; trad. española: *El método comparativo*, en *Tratado de derecho comparado*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1987, vol. II; Arminjon, P. et al., *Traité de droit comparé*, París, LGDJ, 1950-1952, 3 vols.; Agostini, E., *Droit comparé*, París, PUF, 1988; Hording, A. y Öricü, E. (eds.), *Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century*, Londres, Kluwer Academic Publishers, 2002; Menski, W., *Comparative Law in a Global Context*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

<sup>36</sup> Véase, por ejemplo, en Italia, Gambaro, A. y Sacco, R., *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Turín, UTET, 2002; Mattei, U. y Monateri, P. G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, CEDAM, 1997; Ajani, G., *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale*, Trento, Universidad de Trento, 1993; id., *Il modello post-socialista*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 1996; Mattei, U., *Il modello di common law*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 2004; Monateri, P. G., *Il modello di civil law*, Turín, Giappichelli, 1997; Guadagni, M., *Il modello pluralista*, Turín, Giappichelli, 1996; Ajani, G. et al., *Diritto dell'Asia orientale*, Turín, UTET, 2007; Castro, F., *Il modello islamico*, Turín, Giappichelli, 2007.

<sup>37</sup> La referencia es a Pizzorusso, A., *Corso di diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1983; id., *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1998.

<sup>38</sup> También otras formas de producción literaria (ensayos y artículos en particular) señalan una más asidua presencia de los privatistas, incluso en la literatura anglosajona: se pueden ver, por ejemplo, Reitz, J. C., "How to do Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, núm. 46, 1998, pp. 597 y ss.; Kennedy, D., "The Politics and Methods of Comparative Law", en Legrand, P. y Munday, R. (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Schlesinger, R. B., "The Past and Future of Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, núm. 43, 1995, pp. 477 y ss.; van Hoecke, M. y Warrington, M., "Legal Cultures and Legal Paradigms: Towards a New Model of Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 47, 1998, pp. 495 y ss.; Öricü,

Por esta razón es de obligación, en el manejo de la comparación iuspublicística, hacer prevalente referencia a las elaboraciones de los comparatistas de matriz civilista, por los menos en los sectores de intereses común: método, fuentes, familias y sistemas, clasificaciones, macrocomparaciones en general. En los estudios de derecho público comparado metodológicamente desarrollados, raramente puede faltar las referencias a la producción científica del derecho privado comparado, si se opera en el nivel de las problemáticas ahora evocadas.

Una prueba del tipo diferente de curiosidad mental de los constitucionalistas es demostrada representada por dos volúmenes de la Oxford University Press: el primero, de 2006, titulado *The Oxford Handbook of Comparative Law* y dirigido por M. Reimann y M. Zimmermann, afronta los problemas del desarrollo de la ciencia comparada en varios países y se dedica luego a comparación y conocimiento, al método funcionalista, a semejanzas y diferencias, a trasplantes y recepciones, al “derecho extranjero”, a la comparación “globalizada”, a las relaciones con el derecho consuetudinario, al lenguaje, a la cultura jurídica, a la relación del derecho con la religión, la historia y las ciencias sociales, terminando con el análisis económico del derecho en perspectiva comparada (para centrarse finalmente en los sectores específicos de la comparación, incluido el constitucional). El otro, de 2012, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, coordinado por M. Rosenfeld y A. Sajó, tiene sólo una primera parte sobre los problemas metodológicos, la historia y los tipos. De sus ensayos, el primero es de teoría general y no de derecho comparado; el segundo es de derecho interno estadounidense, y solamente el tercero y el cuarto tienen un corte más típico del comparatista. Las demás 1,160 páginas tratan temas específicos (el federalismo,

la estructura del Estado, los derechos, etcétera), como en un libro homenaje o en memoria.<sup>39</sup>

El interrogante sobre las relaciones entre las construcciones sistemáticas de los privatistas y la obra de los constitucionalistas, es si los objetos de investigación de los segundos no necesitarían al menos a veces instrumentos particulares, dado que se muestran inadecuados aquellos elaborados en términos generales por los cultores del derecho privado comparado.

#### 6. *Necesidad de nuclear los problemas distintos y elaborar metodologías propias, peculiares para el objeto estudiado (las Constituciones)*

La doctrina constitucionalista, en las obras publicadas en cada país, percibe las peculiaridades de la comparación en el sector que le corresponde (la Constitución en sentido amplio). Todos los manuales y los ensayos más tienen en cuenta explícita o implícitamente, conjunta o disjuntamente, de la historia del derecho, de las elaboraciones doctrinales, de los modelos y clases, de la utilidad práctica... Muchos constitucionalistas se empeñan en construcciones históricas o en la exégesis del pensamiento de grandes pensadores; otros proponen clasificaciones nuevas de las formas de Estado, de las formas de gobierno, de los derechos y libertades y de la justicia constitucional, a menudo para llegar a describir *su* ordenamiento. Algunos se plantean problemas de traducción o de importación/exportación de instituciones y regulaciones. Quien —además de constitucionalista (de su país)— es también comparatista, independientemente de su estatus académico, con

<sup>39</sup> Añado que el ensayo del primer volumen mencionado expresamente dedicado al derecho constitucional comparado (Tushnet, M., “Comparative Constitutional Law”, en Reimann y Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit.), se concentra también en problemas sustanciales específicos (legitimación de las Constituciones, *judicial review*, etcétera), con una actitud apologetica del constitucionalismo estadounidense, y las únicas líneas sobre cuestiones epistemológicas son relativas a la relación entre derecho constitucional comparado y ciencia política (pp. 1228 y ss.).

frecuencia se interesa por otros sistemas, y lo hace muy bien. Ha metabolizado los conocimientos, ha absorbido método y coordinadas científicas de la comparación.

Aquellos (pocos) que no desean simplemente usar los resultados científicos consolidados, sino proponer innovaciones a nivel metainvestigativo, raramente afrontan el tema de las exigencias específicas de la comparación en el derecho constitucional:<sup>40</sup> por ejemplo, no es frecuente leer algo sobre el problema de “cómo” clasificar, cuando el objeto de la investigación está relacionado con el derecho constitucional. Muchos autores proponen nuevas tipologías clasificatorias, haciendo hincapié en uno o en otro elemento considerado importante para la taxonomía, pero dentro de esquemas válidos *en general* para *cualquier* clasificación, y proceden como siempre se ha hecho. No se preguntan si las clasificaciones necesarias para los constitucionalistas comparatistas exigen algo más o diferente respecto de las demás ciencias, jurídicas o no. Constitucionalistas internos y constitucionalistas comparatistas se ocupan de las mismas cosas, o mejor de los mismos objetos, con la misma sensibilidad. Lo mismo puede decirse de los problemas definitorios en el derecho comparado, que provocan tantas angustias. En la mayoría de los casos —aunque no siempre— se avanza por semejanzas, sin plantearse las cuestiones de traducción específicas, pero sobre todo sin que detrás de estas operaciones haya obras especializadas que alerten de los riesgos: piénsese en los conceptos de “derecho” (en sentido subjetivo), de “control”, de “jurisdicción”, de “federalismo”, etcétera.

Incluso algunos autores que se proponen cuestiones metodológicas de la comparación constitucional a menudo tienen una actitud apresurada.

Entre los alemanes, Häberle —si se quiere considerar un comparatista— plantea problemas metodológicos y da soluciones específicas para el derecho constitucional, sin aplicar necesaria-

<sup>40</sup> Así, Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato*, 8a. ed., Padova, CEDAM, 2011, vol. I, pp. 3 y 5, el cual lo adscribe al hecho de que se comparan ámbitos homogéneos.

mente los tipos de los privatistas y del derecho comparado general, aunque en la perspectiva totalizadora de una teoría general eurocéntrica. No se puede decir lo mismo de Rainer Arnold, que abarca en sus estudios comparados Europa del Este y América Latina, pero emplea categorías consolidadas.

En Italia, Biscaretti di Ruffia señala el importante problema de la variabilidad del derecho constitucional en el tiempo,<sup>41</sup> según lo subraya Pizzorusso,<sup>42</sup> pero afronta sólo la cuestión de sus relaciones con otras ciencias y no para aclarar las interrelaciones y los usos instrumentales, sino para distinguirlo de ellas; De Vergottini se limita a señalar que —diversamente de los privatistas— los constitucionalistas tienen que demostrar sensibilidad por las instituciones políticas y los hechos políticos;<sup>43</sup> Bognetti —al cual se debe la contribución más densa y profunda en esta materia— va más allá, evidenciando que la distinción (aunque relativa) entre público y privado conlleva también impostaciones metodológicas diferentes y subraya la importancia de la lectura histórica de la disciplina y de sus objetos.<sup>44</sup>

Desde Francia, Tusseau (aunque en una investigación específica sobre la justicia constitucional) afronta un problema metodológico general, es decir, el uso de los modelos estratificados en el estudio del derecho constitucional y la exigencia de rechazar el “platonismo” implícito en la utilización de esquemas estratificados.<sup>45</sup>

Un caso especial es el de los Estados Unidos: normalmente los problemas metodológicos son afrontados simplemente universalmente

<sup>41</sup> Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6a. ed., Milán, Giuffrè, 1988, p. 24.

<sup>42</sup> Pizzorusso, A., *Sistemi giuridici comparati, cit.*, p. 161.

<sup>43</sup> Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato, cit.*, t. I, pp. 2 y ss.

<sup>44</sup> Bognetti, G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Turin, Giappichelli, 1994.

<sup>45</sup> Tusseau, G., *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les “modeles” de justice constitutionnelle. Essai de critique metodologique*, Bolonia, BUP, 2009.

zando las categorías del constitucionalismo norteamericano, consideradas, *a priori*, válidas para todo el mundo. Un ejemplo entre muchos es un estudio de Mark Tushnet, quien, mientras propone nuevas metodologías de clasificación de la jurisprudencia constitucional, aplica las categorías elaboradas por la Corte Suprema en otros sistemas, sin preocuparse de averiguar su aplicabilidad, y mistificando así los datos del derecho positivo. No es una casualidad que en la bibliografía no haya ningún autor no estadounidense.<sup>46</sup> En otro ensayo, significativamente, el mismo autor adscribe el nacimiento del derecho constitucional comparado a la fecha de aprobación de la Constitución estadounidense, aunque reconoce que desde los años ochenta, otras experiencias también han sido significativas para el desarrollo de la materia.<sup>47</sup>

La escasa propensión a la profundización metodológica por parte de los constitucionalistas comparatistas, que parece evidente en todas las áreas, tiene reflejos en el formante doctrinal: mientras que a menudo quien usa la comparación en el derecho constitucional cita las obras de los comparatistas “generales” (los privatistas), casi nunca ocurre lo contrario, es decir, que en los estudios de derecho privado comparado (o estudios sobre aspectos de derecho privado en materias cercanas) hagan referencia a tratados, monografías, ensayos de los constitucionalistas.

## II. VARIABLES E INVARIABLES OBJETIVAS: FACTORES DE CONTINUIDAD Y DISCONTINUIDAD EN EL OBJETO DE INVESTIGACIÓN (LO QUE LOS COMPARATISTAS CONSTITUCIONALISTAS DEBEN USAR, SIN CAMBIAR, Y LO QUE TIENEN QUE ADAPTAR)

### 1. *Premisa*

¿Es posible construir una metodología (y una *ciencia*) del derecho *constitucional* comparado que —con base en diferencias es-

<sup>46</sup> Tushnet, M., “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, núm. 8, 2003, pp. 2781 y ss.

<sup>47</sup> *Id.*, “Comparative Constitutional Law”, en Reimann y Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., pp. 1226 y ss.

pecíficas respecto de las categorías generales— asuma autonomía y ofrezca un marco de esquemas y objetivos propios, distintos de los que se usan en otras áreas de conocimiento, y más estrictamente en el derecho comparado general (privado)?

Por las razones explicadas con anterioridad, estoy convencido de que también los comparatistas que estudian las Constituciones tienen que aprovechar el gran patrimonio cultural acumulado en el derecho comparado general. Al mismo tiempo, la diversidad de objeto de investigación comporta evitar la importación acrítica de esquemas y modelos, siempre y cuando las exigencias del estudio lo requiera, buscando así instrumentos nuevos e inexplorados, o por lo menos adaptando estos esquemas y modelos.

Piénsese sólo en el aspecto, ya mencionado pero no profundizado: la *variabilidad* diferente del derecho constitucional respecto del derecho privado: el primero —el derecho constitucional— hijo de las decisiones políticas y de su mutabilidad, de las guerras y de las revoluciones y de las mayorías en el poder, según los cambios de la sociedad, la tecnología, la circulación de valores; el segundo —el derecho de los particulares—, resultado de culturas milenarias y sedimentadas, tanto en su versión continental como en la jurisprudencial del *common law* o en la consuetudinaria de los derechos primitivos y autóctonos, e incluso en los sistemas que tienen base religiosa.

Ello se refleja en el uso de lenguajes diferentes, en las modalidades de clasificar (y estudiar las clasificaciones), en la construcción de modelos, los trasplantes, las relaciones con otras ciencias. Es decir, en muchos aspectos que los comparatistas tienen que afrontar.

El legado (y las profundizaciones, vivaces y continuas) de los estudiosos con raíces civiles siempre es indispensable para profundizar en los temas de los constitucionalistas. Pero si en algunos casos los conceptos se pueden dejar invariados, en otros tienen que adaptarse; o si es necesario forjar nuevos esquemas y métodos de estudio que se añadan a las categorías tradicionales.

En los siguientes párrafos afrontaré algunos de los temas tradicionales de la comparación para analizar su posible uso en los estudios comparados de derecho constitucional. Mientras que en el método los constitucionalistas pueden emplear las soluciones del derecho comparado general para resolver los problemas de las traducciones, las clasificaciones, la construcción de modelos, de enfoque de la investigación —aunque con adaptaciones y diferente sensibilidad—; no se puede decir lo mismo con referencia al objeto específico del derecho constitucional (la Constitución): no siempre los resultados de la comparación general pueden ser suficientes para los estudios constitucionales. Y esto vale para las teorías de la interpretación y algunos otros aspectos de las clasificaciones: la interpretación constitucional es diferente y añade algo a la teoría general; en las clasificaciones, el concepto de “familia jurídica” puede ser usado por los constitucionalistas, pero no explica todas las realidades.<sup>48</sup> Algunas materias —como las fuentes o la justicia constitucional, en su momento estudiada por los procesalistas— fueron y siguen siendo el objeto de estudio de expertos de ramas distintas. Otras (derechos y libertades, descentralización, formas de gobierno, organización del Estado) se sitúan fuera de los intereses del derecho comparado general (debido a su origen en el derecho privado) y por esto hay que preguntarse qué aportaciones metodológicas y/o científicas puede dar el estudio del derecho constitucional comparado, sin deudas hacia los que lo han precedido.

Dos temas que analizaré brevemente no son “materias” tratadas por las Constituciones, pero en ellos se reflejan las peculiaridades del derecho constitucional respecto a otras áreas del derecho.

Primero, se manifiesta el problema de la interpretación, estudiado en toda rama jurídica pero parcialmente diferente en el ámbito constitucional; se plantea luego el de las clasificaciones

<sup>48</sup> Por ejemplo, no explica la clase de las democracias liberales, que es transversal entre la familia de *common law* y *civil law*, pero también otras: el Estado fascista italiano era de *civil law*, pero no era liberal-demócrata sino totalitario.



“macro”, que tiene que ver por un lado con las familias jurídicas (clase creada por los privatistas) y por otro lado con las formas de Estado (clase creada por los constitucionalistas), y hay que considerar las interferencias recíprocas.

Hay también sectores/materias/objetos de interés común: necesariamente lo es la organización de las fuentes, que influye en cualquier ámbito del derecho. Lo es igualmente la justicia constitucional, por la misma razón, pero también porque tras Kelsen los primeros en estudiarla y en categorizarla como ciencia (derecho procesal constitucional) fueron los estudiosos del derecho procesal civil, especialmente italianos, franceses, españoles y latinoamericanos, y sólo más tarde los constitucionalistas.

Finalmente, como para los privatistas algunos temas específicos caracterizan la materia (estudios comparados sobre el *trust*, sobre el contrato, sobre la responsabilidad...), otros representan los pilares “objetivos” de la ciencia constitucional: derechos y libertades, tipos de Estado, formas de gobierno, organización del Estado. Su estudio comparado ha exigido la creación de clases, categorías y respectivos métodos para empezar a ocuparse de ámbitos nuevos, desde el siglo XX, respecto de los manuales y la ciencia del derecho (privado) comparado (general). En estos campos, nada más los constitucionalistas han opinado. Y a los comparatistas-constitucionalistas les correspondería verificar si el objeto específico del derecho constitucional necesita instrumentos diferentes de los tradicionales. La acentuación de peculiaridades metodológicas conectadas con las especificidades objetivas y la construcción consecuente en sistema de la comparación constitucional, justificaría su cualificación como ciencia distinta de la ciencia (general) del derecho comparado. Las consecuencias no serían sólo autorreferenciales, sino también prácticas, con reflejos en los formantes: en primer lugar el doctrinal, pero cada vez más los demás (normativo y jurisprudencial).

## 2. Las “no materias”

### A. Un problema compartido: la interpretación y la interpretación constitucional

El tema de la interpretación, desarrollado en Europa a nivel científico, sobre todo después de la codificación,<sup>49</sup> gracias a contribuciones de filósofos, teóricos generales y juristas positivos (sobre todo privatistas), ha ocupado también modos de producir derecho distantes del liberal y liberal-demócrata: como el Islam, que se acusa de ser estático e inadecuado frente a las nuevas exigencias justamente por la prohibición de interpretar el texto sagrado tras el cierre de las “puertas del *ijitihad*” en el siglo X.<sup>50</sup> O en el derecho hindú, que según algunos ha sabido conciliarse con el *common law* impuesto por la Compañía de las Indias y luego por la Corona, precisamente en virtud del papel reconocido a la jurisprudencia de los doctos, llamados a interpretar los Vedas y en particular el Código de Manu.<sup>51</sup>

Ello se pone como objeto de estudio para la ciencia jurídica general, tanto desde el punto de vista interno, propio de cada ordenamiento, como desde el punto de vista comparado, para analizar la titularidad subjetiva (quién interpreta), las técnicas interpretativas (cómo se interpreta), los efectos y conjuntamente la naturaleza de la actividad interpretativa y el papel de los intérpretes.

En los sistemas occidentales (familias de *common law* y —aún más— de *civil law*), donde se desarrolla el problema de la inter-

<sup>49</sup> Véase García Belaunde, D., *La Constitución y su dinámica*, Lima, Palestra, 2006, p. 61.

<sup>50</sup> Lo recuerda Pizzorusso, A., *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 346. Contenido parecido tenía la Constitución de Justiniano *Deo auctore*, y también la ley francesa 16-24 de 1790: véase Tarello, G., “L’interpretazione della legge”, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu, A. y Messineo, F. (dirs.), Milán, Giuffrè, 1980, pp. 287 y ss.

<sup>51</sup> Pizzorusso, A., *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 297; Losano, M., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Bari, Laterza, 2000, pp. 387 y ss.

pretación, el debate ha sido unitario (aunque con argumentos y resultados muy distintos): filósofos, teóricos y juristas positivos lo han afrontado como problema del derecho y no de una rama solamente.<sup>52</sup>

Sin embargo, el debate se ha reavivado con las nuevas Constituciones. Las Constituciones rígidas, programáticas, ideológicas, compromisorias, vagas, sólo en parte inmediatamente preceptivas, han creado problemas nuevos. No únicamente relativos a la interpretación de cada Constitución, sino a la interpretación de cada ordenamiento en su totalidad, además de la interpretación de cada Constitución a la luz de las interpretaciones de *otras* Constituciones. En el centro del problema, en mi opinión, se sitúa el papel de los derechos subjetivos en la actividad interpretativa, pero también el papel del derecho comparado, porque éste ofrece los instrumentos para léxico, valores, principios (y fuentes) comunes (o considerados tales) que se usan como paradigma interpretativo de los diferentes textos. Algunas nuevas tendencias (y algunas reacciones violentas incluso) se deben a visiones eurocéntricas de estos componentes, debidos a enfoques más o menos iusnaturalistas, pero también a la instrumentalización o (a veces) a una genuina ignorancia del método y de la ciencia comparada. El debate a veces surge en la jurisprudencia constitucional y se refleja en la doctrina; ocasionalmente es doctrinal e influye en la jurisprudencia.

<sup>52</sup> En los análisis tradicionales, normalmente después del marco general de la materia y de los diferentes presupuestos filosóficos y teóricos, los autores distinguen la interpretación según el sujeto (por ejemplo “privada”, “oficial”, “judicial”, “realizada por el legislador”, “auténtica”), de los argumentos (“sicológico o de la voluntad del legislador histórico o concreto”, “apagógico o *ab absurdo*”, “económico”, “de la coherencia”, “sistemático”, “a partir de los principios”, “naturalista”, “equitativo”, “análogo”, “*a fortiori*”, etcétera), del resultado (literal, extensiva, restrictiva). Véase, por ejemplo, Modugno, F., *Teoría de la interpretación jurídica*, Querétaro, Fundap, 2004.

En los Estados Unidos, la antigua polémica entre *strict* y *broad constructionism* ha surgido de nuevo. Como lo recuerda Díaz Revorio,<sup>53</sup>

este debate gira en torno a tres aspectos, si bien muy relacionados entre sí: por un lado, la tensión entre “interpretativismo” y “no interpretativismo”... en segundo lugar, la polémica entre el activismo y la restricción judicial; por último, la elección entre valores sustantivos o adjetivos en la interpretación judicial, que implica el problema de si la Constitución ha de interpretarse como un orden plenamente abierto (valores adjetivos), o bien el margen de actuación del legislador es bastante menor, ya que se imponen a él determinados valores sustantivos.

En esencia, el interpretativismo admite que “la Constitución tiene un significado cuya determinación no supone acudir a fuentes extraconstitucionales”<sup>54</sup> (por lo cual, los jueces deben limitarse “a ejecutar solamente las normas manifiestas o claramente implícitas en la Constitución”: en palabras de J. Ely, las que se encuentran “within the four corners of the document”).<sup>55</sup> El no interpretativismo implica que frente a los preceptos vagos e imprecisos de la Constitución “los tribunales deben ir más allá de las referencias literales... lo que conlleva la necesidad de buscar la ‘fuente’ fuera del texto constitucional”. La segunda vertiente está relacionada con las visiones opuestas de los intérpretes literales y de los que propugnan el activismo judicial. Finalmente, “algunos autores sostienen que los tribunales deben basarse en valores sustantivos o materiales, otros... afirman que es el valor democrático o participativo el que debe fundamentar las decisiones del Tribunal Supremo”. Dentro de las dos corrientes principales —representadas

<sup>53</sup> Díaz Revorio, F. J., *La “Constitución abierta” y su interpretación*, Lima, Palestra, 2004, pp. 160 y ss.

<sup>54</sup> Bayon, J. C., “La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, 1985, pp. 137 y ss.

<sup>55</sup> Ely, J., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980, p. 1.

la primera por autores como Tribe, Perry, Wellington, Dworkin, y la segunda principalmente por J. Ely— hay posiciones diferentes, tanto que algunos ven un nexo entre interpretativismo, restricción judicial y valores sustantivos,<sup>56</sup> y entre interpretativismo, activismo y valores sustantivos, mientras que otros hacen hincapié en las diferentes posiciones que se encuentran en ambos grupos: por ejemplo, entre los interpretativistas algunos son partidarios del denominado *strict constructivism* anclado en la interpretación literal y la voluntad de los padres fundadores, otros aceptan una lectura dinámica de los valores no sustantivos; mientras, los no interpretativistas —Dworkin, por ejemplo— niegan el papel creativo del juez, pues su función es (sólo) encontrar las concepciones que son la base de los conceptos contenidos en las cláusulas vagas de las Constituciones.<sup>57</sup>

La gran división no existe sólo en los Estados Unidos, sino que se manifiesta asimismo en América Latina<sup>58</sup> e incluso en Europa (y en otros lugares de la democracia liberal).<sup>59</sup>

Troper contesta en primer lugar que la interpretación (incluida la constitucional) sea un acto de conocimiento, porque ello implicaría darle connotaciones de verdad/falsedad y no de eficacia/ineficacia o validez/invalidéz; evidencia las consecuencias teóricas

<sup>56</sup> Beltrán, M., *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas-Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1988, p. 47.

<sup>57</sup> Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, cap. V, trad. española: *Los derechos en serio*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1989.

<sup>58</sup> García Belaunde, D., *La Constitución y su dinámica*, cit., pp. 64 y ss.

<sup>59</sup> Están los libros de mayor importancia, Wróblwesky, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985; Wolfe, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991; Pensovecchio Li Bassi, A., *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1972; Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; Canosa Usera, R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEPC, 1988; Atienza, M., *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Libre, 2010.

que derivan de la presencia o no del control de constitucionalidad; sostiene que la Constitución no es

superior a las demás leyes y a los demás actos de los poderes públicos. Éstos —autoridad jurisdiccional o no— tienen que interpretar la Constitución para aplicarla, es decir, tienen que recrearla sin ser vinculados, en esta actividad, por ninguna norma jurídica, sino sólo por las relaciones recíprocas donde se sitúan.<sup>60</sup>

Ello demuestra que, incluso en un enfoque positivista-analítico, se puede (mejor, se debe) llegar a atribuir al juez constitucional libertad de decisión en la solución de los conflictos y en la ponderación de los valores y en la evolución de la Constitución (y de la sociedad). Esto —teniendo en cuenta la posición de la Constitución en el sistema— permite sugerir cualquier tipo de solución.

Al contrario, uno de los vates del neoconstitucionalismo, Häberle, propone una visión mucho más cerrada, desde el punto sustancial y de sus implicaciones. En la investigación sobre la “ciencia de la cultura”, que es la base de su idea de Constitución abierta, opta claramente por el modelo constitucional del “mundo libre”, al que los estudiosos tienen que dirigirse para mantener cualquier discurso “en la profundidad y el desarrollo de la historia”. Sus criterios interpretativos no son formalistas, aunque algunos lo parangonan a Ely. El modelo interpretativo se basa en los derechos fundamentales, deduciendo de ellos la superioridad de la Constitución sobre el Estado y del “Estado constitucional” incluso sobre el Estado de derecho.

Siguiendo a Smend, Bökenförde acusa esta teoría de llegar a una disolución completa de la Constitución como norma, y que con ella “la apertura se transforma en ‘estructura’ de la Constitución”, a la cual pertenecería “la permanente indeterminación y

<sup>60</sup> Troper, M., “Le problème de l’interprétation et la théorie de la superlégalité constitutionnelle”, *Recueil d’études en hommage a Charles Eisenmann*, París, Cujas, 1975, pp. 133 y ss. (especialmente § 2.2); en italiano en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *L’analisi del ragionamento giuridico*, Turín, Giappichelli, 1989, p. 245.

mutabilidad”.<sup>61</sup> Estas son críticas tradicionales. Se pueden añadir otras más pertinentes aquí.

Si, como lo dice Häberle, el derecho comparado representa el quinto método de interpretación, además de los clásicos indicados por Savigny, es natural plantearse dos cuestiones para la interpretación de la Constitución: la existencia de conceptos análogos (por ejemplo, igualdad o dignidad) en otras culturas (y el concepto de “cultura” es otro argumento fundamental de su argumentación), y los significados de estos conceptos fuera de la cultura liberal o liberal-demócrata o del “Estado constitucional”. El planteamiento de Häberle es eurocéntrico y además es deudor de la pandectística, pues usa conceptos de un único mundo cultural (“occidente” y en particular Alemania) para todo el universo, dando a la interpretación constitucional la tarea de cumplirlos donde sea. Estos conceptos no son el resultado del intento de una mediación entre diferentes formas de concebir el derecho; al contrario, se encuentran cristalizados en una experiencia peculiar (sin duda bonita y apreciable), es decir, las democracias “occidentales”, y en un clima cultural específico (el actual). Lo demuestran las citas de clásicos a estudiar para hacer de “las Constituciones una herencia cultural”: no hay ni siquiera un autor indio o chino o islámico en su bibliografía, y tampoco sudafricano o brasileño.<sup>62</sup> Las selecciones históricas y culturales no relativizadas y usadas de forma universal me parecen justificar la imposición de “nuestra” cultura para defendernos de los “otros”, no diversamente de lo que hizo Savigny en su momento, para contrastar el universalismo ilustrado de los códigos napoleónicos.

<sup>61</sup> Bökenförde, E.-W., *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 1991, trad. it. (con otros artículos) en *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2006, pp. 79 y 82.

<sup>62</sup> Sobre la interpretación del derecho hindú, véase por ejemplo Lingat, R., *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, La Haya, Mouton & Co., 1967, trad. italiana: *La tradizione giuridica dell'India*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 203 y ss.

Aunque con posiciones diferentes —por ello algunos dudan de la existencia del neo-constitucionalismo—,<sup>63</sup> las tesis de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza, José Juan Moreso, Peter Häberle y otros autores intentan alcanzar el mismo resultado —la defensa y la expansión de los derechos— al que se puede llegar por caminos no valorativos (y sin preconceptos). El comparatista se enfrenta a la relatividad de la historia, de los lugares, de las culturas, de los valores expresados en (o deducibles de) las Constituciones. Tiene sus preferencias, debidas a *su* cultura, pero sabe que la suya es *una* cultura y no la *única* cultura, y se plantea el problema de la conciliación, de la exportación e importación de normas, principios y valores. Propone la composición entre derechos individuales y colectivos, y por ello es *útil* para las funciones prácticas de la comparación.

Independientemente del enfoque —y el criticado es hoy prevalente, por lo menos en América Latina—, estas doctrinas han tenido el mérito de reavivar el debate sobre la interpretación constitucional, poniendo al día los criterios tradicionales para estudiar la interpretación en general.<sup>64</sup>

Los constitucionalistas han evidenciado las peculiaridades, prácticas también, de la interpretación constitucional: por ejemplo, García Belaunde incluye entre los “criterios orientadores de la interpretación constitucional”: 1) “En la interpretación debe primar la presunción de constitucionalidad”; 2) “En caso de que

<sup>63</sup> Guastini, R., “*A proposito di neo-costituzionalismo*”, *Teoria Politica*, nueva serie, núm. 1, 2011, con réplica de Barberis, M., “*Esiste il neocostituzionalismo?*”, *Analisi e Diritto*, 2011, pp. 285 y ss.

<sup>64</sup> Recuerdo que casi todas las Constituciones no contienen normas sobre la interpretación de las disposiciones, aunque algunos textos antiguos reservan la interpretación autoritativa (auténtica) al mismo Parlamento (Luxemburgo) y la criticada Constitución húngara establece que los tribunales tienen que interpretar las leyes conforme a los fines de la Constitución e incluso que la interpretación de la Constitución y las leyes tiene que inspirarse en fines morales y económicos del sentido común y del interés público. Además, muchas Constituciones recientes imponen una interpretación de los derechos coherente con los tratados internacionales.



surjan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma”; 3) “Razonabilidad, que debe primar en cada interpretación, que no es lo mismo que racional”; 4) “Previsión de consecuencias”; 5) “Preferencia por los derechos humanos”; 6) “Fórmula política”.<sup>65</sup>

Añado que otros aportes se encuentran en los estudios sobre contextos de decisión (o invención) y contextos de justificación (o validación) de las sentencias constitucionales: en particular, hay que subrayar que las *constituencies* de los tribunales, es decir, el conjunto de sujetos a cuyo control está sometida una decisión, son representadas por el órgano superior, pero también por otros actores: el artífice del nombramiento, hacia el cual cada magistrado podría estar agradecido; las personas hacia las cuales tiene expectativas; los demás magistrados a los que está obligado a exponer sus argumentos, confrontándose con ellos; la comunidad de los juristas, siempre dispuesta a analizar incluso muy detalladamente, podríamos decir, las sentencias, sometiéndolas a críticas; no último, el cada vez más amplio control de la opinión pública.<sup>66</sup>

También, por un lado, la interpretación constitucional comparte con el derecho muchas bases teóricas y algunas técnicas; por otro, sus peculiaridades se reflejan en las técnicas interpretativas y en las mismas “visiones” de otras ramas de la ciencia jurídica. La elección —propuesta por los profesores o afirmada por un tribunal constitucional— entre interpretaciones “abiertas” o estrictas

<sup>65</sup> Con referencia a Canosa Usera, R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, cit. Otros autores subrayan elementos diferentes, en parte coincidentes con los que se han expresado: por ejemplo, los principios de la unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de eficacia integradora de la Constitución, de su fuerza normativa, de adaptación a las circunstancias, de la eficacia, de “*in dubio pro libertate*”, de duración de la Constitución, de interpretación conforme. A éstos pueden añadirse los principios de fundamentación, motivación, competencia, formalidad, congruencia, idoneidad, progresividad. Véase el listado de Mancilla Castro, R. G., *Derecho adjetivo constitucional*, México, Novum, 2012, pp. 80 y ss.

<sup>66</sup> Véase Lajoie, A. et al., “Les représentations de ‘société libre et démocratique’ à la Cour Dickson, la rhétorique dans le discours judiciaire canadien”, *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 32, 1994, pp. 295 y ss.

de la Constitución influye en el estudio, la aplicación, la interpretación de enunciados que atañen a cualquier sector regulado por leyes o afrontado en la jurisprudencia.

Hay entonces una relación recíproca entre la aportación del derecho constitucional y la del derecho en general, o de sus partes (como el derecho civil). Asimismo existe una aportación específica del derecho constitucional comparado que en este ámbito se encuentra bastante más libre de los privatistas comparatistas y puede así ofrecer —como lo ha hecho— soluciones y propuestas propias, que puede usar cualquier estudioso o institución en fase de estudio de la interpretación o aplicación de la Constitución y de las leyes que la integran.

## *B. Clasificaciones: las interferencias mutuas entre familias jurídicas y formas de Estado*

### *a. El concepto de familias jurídicas y sus influencias en la sistematización de la materia*

El estudio de las “familias jurídicas” se ha desarrollado gracias a los comparatistas privatistas para ofrecer una clasificación de los ordenamientos jurídicos vigentes mediante su agrupación en clases denominadas “familias”. En la base de la teoría se sitúa la exigencia de ordenar una cantidad amplia de experiencias jurídicas muy diferentes que, sin embargo, tienen algunos caracteres comunes que justifican hipótesis clasificatorias. El debate en la sistemología no se ha ocupado de la utilidad de clasificar los ordenamientos jurídicos en familias —aparte de algunos autores aislados que la ponen en duda—<sup>67</sup> dedicando más atención a los criterios para asignar cada ordenamiento a una u otra familia jurídica.

<sup>67</sup> Véase Lupoi, M., *Sistemi giuridici comparati*, Nápoles, ESI, 2002, pp. 116 y ss., aunque admite que en esta fase de la comparación no hay alternativas válidas si se deja de un lado la sistemología, afirma que “los sistemólogos enuncian caracteres distintivos... tan sumarios y tan intuitivamente percibidos que corresponden a banalidades o abstracciones no demostrables o a vagas ascendencias históricas sin fundamento específico, o a generalizaciones de lo que apa-

Ya he dicho que el concepto de “familia jurídica” no explica todas las realidades; que, en particular, no explica la clase de las democracias liberales, transversales en las familias de *common law* y de *civil law*, pero también otras formas de Estado como la autocrática. Comparto la crítica de Ancel, que no se puede reagrupar una familia “de derecho occidental”, a nivel de derecho comparado general, porque demasiadas diferencias se quedarían en la sombra.<sup>68</sup> Pero esto no vale para la comparación constitucional, donde las similitudes transversales de la familia de *common law* y de *civil law* superan otras diferencias más radicales, en relación con las taxonomías propuestas y los elementos encontrados.

Ello significa que un estudioso que quiera profundizar en las relaciones entre autoridad y libertad —donde está el elemento determinante del concepto de “forma de Estado”— puede dejar de un lado (si no serenamente ignorar) la distinción entre derecho codificado y derecho jurisprudencial, concentrándose en el *resultado* de las producciones de normas respectivas, es decir, la regulación de los derechos y de las relaciones entre sociedad y poder, prescindiendo de su origen (legislador o jueces). Sin embargo, la pertenencia a una u otra familia es importante en los estudios constitucionales históricos y en los que se ocupan del desarrollo o de la tutela jurisdiccional de los derechos y en general de las relaciones de la sociedad con el poder. Lo es también cuando, utilizando el concepto de forma de Estado, se tiene que considerar la propensión a incorporar las categorías liberal-demócratas en ordenamientos cuya ideología o cultura son extrañas a las mismas

rece mirando sólo algunas manifestaciones, por lo tanto sin una base real”. Lupo considera además que, mientras la comparación privilegia la multiplicidad de puntos de vista de un ordenamiento jurídico, su clasificación en un sistema o familia obliga a elegir el punto de vista elegido como criterio de clasificación. Sostiene que la utilidad de clasificar sigue en pie Glenn, H. P., “Comparative Legal families and comparative legal traditions”, en Reimann y Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., pp. 421 y ss.

<sup>68</sup> Ancel, M., *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, cit., p. 65; en el mismo sentido, Danemann, G., “Comparative Law: Study of similarities or differences?”, cit., p. 389.

(por ejemplo, forma de Estado teocrática o familias genéricamente “orientales” o derecho africano o parecidos, según las clasificaciones).

Hay que recordar igualmente el papel unificador de las Constituciones y del derecho internacional o transnacional, donde las diferencias se difuminan más, y no sólo entre las que para muchos siguen siendo las familias por antonomasia —*common law* y *civil law*— sino también respecto de otras clases: piénsese por ejemplo en las que Mattei reagrupa en la “*Political Law*”,<sup>69</sup> o De Vergottini (clasificando las formas de Estado) en el “Estado en vía de transición”.<sup>70</sup> La globalización jurídica tiende a uniformizar el derecho sobre todo en las “plantas altas”; pero el estudio del derecho comparado no puede ignorar el “derecho viviente”, limitándose a registrar los cambios formales de las Constituciones y su tendencial uniformización o adherencia a los estereotipos de las democracias liberales. El concepto de familia jurídica —especialmente si está anclado, como en muchas propuestas, tanto a la forma de producir las normas como a la ideología, la religión, la cultura, etcétera— ofrece el marco indispensable para circunscribir las áreas de microcomparación y para analizar en profundidad la efectividad de las normas en las macrocomparaciones.

El uso del concepto de familia jurídica se refleja en primer lugar en la actividad de investigación en el derecho constitucional, sobre todo en la selección de los ordenamientos a estudiar. Una investigación sobre el derecho de acceso que se articule según *common law/civil law* no tiene mucho sentido: a no ser que concierna solamente los aspectos procesales, no dará muchos resultados con toda probabilidad. Aun peor, una investigación que quiera aplicar conceptos liberal-demócratas en ordenamientos de otras familias (por ejemplo, la idea de los “derechos humanos”), no nada más

<sup>69</sup> Mattei, U., “*Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*”, en varios autores, *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milán, Giuffrè, 1994, t. I, pp. 775 y ss. En inglés, *id.*, “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 45, 1997, pp. 5 y ss.

<sup>70</sup> Vergottini, G. de, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, il Mulino, 1998.

será eurocéntrica, sino que en ella la ideología prevalecerá sobre la cientificidad: el concepto de familia jurídica, junto con la comprensión de las estructuras profundas de los ordenamientos, ayuda a evitar entusiasmos fáciles y acrílicos hacia la posibilidad de exportaciones e imitaciones, y en perspectiva histórica manifiesta los riesgos de estas operaciones.

Esto naturalmente vale también en los formantes dinámicos, siempre y cuando se discuta de la importación de elementos de ordenamientos de familias diferentes o en el caso de los jueces cuando se hable de la motivación (usando el derecho comparado) de una regla jurídica y su justificación. El fenómeno hoy es bastante unidireccional, en el sentido de que generalmente son los ordenamientos con base tradicional u “orientales” los que imitan al occidente. Es frecuente que ordenamientos de *civil law* —como los latino-americanos— importen instituciones típicas del *common law* sin plantearse ni siquiera el problema de la compatibilidad (los casos más conocidos tienen que ver con la eficacia del precedente en la jurisprudencia).

#### b. Las formas de Estado

La idea de *forma de Estado* evoca la relación entre autoridad y libertad, es decir, entre gobernantes y gobernados. Su estudio ha sido obra de los constitucionalistas (y en general de los publicistas) para dar una sistematización al conjunto de principios y reglas fundamentales que rigen las relaciones entre autoridades estatales con “potestad de imperio” (es decir, que pueden usar legítimamente la fuerza) y la comunidad de ciudadanos, la sociedad civil en sus declinaciones (desde el particular hasta las formaciones sociales más complejas).

Según la estructura de estas relaciones, los caracteres fundamentales del Estado son diferentes. Asimismo son diferentes según la época las finalidades que el ordenamiento estatal persigue. Se trata entonces de un concepto complejo y articulado, conectado con otros conceptos básicos, como el “régimen político”, la “Constitución material”, etcétera, que obliga metodológicamente

a proceder mediante la individuación de fórmulas sintéticas idóneas para consentir una clasificación, a la luz de otros elementos aparte de los jurídicos, como pasa en la clasificación de las familias.

Como es sabido, los criterios que la doctrina ha utilizado para clasificar las formas de Estado son distintos; prevalentemente, se ha basado en: a) el marco de los principios, jurídicos y no, que inspiran la relación entre Estado y sociedad civil, entre lo público y lo privado; b) la determinación del titular del poder político y de las modalidades de ejercicio del mismo; c) la determinación de la fuente de la que deriva la legitimación del poder político; d) la afirmación o no de los derechos y de las garantías de su efectividad; e) la existencia o no de una Constitución y de un conjunto de límites establecidos para los gobernantes por los gobernados.<sup>71</sup>

La consideración de estas características ha permitido clasificar variamente las formas de Estado en perspectiva histórica y sincrónica. Por ejemplo, algunos distinguen el Estado policial del Estado de derecho, y otros incluyen al primero en la segunda clase; algunos emplean la categoría del Estado constitucional en lugar del (o después del) Estado social de derecho. Una clasificación diacrónica amplia distingue por ejemplo el Estado absoluto del liberal clásico y del Estado contemporáneo, en sus diferentes articulaciones de los modelos de Estado democrático-pluralista, autocrático, socialista y confesional o teocrático.

No parece que, debido a su mismo carácter “transitorio”, las experiencias de los países en vías de desarrollo puedan reagruparse en una forma de Estado específica.<sup>72</sup> Se ha estudiado aquella forma de Estado, también alejada de la tradición liberal-demócrata, caracterizada por el hecho de que en la relación entre autoridad y libertad tiene relevancia el factor religioso. El Estado confesional

<sup>71</sup> Véase por todos Volpi, M., *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 4a. ed., Turin, Giappichelli, 2010.

<sup>72</sup> Esta clase (de la “modernización”) es relevante en la obra de Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato*, 6a. ed., Padova, CEDAM, 2004, vol. II, pp. 157 y ss.

se caracteriza justamente por la fusión entre lo religioso y lo civil y por la preminencia de lo primero; en consecuencia, la autoridad del Estado se legitima en la fe religiosa, con lo cual las normas religiosas son reconocidas en el ordenamiento como productivas de efectos jurídicos y tienen un papel en el sistema de fuentes.

En particular dos formas de Estado —una declinante, la socialista, y la otra emergente, la teocrática— evidencian las relaciones entre formas de Estado y clasificación de las familias.

De la familia socialista, los comparatistas privatistas subrayan el papel preponderante de la ideología, el papel de la economía, la estructura de las fuentes, etcétera. Los publicistas —partiendo de estos elementos estructurales— hacen hincapié en la organización del poder, la subordinación de las instituciones al partido-guía, los caracteres declarativos de las Constituciones, la funcionalidad de los derechos para la edificación de la sociedad socialista. La superposición es tan profunda que familia y forma de Estado casi se confunden, a pesar de los elementos determinantes usados, porque es preponderante la subordinación del derecho a la política (y la ideología), y el papel de lo “público” condiciona tanto lo “privado” que, incluso desde una perspectiva “geográfica”, el atlas del derecho privado diseña con el mismo color del atlas de derecho público las áreas cubiertas respectivamente por el “*soviet law*” y la forma de Estado socialista. La forma de Estado socialista no admite en su interior la supervivencia de formas de producción jurídica diferentes, monopoliza e intenta eliminarlas (aunque no siempre lo consigue, como lo demuestra la difícil relación entre socialismo e Islam en el sur de la antigua Unión Soviética).

Ello no ocurre en las dos categorías —una elaborada por los privatistas, la otra por los constitucionalistas— de “derecho con religiosidad” y “forma de Estado teocrática”. En este caso también hay relaciones importantes pero sólo en algunos casos el Estado monopoliza la producción del derecho, derivándolo de la religión, y lo impone. En otros, el derecho religioso se suma a otras formas de producción. Los atlas son distintos: los de los constitucionalistas diseñan con el color de la forma de Estado teocrática

sólo Ciudad de Vaticano, Irán, Afganistán talibán (y a veces otros ordenamientos islámicos, y el Tíbet antes de la invasión china), pero se abre a otras áreas potenciales, en África del centro y norte o en Oriente Medio. Los privatistas identifican las áreas donde el derecho religioso convive con otras formas de producción, sin crear normalmente una familia autónoma, pues las reparten en las del “derecho oriental” o “africano” o en familias residuales.<sup>73</sup>

Hay que decir que la literatura sistemática de derecho constitucional comparado evidencia a menudo formas de Estado diferentes de la liberal-demócrata (o “constitucional”),<sup>74</sup> aunque manifiesta la tendencia a dejar de un lado las categorías.<sup>75</sup> Ello se debe a la creciente fuerza expansiva del constitucionalismo, sobre todo en la segunda posguerra, y a la aceptación de sus reglas en áreas jurídicas muy amplias en el mundo, que obliga al estudioso a reconocer el fenómeno. Pero existe también la otra cara de la moneda: los estudios alimentan los formantes activos y así la indiferencia o la lectura crítica hacia otras formas de producción del derecho fomenta los deseos expansionistas y reduce la búsqueda de soluciones compartidas.

Es escaso el interés de los constitucionalistas por propuestas no sólo constitucionales, legislativas, jurisprudenciales emergentes, sino también por las doctrinales que son medios para experimentar nuevas soluciones en muchos países. Pienso, por ejemplo, en el neoconstitucionalismo latinoamericano, que es la base de muchas soluciones interesantes adoptadas en esta área. Desde siempre, la sensibilidad del derecho privado comparado ha sido mayor

<sup>73</sup> Véase en general Jansen, N., “Comparative Law and Comparative Knowledge”, *cit.*, pp. 325 y ss.; Berman, H. G., “Comparative Law and Religion”, en Reimann y Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, *cit.*, p. 739.

<sup>74</sup> Como en los manuales, ya mencionados, de Vergottini y Biscaretti di Ruffia.

<sup>75</sup> Según Berman, H. G., “Comparative Law and Religion”, *cit.*, p. 745, “The secular-rational model of law, which dominated Western comparative legal scholarship in the nineteenth and twentieth centuries, tends to neglect elements of law that transcend secular rationality, elements that law shares with religion”.



por los derechos consuetudinario, tribal, religioso, que —con el auxilio de ciencias como la antropología— permite percibir qué hay detrás de las estructuras jurídicas “legales”.<sup>76</sup> Demasiadas veces los manuales de derecho constitucional comparado (o con nombres parecidos) contienen amplias descripciones sobre Bélgica en el siglo XIX, pero dedican sólo pocas líneas —cuando lo hacen— a China, India o Brasil.

El desafío es ahora reorganizar los materiales, dando la importancia debida a experiencias consolidadas (es necesaria cierta estabilidad, para clasificar) y afrontando los riesgos de nuevas categorizaciones. Y se podrían imaginar nuevas clasificaciones (dúctiles) de las formas de Estado contemporáneo que incluyan a la experiencia china sin reducirla a un mero componente de la forma de Estado socialista, que ya se ha esfumado en su versión clásica; que categoricen las codificaciones constitucionales latinoamericanas basadas en o influenciadas por el neoconstitucionalismo de la región (Colombia, Venezuela, Bolivia, Ecuador...); que identifiquen modelos líderes del constitucionalismo, en relación con la composición de conflictos internos y garantías de derechos (pienso en Sudáfrica, pero no solamente)...

### 3. *Materias concurrentes*

#### A. *Las fuentes del derecho*

Las palabras “fuentes del derecho” tienen más sentidos, y todos se usan. La definición más frecuente es la de “actos o hechos idóneos para producir derecho” (o algo parecido).

Pero esta denotación no es suficiente para nuestro enfoque. Para identificar las fuentes, es indispensable una definición que se pueda emplear siempre, con referencia a cualquier ordenamiento pasado y presente, y no basta basarse en un ordenamiento especí-

<sup>76</sup> Véase por ejemplo Bennet, T. W., “Comparative Law and Critical Legal Studies”, en Reimann y Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., pp. 641 y ss., especialmente 671 y ss.

fico. En suma, hay que encontrar un mínimo común denominador entre varios actos y hechos que en los diferentes ordenamientos y en la historia han sido idóneos para innovar los sistemas jurídicos: operación que nos permite calificar “fuentes del derecho” la ley mexicana, el precedente anglosajón, la costumbre y el *iğmâ*’ de los doctores musulmanes, el reglamento regional o el *dharma* hindú, etcétera.

La investigación comparada resulta indispensable para ello: por un lado, demuestra la relatividad del concepto de “fuente” y la variedad de actos y hechos que están detrás (o dentro) de esta palabra; por otro lado, concurre a determinar —en la zona gris que caracteriza todos las señas lingüísticas— un área precisa de significado. Del análisis de varios ordenamientos, considerados en perspectiva sincrónica y diacrónica, se deduce la existencia de un concepto lógico, que permite identificar las fuentes en el conjunto multiforme de procesos de los que se deriva el derecho en sentido objetivo, o si se prefiere entre los actos o hechos idóneos para crearlos.<sup>77</sup>

<sup>77</sup> El análisis comparativo nos enseña además que el derecho puede ser producido, además de los procedimientos legalmente previstos (fuentes legales), fuera de los mismos (fuentes *extra ordinem*) y que esta segunda forma de producción es más difundida en los sistemas más primitivos o inestables, mientras que es considerada con recelo en los más evolucionados, donde las fuentes extra legales se reducen al Poder Constituyente que se legitima en vías de hecho porque no tiene ningún procedimiento formal. El derecho comparado empuja a difuminar la distinción entre fuentes de producción y de cognición, que fuera de los ordenamientos liberal-demócratas no tiene ninguna importancia o por lo menos no es tan relevante. Es suficiente recordar que a la distinción entre las primeras (según la doctrina, “actos y hechos que cada ordenamiento relaciona con el surgir o el desaparecer de sus normas”) y las segundas (“los documentos que proporcionan noticia legal de las normas producidas o las hacen cognoscibles”) es en parte extraña a toda el área del derecho consuetudinario, que ignora obviamente las fuentes de cognición (no se pueden considerar así las recopilaciones de usos). Lo mismo puede decirse de la distinción entre fuentes-acto (cuyo origen reside en una manifestación de voluntad) y fuentes-hecho (que se basan en un comportamiento: un hecho, precisamente). Véase Pegoraro, L. y Rinella, A., *Las fuentes en el derecho comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, ed. peruana al cuidado de Palomino Manchego, J. F., Lima, Grijley, 2003, pp. 39 y ss.

Todo ello demuestra por qué casi todos los estudios comparados han hecho siempre hincapié en el concepto de fuente, que sirve como elemento determinante en las clasificaciones de las familias jurídicas también para quienes prefieren otros caracteres (la ideología, el papel del derecho, de la política, de la cultura, etcétera). El constitucionalista comparatista no puede renunciar a los aportes de los privatistas, sobre todo para evitar la perspectiva eurocéntrica que reduciría el estudio de las fuentes a una simple aplicación de teorías —como la de la *Stufenbau*— seguramente no aptas para muchas realidades, desde el punto de vista histórico y cultural, además del análisis sincrónico. La teoría general del derecho (es decir, de las fuentes) es todo menos que “general”, si se organizan los sistemas de producción del derecho en clases que tengan en cuenta elementos como la legitimación del poder para producirlo: por ello, al lado del derecho de origen “político” (en sentido amplio, es decir, que deriva de la fuerza de un jefe, parlamentario o dictador o líder de una tribu), está también el derecho de origen religioso (donde el precepto es: “obedece a lo que dice Dios”), consuetudinaria (“haz lo que hicieron los padres”), jurisprudencial (“haz lo que un juez anteriormente consideró que es racional”), convencional (*pacta sunt servanda*).<sup>78</sup>

Por otra parte, el constitucionalismo, y sobre todo el concepto de Constitución rígida, afectan al sistema de fuentes. Es característico sobre todo de las familias de tradición occidental (*common* y *civil law*), y condiciona el desarrollo del derecho en otros contextos, que a veces imitan sus aspectos formales e incluso a veces sustanciales, reduciendo la importancia de otras formas de producción del derecho. Se puede pensar en los intentos de conciliar el derecho consuetudinario (tribal) y el constitucional. Otro aspecto interesante es que el camino de hibridación (o acercamiento) empezado desde hace años entre el modelo de *civil law* y el de *common law* adquiere un significado bastante más amplio en el ámbito del derecho privado comparado respecto del público, donde normalmente se evidencia, por una parte, el aumento de

<sup>78</sup> Pizzorusso, A., *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 259 y ss.

papel y espacio de la legislación en los ordenamientos de matriz anglosajona y, por otra, la evolución del valor de la jurisprudencia en los ordenamientos continentales.<sup>79</sup> De todas formas, no faltan privatistas que siguen haciendo hincapié en la distinción y constitucionalistas que, en virtud de la circulación de los principios constitucionales, tienden a atenuarla.<sup>80</sup>

Lo que se acaba de decir obliga al constitucionalista a elaborar sus teorías (¡y los constitucionalistas lo hacen!), y a los privatistas a enfatizar el papel del derecho constitucional. Los estudios sobre las fuentes proceden de manera coherente con ello, en una relación de complementariedad recíproca.

### B. *La justicia constitucional*

Las categorías generales de la justicia constitucional fueron construidas, tras Kelsen, no por los privatistas-comparatistas en sentido estricto, sino por expertos del derecho procesal civil sensibles a la comparación. Según Ferrer Mac-Gregor, “el origen científico del derecho procesal constitucional se ubica entre los años de 1928 y 1956. En este periodo se advierten cuatro etapas concatenando las contribuciones de insignes juristas, hasta llegar a su conformación científica”.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Muir Watt, H., “Globalization and Comparative Law”, *cit.*, pp. 590 y ss.

<sup>80</sup> Véase por ejemplo Baxi, U., “The Colonialist Heritage”, en Legrand, P. y Munday, R. (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, *cit.*, pp. 49 y ss., según la cual la prevalente tradición comparada reproduce “the binary contrast between the common and civilian law cultures of the bourgeois and socialist ideal-types, thus reducing the diversity of the world’s legal systems to a common Euro-American measure”.

<sup>81</sup> Ferrer Mac-Gregor, E., *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, *cit.* Según el autor mexicano, las fases son estas: I. Precursora (1928-1942). Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de Kelsen, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con Carl Schmitt sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo también el fundador de la escuela de Viena realiza uno de los primeros estudios de corte comparativo entre los sistemas de control austriaco y americano (1942). II. Descubrimiento

En Europa, los orígenes de una materia especializada que se denomina “justicia constitucional” también son procesales: además de Calamandrei y Cappelletti, por ejemplo, en Italia las primeras contribuciones relevantes fueron ofrecidas por V. Andrioli y E. Redenti, y en España por J. González Pérez, J. Almagro Nosete, V. Fairén Guillén y M. del Calvo Sánchez.

Desde los años sesenta, por otro lado, son cada vez más numerosos los estudios de constitucionalistas, hasta que éstos han monopolizado la materia, no sólo en Europa y (con peculiaridades obvias) en los Estados Unidos, sino también en América Latina. Son los constitucionalistas quienes determinan las clasificaciones en este sector, pues la justicia constitucional forma parte de la estructura genética de la democracia liberal, hasta el punto de que más de uno duda de que se pueda hablar de ésta, en ausencia de controles sobre la conformidad de las leyes a la Constitución: dicha tarea sigue reglas específicas y comunes, pero al mismo tiempo opera en cada sistema jurídico de forma diferente. Es distinto, según el sistema, quien realiza el control de constitucionalidad; distintos son el objeto y el parámetro; distintas son las funciones ejercitadas (casi nunca sólo el control de constitucionalidad de las leyes); distintas la naturaleza y la tipología de las decisiones;

procesal (1944-1947). El procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación. III. Desarrollo dogmático procesal (1946-1955). Etapa en la cual desde el mejor procesalismo científico se realizan importantes contribuciones acercando su disciplina a la tendencia del constitucionalismo de la época. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por Couture (1946-1948) y del estudio dogmático de la jurisdicción y de los procesos constitucionales a través de las colaboraciones de Calamandrei (1950-1956) y Cappelletti (1955). IV. Definición conceptual y sistemática (1955-1956). El último eslabón constituye su configuración científica como disciplina procesal. La realiza Fix-Zamudio en su trabajo... *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956)... En Latinoamérica, a partir de la década de los setenta del siglo pasado, la semilla científica sembrada retoma nuevos brotes por los que podríamos denominar forjadores de segunda generación”. Curiosamente —añade Ferrer Mac-Gregor— por dos constitucionalistas: Domingo García Belaunde y Néstor Pedro Sagüés.

distintas las reglas que informan el proceso y la distribución de las fuentes (en sentido amplio) que lo regulan.<sup>82</sup>

Respecto de los primeros esquemas clasificatorios de los distintos sistemas de justicia constitucional,<sup>83</sup> apelando, por una parte, a la distinción entre control político y control jurisdiccional, y, de otra, a la estructura de los tribunales, a la fase de control, a la eficacia de la decisión, muchas cosas han cambiado en la sistemática de dichos modelos.

Al respecto, las claves de lectura propuestas hasta ahora por la doctrina comparada son básicamente de dos tipos. Por una parte, una vez diferenciados los modelos con base en el carácter jurisdiccional del órgano encargado de realizarla y a la fase del control, se ha desarrollado una teoría de los modelos (jurisdiccionales) clásicos, progresivamente adaptada e integrada, que usa un criterio fundamental para la identificación de los elementos determinantes, identificados por la naturaleza jurisdiccional o no del órgano,<sup>84</sup> por

<sup>82</sup> Pegoraro, L., *Giustizia costituzionale comparata*, Turín, Giappichelli, 2007, pp. 1 y ss.

<sup>83</sup> Véase Calamandrei, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padova, CEDAM, 1950, y Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1968; *id.*, *Giudici legislatori?*, Milán, Giuffrè, 1984 (también en *Le pouvoir des juges*, París, PUF, 1990) y *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1989 y 1991.

<sup>84</sup> El elemento representado por la naturaleza jurisdiccional o no del órgano está en la base, por ejemplo, de la primera y dirimente dicotomía identificada por Calamandrei, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, CEDAM, 1950, y luego Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1968, reimpresso muchas veces y traducido en otras idiomas, pero se encuentra también difundido en otros autores, como en Sagüés, N., *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, en Blanco De Morais, C., *Justiça constitucional, I, Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, Coimbra, Coimbra Ed., 2002, pp. 281 y ss., y en muchos estudiosos franceses, que se preocupan por evidenciar la progresiva jurisdiccionalización del sistema de aquel país: Favoreu, L., *Les Cours constitutionnelles*, París, PUF, 1986 y ediciones posteriores, distingue los modelos preventivos de los *a posteriori*; Fromont, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, 1996, individualiza tres fases de desarrollo de la justicia constitucional, acentúa la yuxtaposición entre procedimientos concretos y abstractos, ejercitados respectivamente por cortes or-

la naturaleza concentrada o difusa del modelo,<sup>85</sup> la fase temporal del control,<sup>86</sup> las modalidades de acceso,<sup>87</sup> la eficacia (declarativa

dinarias o tribunales especiales; y Rousseau, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, 3a. ed., París, Montchrestien, 1998 y ediciones posteriores, que también clasifica la justicia constitucional desde una perspectiva temporal, anclándose en las categorías tradicionales, subraya la diferencia entre control *a priori* y *a posteriori*.

<sup>85</sup> La estructura del órgano, en cada caso, es *siempre* considerada un elemento esencial para la clasificación, no sólo con el fin de distinguir, como lo hizo ya hace tiempo Calamandrei, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., sistemas “políticos” y sistemas “jurisdiccionales”, sino sobre todo para marcar la gran división entre sistemas difusos y sistemas concentrados, presente en casi todos los autores, incluidos aquellos que toman en consideración otros elementos (por ejemplo, Nogueira Alcalá, H., *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004, pp. 61 y ss.), aunque no pocos señalan que las progresivas hibridaciones tienden a disminuir su importancia a efectos de clasificación (por ejemplo, Fernández Segado, F., *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano (La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano)*, Bolonia, Bonomo, 2003; id., *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI. La quiebra de la bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano” y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*, Madrid, Tecnos, 2001; McWhinney, E., *Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publ., 1986).

<sup>86</sup> La fase temporal del control —considerada determinante para fines clasificatorios de buena parte de la doctrina francesa pero también por estudiosos de diversos países (por ejemplo Sagüés, N., *Derecho procesal constitucional*, cit., y Nogueira Alcalá, H., *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica*, cit.)— generalmente es puesta de relieve junto con otros elementos, como la naturaleza política o jurisprudencial del control, la eficacia de las decisiones, o su carácter abstracto o concreto.

<sup>87</sup> Casi siempre indicado como elemento imprescindible para las clasificaciones es la forma de acceso a las cortes o tribunales. Mientras que en las reconstrucciones tradicionales el énfasis se pone sobre el instrumento procesal (recurso o incidente), en otras se tiene en cuenta el papel de los actores, a veces las minorías parlamentarias, ciudadanos o jueces (Pasquino, P., “Tipología della giustizia costituzionale in Europa”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2002, pp. 360 y ss.).

o constitutiva) de las decisiones.<sup>88</sup> Dichos elementos determinantes recurrentes no son ignorados por quien identifica los pilares de las clasificaciones en factores más amplios, y los utiliza para dicotomizar los modelos según el tipo de concreción o abstracción de los diversos sistemas: es el caso de A. Pizzorusso, que precisamente identifica en la mayor o menor proximidad a los intereses subyacentes el elemento de distinción para distinguir en dos grandes clases los sistemas de justicia constitucional, llegando así a señalar también los diferentes *resultados* de los mismos, como la propensión de los sistemas concretos para tutelar las libertades y de los abstractos a fin de vigilar las competencias.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Clasificaciones más sofisticadas se basan en la jurisdicción territorial del órgano de control constitucional, a veces internacional, nacional (N. Sagüés), o federal/estatal, como propuse en *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 164 y ss., y posteriormente en otros ensayos (“A justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo”, en Almeida Filho, A. y Bilac Moreira Pinto Filho, F., *Constitucionalismo e Estado*, Río de Janeiro, Forense, 2007, pp. 430 y ss.; “Classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale e nomen della materia di studio”, en Ferrer Mac-Gregor, E., *Diritto processuale costituzionale. L’origine scientifica (1928-1956)*, cit., pp. 21 y ss., traducido al español: “Propuestas de clasificación de los sistemas de justicia constitucional y sus relaciones con la denominación de la materia «derecho procesal constitucional»”, en Bazán, V. (coord.), *El derecho procesal constitucional ante el siglo XXI. Actualidad y perspectivas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, t. I, pp. 11 y ss.).

Además, el análisis estructural del órgano de control de la ley lleva a algunos, como Brewer Carías, A. R., *Instituciones políticas y constitucionales*, VI, *Justicia constitucional*, Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1996, a seleccionar como factor clasificatorio el origen judicial o no del mismo, o bien la influencia parlamentaria en el nombramiento de los jueces (además de Sagüés, N., *Derecho procesal constitucional*, cit., véase von Brünneck, A., “Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1988, pp. 17 y ss., y Favoreu, L., *Les cours constitutionnelles*, París, PUF, 1996, pp. 16 y ss.).

<sup>89</sup> Pizzorusso, A., “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 522. A soluciones no diferentes —aunque con caminos completamente diferentes— llega también quien, como F. Fernández Segado, asume como elementos diferenciales (y por lo tanto no considera un éxito) la naturaleza de la función ejercitada, de modo que el control se realiza de manera diferente en función de si se realiza sobre la ley o en la aplicación de la ley.



Por otra parte, algunos — pocos — han subvertido radicalmente dicho esquema para la identificación de los elementos determinantes, asumiendo diferentes criterios con la finalidad de construir clases.

Quien propone en modo polémico abandonar los elementos determinantes tradicionales para clasificar, y anclarse precisamente en la función, es F. Rubio Llorente, que divide los sistemas según (concretamente) tutelen las libertades o (abstractamente) la ley.<sup>90</sup>

La importancia dada por varios autores a los elementos hasta ahora indicados es diferente en función de algunas variables, en particular, el grado de simplificación/complicación de la clasificación. Considerando elemento de distinción sólo el grado de concreción/abstracción (Pizzorusso), o bien sólo la finalidad del control (Fernández Segado), éstos sirven precisamente para construir los respectivos conceptos de concreción/abstracción (que depende del tipo de recurso, de la fase, del interés subyacente, de la importancia de la decisión, etcétera), o de “control sobre la ley” o “en ocasión de la ley”. (De nuevo son relevantes para distinguir los dos modelos, las modalidades de acceso, el instrumento procesal, el éxito de la sentencia, etcétera).

<sup>90</sup> Rubio Llorente, F., “Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1996, pp. 9 y ss. Otros autores, como Weber, A., “Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences”, *ivi*, 2003, pp. 29 y ss., analizan el objeto del control por considerarlo relevante para fines de las clasificaciones, distinguiendo —según las Cortes— tutelen la ley o los derechos, o las competencias de órganos y entes territoriales. Con relación a la clasificación de los modelos incidentales, Silvia Bagni ha sugerido finalmente considerar la capacidad de la Corte o Tribunal para incidir de modo directo en los efectos de la decisión en los conflictos de las partes, lo que permitiría colocar a Italia, cuando ello no es posible sin la intervención del legislador o de la autoridad administrativa, en una clase específica, puesto que en el sistema italiano los elementos de concreción son relegados a la fase instaurativa del proceso constitucional ante la Corte pero no, por lo menos desde esta perspectiva, en aquella descendente de la misma (Bagni, S., *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei “modelli” dottrinali*, 2a. ed., Bologna, Clueb, 2007).

Con la intención de simplificar las clasificaciones, hay quienes eligen elementos determinantes “macro”, como en los casos que se acaban de señalar (concreción, abstracción, etcétera), pero a veces con subparticiones, mientras otros se basan en elementos más pragmáticos, positivos (estructura, modalidad de elección, elemento procesal de acceso, eficacia de la sentencia, bien protegido, y así sucesivamente hasta factores aparentemente más marginales), de vez en cuando dándoles mayor o menor peso.

Si el derecho comparado general no ha desarrollado nociones especialmente útiles para el estudio de la justicia constitucional en perspectiva comparada, lo han hecho los estudiosos del derecho procesal civil, que todavía en América Latina son determinantes para la materia que crearon e implementaron, hasta el punto que desde la doctrina, la exigencia de sistematizar se ha trasladado al formante legislativo, con la adopción de códigos específicos de derecho procesal constitucional (influenciados por los estudios recientes de los constitucionalistas). En Europa los resultados son menores, pero también en el viejo continente tanto la doctrina como el legislador mueven aún de las divisiones clásicas de los procesalistas de los años cincuenta. Viceversa, las clasificaciones, y en general, los estudios sobre la justicia constitucional comparada pueden ser usados por el derecho comparado general. Tanto cuando profundizan, denunciando las peculiaridades de la justicia constitucional, en las investigaciones generales sobre la circulación de principios a nivel jurisprudencial, como cuando denuncian la influencia de la misma sobre cualquier institución jurídica (incluidas las del derecho privado).

La importancia se percibe también en los formantes dinámicos, pues los tribunales se influyen mutuamente, e influyen a constituyentes, poder de reforma y legisladores.<sup>91</sup>

<sup>91</sup> Pegoraro, L., “La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2007, pp. 73 y ss., en *Palestra del Tribunal Constitucional*. *Revista Mensual de Jurisprudencia*, núm. 7, 2007, pp. 697 y ss., en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus*

#### 4. *El terreno de los constitucionalistas*

Los sectores de estudio que caracterizan el derecho constitucional, porque vertebran gran parte de las Constituciones (independientemente de la forma de Estado de referencia), son los derechos y libertades (aunque en las Constituciones breves se trataba de materia constitucional, pero no “constitucionalizada”), la distribución territorial del poder (o “tipo de Estado”), las formas de gobierno, la organización del Estado. Su estudio es más impermeable a interferencias con objetos diferentes de investigación (como los del derecho privado), pero nunca del todo, y los instrumentos metodológicos elaborados por los constitucionalistas en perspectiva comparada presentan elementos originales justamente por ello.

##### A. *Los derechos y las libertades*

Si existe una materia en la cual las pretensiones de universalidad y de absolutez han demostrado ser infundadas, más allá de la retórica iusnaturalista o de las reivindicaciones eurocéntricas a partir de la declaración de 1789, esta es justo la materia de los derechos. La historia confirma que los derechos inmutables y eternos consagrados en los textos constitucionales, en sus preámbulos, y por supuesto, en las declaraciones, han sido objeto de continua revisión y actualización.

El elemento subjetivo de los derechos ha cambiado, no sólo con la progresiva atribución de los derechos “políticos” a un abanico más amplio de sujetos, sino, también, por las interpretaciones más amplias de los derechos “civiles” que, lejos de configurarse sólo para los “contribuyentes”, como en algún caso ocurría al inicio (por ejemplo, con el derecho de examinar las actas municipales), fueron identificados más tarde para todos los ciudadanos de la

*cincuenta años como investigador del derecho*, t. II, *Tribunales constitucionales y democracia*, México, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, pp. 385 y ss.

Nación; después, en Europa, para los ciudadanos comunitarios, y, en muchos casos, para “todos”.<sup>92</sup> Ha contribuido en gran medida al fenómeno no sólo la maduración de nuevas sensibilidades en la sociedad civil de cada Estado, sino también la traducción de las mismas en documentos elaborados a nivel continental o mundial, que han reducido las diferencias, colmando las más evidentes divergencias, y erosionando incluso el principio de reciprocidad, en la convicción de que algunos derechos pertenecen a la persona solamente por su condición de ser humano.

Que esto sea imputable a enfoques iusnaturalistas del tema, poco importa; lo que cuenta es que ha existido siempre un impulso dirigido a “escribir” los derechos considerados “humanos”, con todas las consecuencias relativas al carácter prescriptivo/imperativo de las disposiciones que estos derechos codifican.

La relatividad y la propensión al cambio se han manifestado también, con análogas consecuencias, en el aspecto objetivo de los derechos. A los pocos derechos enunciados en los textos más antiguos, se han añadido otros: desde aquellos “particularmente necesarios en nuestros tiempos” incluidos en el preámbulo de la Constitución francesa 1946, a los llamados “nuevos derechos” o derechos de tercera o cuarta generación. Los descubrimientos científicos han llevado a una crisis de las fórmulas viejas, ha sido necesario relaborar filosofías, y antiguas certezas han sido debilitadas. Al mismo tiempo, ha cambiado también la axiología de los derechos. La propiedad, que en los documentos de un tiempo se consideraba al mismo nivel que la vida y la libertad, hoy ha cedido terreno frente a ellas; sin hablar del derecho a portar armas, también fruto de influencias ilustradas (además que de exigencias prácticas), constitucionalizado en el *Bill of Rights* de 1791, por la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Al contrario, en sede de *test* de razonabilidad, hoy las

<sup>92</sup> Véase en este sentido la interpretación realizada por la Corte Constitucional italiana de las disposiciones que, según la explícita intención del Constituyente, diferenciaban las situaciones jurídicas de las que eran titulares solamente los italianos, de las otras puestas a beneficio de cualquiera.

cortes constitucionales acentúan otros valores, a menudo diferentes de los de un tiempo, y el tumultuoso desarrollo de la sociedad (y de la ciencia) no contribuye a la estabilización, por periodos duraderos, de las jerarquías que se van determinando.

La pretensión universalista de los derechos debe ser criticada porque es fruto de visiones antihistóricas que son contradichas por la práctica cotidiana de diversos ordenamientos. Por el contrario, los derechos —viejos y nuevos— son fruto de las concepciones sociales y políticas de cada sociedad históricamente determinada, y se materializan sólo si están codificados por un ordenamiento (incluido el internacional) o por más ordenamientos por medio de tratados. En un principio, los derechos no son más que su opuesto, su negación; por ejemplo, en el ordenamiento italiano (pero ya no en el ordenamiento holandés, y a lo mejor, más adelante, en el de otros países), el derecho a disponer de la propia vida, y a tener una “buena muerte” (eutanasia), podía, incluso, aparecer como la base de cada derecho.<sup>93</sup>

En conclusión, el universalismo eurocéntrico, hoy, está obligado a enfrentarse a una realidad en alerta en todos los niveles: el enfrentamiento entre los derechos individuales llamados humanos y los derechos “comunitarios”, de identidad, o en otras palabras de los grupos (étnicos, lingüísticos, sexuales, etcétera), una vez más demuestra los grandes límites de cada visión absolutista de los derechos. Es más, el respeto a los derechos comunitarios conlleva, a menudo, el sacrificio de derechos individuales de los miembros del grupo, si la sola pertenencia al mismo implica el respeto de reglas que exigen que alguien sacrifique las posiciones que están tuteladas en otras comunidades. Reconocer el derecho a la cultura de la comunidades indias o *inuit* supone, para el legis-

<sup>93</sup> A la compleja búsqueda de las raíces de los valores compartidos (como lo dirían los constitucionalistas) o mejor de las culturas, Withman, J. Q., “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty”, *Yale Law Journal*, núm. 113, 2004, pp. 1151 y ss., contrapone la visión (cultura) europea a la estadounidense. Véase al respecto también Cotterell, R., “Comparative Law and Legal Culture”, en Reimann y Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., pp. 733 y ss.

lador y los jueces canadienses (o latinoamericanos), admitir que en ellas la mujer desarrolla un papel diferente de aquel que ya le reconocen las Constituciones occidentales y la misma *Charter* de 1983 (o las Constituciones latinoamericanas); de igual forma, aceptar un derecho comunitario y cultural de una sociedad parcial, o las instituciones privatistas islámicas de algunas comunidades de inmigrantes, tiene una consecuencia: renunciar a imponer autoritariamente visiones difundidas y aceptadas por el resto de la colectividad (por ejemplo, la institución de la potestad de los padres en lugar de la patria potestad, por detenerse en temas poco traumáticos, aunque también significativos).

La doctrina publicista, desde Jellinek, ha realizado clasificaciones infinitas de los derechos, ancladas en las fases temporales o en su efectividad, o bien, en sus garantías. Entre las más usadas, las que individualizan diferentes fases temporales (o “generaciones”), y las que hacen hincapié —en una simple (o simplista) dicotomía entre libertades negativas y positivas— en la naturaleza de los mismos (la de los derechos civiles, los derechos sociales, los derechos económicos, los derechos políticos, a los cuales se deben añadir los llamados “nuevos derechos”). Finalmente, hoy recobran interés los estudios sobre los conflictos entre los derechos individuales y los comunitarios.

El estudio de los derechos ha estado y sigue estando a menudo contaminado por metodologías que confunden derechos positivos con aspiraciones a la protección, por un fuerte eurocentrismo que se traduce en la búsqueda de “núcleos inmutables” cuyos contornos son fijados por cada autor con base en *su* formación cultural, y por el uso variable de términos indefinidos, como “dignidad”. Sin embargo, las categorías elaboradas con estos límites científicos por buena parte de la doctrina han condicionado los legisladores y más los tribunales, que a menudo han “positivizado”, a través de la jurisprudencia, las reconstrucciones universalistas así operadas.<sup>94</sup>

<sup>94</sup> No me parece que las corrientes mayoritarias puedan definirse “ideológicamente neutras”, como viceversa las de la ciencia comparada en general, debido a la menor división debida a la globalización (en este sentido, Kennedy,

A los constitucionalistas comparatistas les corresponde reconstruir empíricamente el marco positivo vigente, individuando las tendencias y señalando los conflictos, las contradicciones y las aporías. El estudio de los derechos, que marca fuertemente la producción comparada actual (y vertebrata la producción jurisprudencial, especialmente de los tribunales inter o transnacionales), refleja sus influencias también en sectores aparentemente lejanos, como los del derecho privado: la competencia, la propiedad y la empresa (entre ellas, los medios televisivos), la protección de los consumidores, el trabajo, etcétera.

### B. *El tipo de Estado*

Muchos ordenamientos estatales, independientemente de la familia jurídica a la que pertenecen, tienen una unidad organizativa intermedia en su territorio. Esto sucede en la Europa continental, en los ordenamientos de *common law* (sean europeos o extraeuropeos), en América Latina, en África, en Asia (sobre todo por la influencia del colonialismo), prescindiendo de la familia y de la pertenencia de los mismos a la forma de Estado liberal-democrática, autoritaria, socialista o —siempre que se admita la existencia de esta clase— del Estado en vía de transición.

El estudio del “tipo de Estado” —es decir, la organización “vertical” del poder: las relaciones entre centro y periferia— tiene orígenes antiguos: las primeras elaboraciones teóricas modernas se deben, en América, a un texto básico del constitucionalismo, “El Federalista”, mientras que en Alemania y en Suiza los teóricos generales y iuspublicistas intentan a su vez resolver el problema de la soberanía. Basándose en las observaciones de aquellos que la *communis opinio* consideraban Estados federales, la doctrina se divide en tres directrices: por un lado, se colocaron cuantos —como en los Estados Unidos de América Calhoun— reputaban que la soberanía les correspondía a los Estados miembros, pero

D., “The Methods and the Politics”, en Legrand, P. y Munday, R. (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, cit., pp. 345 y ss.).

no al Estado central. En una posición intermedia estaban aquellos que sostenían una soberanía dividida entre el centro y la periferia. Y finalmente los que afirmaban —y la mayoría lo sostiene todavía— que la soberanía, siendo indivisible, pertenece sólo al Estado federal: único titular, éste, del poder interno y del exterior; único sujeto jerárquicamente superior a los otros entes territoriales constituidos en su interior, y único sujeto dotado de personalidad internacional.<sup>95</sup>

Cualquiera de estas tesis —más allá de su rigor científico— no raramente escondía orientaciones políticas: así, en América, la exigencia de evitar la vejación política de los estados del sur inducía a patrocinar la causa de la soberanía estatal (Calhoun); mientras al contrario, el deseo de una “more perfect Union” conducía, de vez en cuando, a sostener que la soberanía estaba dividida (Hamilton, Jay, Madison), o, incluso, que ésta le correspondía sólo al centro; igualmente la necesidad de equilibrar la posición de Prusia y Baviera en el ámbito del *Reich*, pero al mismo tiempo de mitigar la indudable mayor fuerza de la primera sobre la segunda, impedía que los juristas alemanes (o por lo menos algunos de ellos) defendieran la tesis de la soberanía del centro (como querían Zorn y Borel).

Las características consideradas núcleo por la dogmática clásica para distinguir las varias formaciones estatales, se han revelado insuficientes frente al surgimiento de nuevos modos de entender el federalismo, pero sobre todo ante la presencia de nuevos experimentos de organización territorial.

No sólo no parece provechoso ya basarse en el criterio de la “soberanía”; sino que incluso la individualización de otros cánones, como la participación de los Estados miembros en el proceso de reforma constitucional, la labor de las cámaras altas representativas de los Estados, el ejercicio de la jurisdicción a nivel

<sup>95</sup> Lucatello, G., *Lo Stato federale*, I (1939), reimpresión, Padova, CEDAM, 1967; *id.*, voz: “Stato federale”, *Novissimo Digesto italiano*, XVIII, Turín, UTET, 1971, pp. 333 y ss.; *id.*, voz: “Confederazione di Stati”, *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1988, t. VIII.



descentralizado, etcétera, supone el riesgo de no dar cuenta con plenitud de las varias modalidades evolutivas de los diferentes ordenamientos descentralizados. Con mucho, permite distinguir entre Estado federal y regional, y mientras estos criterios cumplen las exigencias de quien aspira a percibir el núcleo del federalismo y del regionalismo, no son suficiente para los que se interrogan sobre la adscripción a un “tipo” o a otro de algunos ordenamientos, cuyos contornos no se han elaborado de forma definida.

Como se ha notado, de hecho, no sólo el federalismo cooperativo ha venido desde el principio a suplantar el federalismo dual que caracterizaba claramente, en el pasado, las relaciones entre centro y Estados miembros, sino que incluso se habla hoy de federalismo creativo o extensivo, de *new federalism*, de *functional federalism*. Fórmulas —todas éstas— que esconden la dificultad de simplificar en fórmulas estandarizadas los esquemas, aunque al mismo tiempo evidencian las tensiones entre modelos menos rígidos de yuxtaposición entre entes periféricos y Estado central, justamente para entrelazar los mismos conceptos con los que estamos analizando: Estado unitario (y/o centralizado), Estado federal, Estado regional.<sup>96</sup>

Entra en crisis, con esto, junto a la definición de Estado descentralizado, la definición misma de Estado federal: por ello, no puede volver a definirse como un “Estado de Estados” provistos de soberanía internacional e interna, sino sólo como un ordenamiento ampliamente descentralizado.

Estos problemas han sido afrontados por muchísimos autores de derecho público, aunque una gran parte de ellos emplea demasiado a menudo presuposiciones, y sobre todo la visión comparada se somete a percepciones internas/nacionales de la descentralización. Los constitucionalistas raramente se interrogan acerca del uso de la comparación para llegar a un denominador común de las palabras con las que se denomina cada ordenamiento, desde

<sup>96</sup> Reposo, A., voz: “Stato federale”, *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1993, t. XXX; *id.*, *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 2005.

el punto de vista del “tipo de Estado”. A veces miden el nivel de descentralización en términos de ejercicio del poder, pero ello es competencia de los politólogos; otras veces mezclan modelos estáticos (basados en soberanía y competencias) con modelos dinámicos, siguiendo a Carl Friedrich.<sup>97</sup> Raramente se plantean el problema de si decidir la naturaleza “centralizada”, “confederal”, “federal”, “compuesta”, “regional”, “con devolución”, “autonómica”, etcétera, de un ordenamiento le corresponda al legislador o a la propia doctrina. El análisis científico demuestra la extraordinaria variedad de calificaciones que se da entre ordenamientos bastante distintos entre sí; el hecho de que más textos constitucionales definan de un cierto modo su ordenamiento no significa que a dichos términos todos atribuyan un significado exactamente igual.<sup>98</sup>

La doctrina comparatista que se dedica a los problemas de método, sin embargo, ha cumplido su cometido, aunque nunca ha llegado a resultados clasificatorios uniformes. Los elementos considerados, de hecho, han sido muy diferentes. Aparte de la soberanía, los argumentos cada vez adoptados para distinguir los unos de los otros tipos de Estado son múltiples.<sup>99</sup>

<sup>97</sup> Para componer la antinomia, propone una solución inspirada en las matemáticas Bagni, S., “Il lessico delle Costituzioni nella dinamica del federalismo. Spunti per un’analisi matematica dei processi di decentralizzazione”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 3, 2008, pp. 1 y ss.

<sup>98</sup> Véase Pegoraro, L., “Federalismo, regionalismo, descentralización. Una aproximación semántica a las definiciones constitucionales y doctrinales”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 8, 2001, pp. 383-398, y en *id.*, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa, 2006, pp. 233 y ss. El artículo 1o. de la Constitución belga, por ejemplo, califica al Estado “federal”. Pero la palabra recoge numerosos significados, como la literatura jurídica ha demostrado ampliamente.

<sup>99</sup> Así, algunos hacían referencia al procedimiento de formación. Se ha dicho también que, en los Estados federales, las competencias residuales pertenecen a los Estados, mientras que la Federación sólo tiene las competencias enumeradas en la Constitución. No falta quien se ha basado y todavía se basa en la autonomía constitucional de los Estados miembros, que las regiones no tienen. En la búsqueda de un carácter distintivo entre Estados federales y otros Estados (regionales, autonómico, con devolución) es más plausible detenerse sobre la estructura del Parlamento: sólo en el primer tipo de ordenamientos una

La utilidad de que la doctrina aclare las categorías de la descentralización se refleja en los formantes dinámicos: la jurisprudencia es llamada a menudo a resolver conflictos entre centro y periferia, y un uso correcto de las categorías comparadas ayuda para solucionar problemas comunes; el legislador a su vez —con frecuencia por culpa de la doctrina— tiende a entender la descentralización como un valor en sí, y no como un instrumento para resolver problemas de eficiencia organizativa, asegurar estándares más altos de derechos o reconocer minorías étnico-lingüísticas, y usa retóricamente las categorías comparadas con el fin de descentralizar (o descentralizar más), confundiendo el medio y el fin.

La doctrina comparatista/constitucionalista puede emplear las aportaciones del derecho comparado general para explicar la distribución vertical del poder; al mismo tiempo, tiene que seguir afinando algunos aspectos que ofrezcan contribuciones originales (y, como se acaba de decir, útiles), en un campo hoy especialmente sensible, caracterizado por fenómenos de agregación (Unión Europea, Mercosur, NAFTA y otras entidades regionales), y de desagregación (URSS, Yugoslavia, Checoslovaquia, Etiopía, Sudán...) o pulsiones en esta dirección (España, Italia, Bélgica...). El tema se cruza con el de los derechos, de las fuentes, de la organización del Estado. No puede valerse de profundizaciones exclusivamente jurídicas, sobre todo en perspectiva “macro”, si no

cámara representa de hecho a la población en su totalidad, mientras que otra representa a los Estados miembros de modo paritario. La principal diferencia *cualitativa* que distingue los Estados federales de los otros es individualizada finalmente por algunos estudiosos en la participación de los entes periféricos en la reforma constitucional (Reposo); en otras palabras, el centro no podría, por sí solo, enmendar la Constitución restringiendo las competencias de los Estados miembros sin que éstos puedan opinar, bien a través de la segunda cámara o bien a través de la participación de la población de los entes periféricos participantes de la Federación. Todos estos criterios, empero, presentan excepciones, aunque los últimos dos, con base en la observación empírica y la percepción común, son más probables para construir clasificaciones (aunque dúctiles) ciertas (científicamente) y útiles.

se quiere correr el riesgo de confundir los aspectos nominales con los sustanciales,<sup>100</sup> pero sin confundir los niveles de análisis.

### *C. Las formas de gobierno*

Con la expresión “forma de gobierno” se suele indicar el conjunto de reglas que caracterizan la distribución del poder entre los órganos constitucionales. Ésta es usada sólo por los constitucionalistas y politólogos de algunos países, como Italia, con referencia a un objeto de investigación que existe sólo desde que se afirmaron el Estado liberal y la separación de poderes. En otros lugares (e idiomas) se habla de *government* (en uno de los muchos significados que tiene esta palabra) o de *régimen*. Es entonces un concepto vago, a no ser que se use en una comunidad de estudiosos bastante reducida, a pesar de que los constitucionalistas (con los politólogos) desde siempre lo estudian, se llame como se llame el conjunto de reglas que definen la fórmula y sea cual sea el método empleado. Por ello, es una buena prueba para los desafíos a los que se enfrenta el derecho constitucional comparado.

El primer problema concierne a la división/competición para el objeto de estudio entre constitucionalistas y politólogos. Si hay un sector lleno de citas recíprocas (aunque los constitucionalistas citan más a los politólogos, y no viceversa), es justamente éste. Lo es, porque los constitucionalistas no pueden trabajar sobre las formas de gobierno sin tener en cuenta las categorías de los politólogos (y éstos no pueden a su vez ignorar las posturas normativas que ofrecen las Constituciones o las leyes o convenciones constitucionales que las integran). Ello explica por qué en muchos países la materia es objeto de estudios y cursos universitarios no jurídicos.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> China, si no, entraría en la categoría “Estados regionales”: véase sintéticamente Rinella, A., *Cina*, Bolonia, il Mulino, 2006, pp. 75 y ss.

<sup>101</sup> Véase mi artículo “Comparación jurídica y uso ‘externo’ de las otras ciencias”, en Agurto Gonzales, C. y Quequejana Mamani, S. L. (coords.), *Es-*

Ello no implica que los constitucionalistas/comparatistas no puedan construir categorías jurídicas y clasificaciones de las formas de gobierno, sin tener que acudir a las mediciones del poder hechas por los politólogos.<sup>102</sup>

En la teoría moderna de las formas de gobierno, los elementos usados para clasificarlas han sido individualizados progresivamente por los constitucionalistas, de forma conjunta o separada, en las relaciones entre los órganos constitucionales, en el criterio de atribución del poder a uno o más órganos, en la autonomía o en la colaboración entre los órganos, en la dislocación del poder de dirección política, en el sistema de partidos, en los sistemas electorales, en el papel de la oposición, en el mantenimiento de un poder como competencia de este u otro sujeto (por ejemplo el de disolución de los Parlamentos)...<sup>103</sup> Al mismo tiempo, se han propuesto clasificaciones simplificadas (como formas de gobierno monistas y duales) y otras extremadamente detalladas, para distinguir la múltiple realidad de las relaciones de poder entre órganos constitucionales.

Esto explica por qué la categoría está sometida a variables subjetivas (como las otras clasificaciones, por otra parte), pero también por qué es difícil encontrar elementos determinantes aceptados comúnmente y métodos de estudio reconducibles con toda seguridad a la ciencia jurídica. Explica igualmente la escasa concordancia no sólo sobre el *nomen* con el que clasificar la materia, sino incluso sobre las clases.<sup>104</sup> Es un síntoma de ello la dis-

*tudios de derecho civil*, Lima, Motivenza Ed. Jurídica, vol. 1, en proceso de publicación.

<sup>102</sup> Véase muchos libros y artículos de Diego Valadés, por ejemplo *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, 1974; *El gobierno de gabinete*, México, UNAM, 2003; *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, 2a. ed., México, El Colegio Nacional-UNAM, 2008; *El control de poder*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2006; bibliografía completa de este autor en Häberle, P. y García Belaunde, D. (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, México, UNAM, 2011, 2 vols., vol. I, pp. XVIII y ss.

<sup>103</sup> Remito de nuevo a Volpi, M., *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, cit., pp. 87 y ss.

<sup>104</sup> Véase *supra*, § 2.2.

cusión sobre la clasificación de la forma de gobierno francesa, o la israelí, por lo cual varios autores franceses e italianos usan expresiones diferentes (respectivamente “semipresidencial”, “presidencial a tendencia parlamentaria” o simplemente “presidencial”; y “neoparlamentaria” o “semiparlamentaria”); pero también las diferentes denominaciones del parlamentarismo latinoamericano, que conocidos politólogos y constitucionalistas del área (y no) incluyen en la categoría a la que pertenecen los Estados Unidos, mientras otros lo consideran una variante degenerada, que denominan “presidencialista” y no “presidencial”.<sup>105</sup>

Ya he denunciado que cuando se estudian, analizan y clasifican las formas de gobierno, usar *conjuntamente* las clases prescriptivas del derecho constitucional y los modelos politológicos derivados del funcionamiento de los sistemas políticos, puede crear confusión (como si se mezclara el análisis de las prescripciones de ley sobre el tráfico con la de las desviaciones y las investigaciones sobre el porqué en algunas ciudades *de hecho* la gente no se para en los semáforos en rojo).<sup>106</sup> La cuestión es: ¿pueden, los cultores de las dos materias, fingir que la otra no exista? Ello conlleva un problema práctico, es decir, cómo usar la literatura de otra ciencia.

Si para el politólogo, se trata, a veces, de seleccionar qué estudios de derecho constitucional utilizar, teniendo en cuenta también el marco jurídico, en la medida en que condiciona los fenómenos políticos, para el comparatista es un problema identificar qué investigaciones politológicas son útiles para su estudio, cuáles son innovadoras y originales, cuáles se pueden usar de forma instrumental para un marco jurídico del tema investigado. A me-

<sup>105</sup> Remito a mi estudio “Forme di governo, definizioni, classificazioni”, en Pegoraro, L. y Rinella, A. (eds.), *Semipresidenzialismi*, Padova, CEDAM, 1997, pp. 3 y ss., y en *Studi in onore di L. Elia*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 1217 y ss., trad. francesa: en mi libro *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, cit., pp. 107 y ss. (ed. mexicana), y 125 y ss. (ed. colombiana).

<sup>106</sup> Véase mi “Diritto pubblico comparato e scienza politica: per una relazione egualitaria”, “Introducción” a Passarelli, G., *Monarchi elettivi? Dinamiche presidenziali in Francia e Portogallo*, Bolonia, BUP, 2008, pp. 11 y ss.

nudo, no tiene los instrumentos para hacerlo, justamente porque si es jurista y usa el método jurídico, no es politólogo y no se ha apoderado de las categorías de la ciencia política.

Cada estudioso del derecho, sin embargo, necesita unas bases culturales mínimas, no para entender la genialidad (y la originalidad) de una obra de otra ciencia, sino para evaluar la estructura y la coherencia de la investigación (al menos en las ciencias sociales). Por lo menos debería usar los estudios con finalidades diferentes, que por ello usan instrumentos diferentes, y los homogéneos a los habituales.<sup>107</sup>

En las zonas intermedias, como las formas de gobierno, la exigencia recíproca de los juristas comparatistas y los politólogos de “usar” las investigaciones de los demás no puede separarse de esta evaluación previa de los fines y medios empleados, con lo cual, sin renunciar a usar los conocimientos de los demás, hay que evitar el riesgo de basar un análisis jurídico en el elemento determinante del éxito de las normas y del funcionamiento concreto: tarea, esta, de la ciencia política, en cuyas categorías el jurista no es experto.

La contribución del derecho constitucional comparado a una teoría no provinciana de las formas de gobierno tiene que dirigirse, en primer lugar, a buscar un léxico común que corresponda a un objeto común, por lo menos en el formante doctrinal; y luego a encontrar una especificidad metodológica en el estudio de la materia.

Pero sobre todo hay que preguntarse si puede crearse una teoría *jurídica* de las relaciones de poder, fuera de la forma de Estado liberal-demócrata. Se insiste en el hecho de que “la misma posibilidad de distinguir diferentes formas de gobierno subsiste sobre todo, si no exclusivamente, para el Estado liberal y el democrático

<sup>107</sup> La inteligencia del método (mejor, la corrección de la metodología usada) debería representar patrimonio común de todo científico. Existe un método jurídico, existen métodos propios de otras ciencias, pero antes de todo tiene que hacer un método, y cada investigador debería ser capaz de entender si hay un método, leyendo un trabajo, o si éste es el resultado de sensaciones poéticas, influjos diferentes, enfoques casuísticos, “intuiciones” no racionalizadas...

pluralista, mientras que es muy problemática en las formas de Estado autocráticas, caracterizadas por una fuerte concentración del poder”,<sup>108</sup> y se ha dicho que “la forma de Estado ‘absorbe’ largamente la de gobierno, reduciéndola a un conjunto de modalidades organizativas bastante secundarias”.<sup>109</sup> Aunque se subraye la importancia del concepto de forma de Estado para clasificar las formas de gobierno, hay que decir que en una perspectiva no sólo formal del concepto de “Constitución”, atenta a las convenciones constitucionales y las relaciones de los sujetos “constitucionales” en sentido amplio, se puede extender los análisis de estas relaciones fuera de las democracias liberales. Al fin y al cabo, nadie llegaría a negar que la forma de gobierno británica es el fruto de equilibrios de poder estratificados en aquellas reglas jurídicas que son *conventions of the Constitution*. Así se podría hablar no solamente —como se hace— de forma de gobierno de la Unión Europea, sino también de formas de gobierno de los países socialistas. Por ejemplo, las formas de gobierno de la Unión Soviética correspondían a las relaciones entre tres sujetos “constitucionales” que desde siempre se han repartido el poder: partido, ejército y KGB.

Usando coordinadas más amplias —siempre indispensables en una comparación que no se limite al mundo occidental—, el concepto de forma de gobierno (o similares) puede ser usado para analizar las relaciones constitucionales incluso de algunos ordenamientos autocráticos, no solamente basándose en el ejercicio efectivo del poder (como los politólogos) sino también en las reglas (en su mayoría no escritas) que determinan la división y las relaciones entre facciones (téngase en cuenta que el poder absoluto concentrado en un órgano solo representa más un modelo abstracto que un caso que se cumpla efectivamente en la realidad).

<sup>108</sup> Volpi, M., “La classificazione delle forme di governo”, en Morbidelli, G. *et al.*, *Diritto pubblico comparato*, 4a. ed., Turín, Giappichelli, 2012, p. 314.

<sup>109</sup> Elia, L., voz: “Governo (forme di)”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1970, t. XIX, p. 635.



Las categorías generales del derecho comparado siempre son útiles, incluso cuando se estudian las formas de gobierno, pero en este caso no son suficientes.

#### *D. La organización del Estado*

Lo mismo se puede decir de otro sector privilegiado de estudio del derecho constitucional comparado, es decir, la organización del Estado, que en su concepto moderno puede estudiarse sólo desde el nacimiento del mismo (convencionalmente, desde la Paz de Westfalia de 1648), aunque se le pueden aplicar categorías incluso en relación a lugares y tiempos diferentes.

Normalmente, los constitucionalistas lo estudian —tanto en perspectiva interna como comparada— en los trabajos sobre los órganos constitucionales que se suele considerar que componen al Estado: el pueblo (aun cuando se evidencia que éste forma parte del Estado-comunidad, más que del Estado-aparato); el Parlamento, el jefe de Estado, el gobierno (o los dos conjuntamente, donde el Poder Ejecutivo está representado por un único órgano), los tribunales constitucionales, a los que pueden añadirse los jueces (del que se subraya la naturaleza de “poder” u “orden”, más que de órgano constitucional), y a veces la administración pública (no como órgano constitucional, sino como aparato, aunque dependiente del Ejecutivo: la estudian sobre todo los que se ocupan de derecho administrativo y de ciencia de la administración).

Este tipo de investigaciones también se superpone, a veces, con las de otras ciencias: además de los estudios sobre la administración, los relativos al “pueblo” cuando se afrontan los temas de la representación (analizada en las investigaciones de doctrinas políticas, historia del derecho, teoría general), de las elecciones y de los partidos (ciencia política); los estudios sobre los Parla-mentos, especialmente por lo que se refiere al bicameralismo, que estudian asimismo otras ciencias jurídicas, históricas y políticas en ocasiones; finalmente los estudios sobre los presidentes, que

sobre todo en los Estados Unidos desarrollan tanto los constitucionalistas como los politólogos.

Los aspectos de la organización dejan más margen a los aspectos jurídicos respecto de las formas de gobierno (a las que nos remitimos para las observaciones metodológicas).

### III. CONCLUSIONES

Entender los ordenamientos, para un comparatista, no significa tener que usar siempre todos los formantes en sus investigaciones. Ello es indispensable en los estudios “macro”, pero no lo es siempre en los “micro” y tampoco en los que denomino “globales” (es decir, que comprenden todos los ordenamientos o casi, pero con referencia a aspectos específicos).

Entender los sistemas para reagruparlos comporta estudiar su derecho de manera global —en su historia, y teniendo en cuenta los aportes de otros tipos de investigaciones (sin confundir sus objetos)—, buscar sus principios fundamentales y cómo están desarrollados en la ley, la jurisprudencia y la doctrina.<sup>110</sup>

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

En particular, en algunos casos *no se puede* usar ningún otro formante aparte del legal, cuando se estudian sistemas nuevos o reformas introducidas contemporáneamente en varios ordenamientos y todavía no presentes en la jurisprudencia. Es éste el

<sup>110</sup> Indicaciones útiles sobre las fases de una investigación comparada —selección, descripción, análisis— se encuentran en Dannemann, G., “Comparative Law: Study of Similarities or Differences?”, *cit.*, pp. 406 y ss.

caso de algunos estudios de los años noventa sobre las nuevas Constituciones de Europa del Este, a la espera de que la jurisprudencia y la doctrina determinaran su significado en detalle. Podría ser el caso también de un estudio sobre las reformas constitucionales de Bolivia y Ecuador, casi contemporáneas, para averiguar cómo han sido enunciados los principios inspiradores parecidos con fórmulas a veces similares y otras diferentes (pero hay que decir que también en estudios de este tipo se debe tener en cuenta los “criptotipos”, aunque no haya legislación y jurisprudencia todavía).

En algunas investigaciones globales —que no se limitan a afrontar un número reducido de sistemas— se puede usar un solo formante. Pasa, por ejemplo, en los estudios sobre el lenguaje de las Constituciones o las leyes, sobre las definiciones de los ordenamientos, sobre las técnicas de división del material en la estructura del texto; o, a nivel de formante jurisprudencial, en los estudios acerca de los trabajos preparatorios, del uso del derecho comparado o del concepto de “derechos humanos”.

Más allá de los casos mencionados, desde una perspectiva práctica cualquier investigación comparada conlleva, en mayor o menor medida, la necesidad de enfrentarse al diferente peso de los formantes y a su disociación. El tema concierne a todo sistema, pero es más delicado cuando se estudia más de un sistema.<sup>111</sup> Se añade además la dificultad de entender el funcionamiento efectivo de las instituciones, que no siempre pueden mitigar las lecturas,

<sup>111</sup> Una comparación entre el sistema televisivo británico y el estadounidense, por ejemplo, tiene que evidenciar de forma diferente los principios constitucionales (presentes en la primera enmienda en los Estados Unidos, y en reglas no codificadas en el Reino Unido); la legislación (amplia en ambos casos); la jurisprudencia (determinante en los Estados Unidos, poco importante en el ordenamiento británico); si la comparación se amplía a sistemas de *civil law*, se encuentran fuertes disociaciones entre el texto de las Constituciones, los principios constitucionales, la legislación y la jurisprudencia (sobre todo la constitucional). Hay consecuencias sobre la organización del sumario, el énfasis dado a cada elemento, que puede ser diferente según el caso, con el riesgo de desequilibrios del texto.

por muy profundas que sean;<sup>112</sup> y el objetivo, aún más complejo, de percibir el sistema de valores y los otros factores que son la base de la legislación, la jurisprudencia y la praxis aplicativa.

“Derecho mudo” designa, en la acertada terminología de Rodolfo Sacco, a “aquellas reglas que existen y son relevantes, pero que el operador no formula (aunque quisiera, no sabría cómo)”; reglas que “el hombre practica sin ser consciente de ello”.<sup>113</sup> El conocimiento tácito (estudiado en clave filosófica y científica por Michael Polany) representa un campo de análisis interdisciplinario que no atañe sólo a la epistemología, la psicología, la economía, sino, obviamente, también al derecho. En el derecho también existen “reglas opacas”, formas de actuar automáticas, como montar en bicicleta o distinguir un vino.

Los “criptotipos” abarcan el derecho en todas sus dimensiones, aunque algunas lecturas del positivismo legislativo han reducido su estudio y los han hecho jurídicamente irrelevantes. Son importantes para la comprensión de un derecho interno, y más para el análisis comparado de los ordenamientos y de sus instituciones.

Para Sacco, “el derecho mudo puede ser el derecho de otro país, puede ser el *ius condendum* que hay en el país del intérprete. El derecho mudo del Estado puede ser el derecho de aquella religión, o el precepto (no jurídico) de la religión misma. El dere-

<sup>112</sup> Aún menos si, en lugar de leer los autores se limitan a incluir en las notas listados interminables de títulos encontrados en Internet, sin siquiera verificar su contenido. Un aspecto evidente y particularmente deletéreo de esta aproximación es la enorme difusión de “crónicas”, encomendadas sobre todo a jóvenes, en las revistas especializadas, o en “observatorios”, a menudo en papel o electrónicos, que señalan —casi siempre sobre la base de informaciones recopiladas en Internet— episodios institucionales específicos o fragmentados de ordenamientos muy variados: las crónicas desincentivan el espíritu crítico que sólo la profundización y la comparación pueden alimentar. Véase sobre los riesgos que Internet representa para la investigación, Pegoraro, L., “Prólogo” a Fernández Rodríguez, J. J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 17 y ss.

<sup>113</sup> Véase Caterina, R., “Il crittotipo, muto e inattuato”, en Antonioli, L. *et al.* (eds.), *Le nuove frontiere della comparazione*, cit., p. 85.

cho mudo puede vivir en una deontología extrajurídica. El derecho mudo puede derivar de la dignidad de ciertos intereses”.<sup>114</sup>

El derecho mudo es un derecho que a veces se impone al lado (y a menudo por encima) del derecho “oficial”, pero sobre todo es un derecho potencial, susceptible de manifestarse en los formantes expresos y dinámicos: vive en las interpretaciones de los estudiosos, como en las reglas interpretativas de los jueces, y condiciona las decisiones legislativas. Circula desde abajo hacia el derecho que habla, y de forma horizontal a través de sus manifestaciones.

En los estudios comparados, ignorarlo significa cristalizar las investigaciones en el dato formal, excluyendo la posibilidad de penetrar en las estructuras profundas de los ordenamientos, y finalmente de estudiar el derecho positivo por lo que es, con lo cual se limitan a su expresión legislativa (o en el mejor de los casos en la jurisdiccional). Tenerlo en cuenta significa estudiar el derecho positivo por lo que es, es decir, un conjunto de disposiciones pero también de significados dados a dichas disposiciones, de reglas (a menudo mudas) que inspiran las interpretaciones, de reglas que condicionan la aplicación, de reglas que condicionan los comportamientos.

El método jurídico regula el estudio de las reglas jurídicas, pero no excluye que en el concepto de regla jurídica entren también reglas mudas. Sólo para una específica visión del positivismo, limitada en el tiempo y el espacio, no hay sitio para un análisis jurídico de las reglas mudas.

Los privatistas (comparatistas) señalan muchos ejemplos de reglas implícitas que no se concilian con la lectura de la ley, y que al contrario son vigentes expresamente en otros ordenamientos.<sup>115</sup>

Los constitucionalistas evidencian la importancia de la praxis, diciendo que en ella falta el elemento sicológico presente en las costumbres constitucionales; no siempre incluyen en la misma

<sup>114</sup> Sacco, R., “Regole e meccanismi di funzionamento del diritto muto”, en Antonioli, L. *et al.* (eds.), *Le nuove frontiere della comparazione*, *cit.*, p. 134.

<sup>115</sup> Caterina, R., “Il crittotipo, muto e inattuato”, *cit.*, p. 91.

clase comportamientos iguales, que a veces consideran costumbres y otras veces convenciones constitucionales.<sup>116</sup> Los constitucionalistas estudian reglas importantes, como las de comportamiento, que concurren a encaminar hacia resultados diferentes formas de gobiernos aparentemente similares, pero que casi siempre las consideran a-jurídicas o pre-jurídicas. En general, dan mucha importancia a reglas no escritas (por ejemplo, subrayan que el sistema constitucional británico en su conjunto se basa en reglas no codificadas). No siempre profundizan, en la comparación, la importancia de los “criptotipos” en la implementación legislativa y jurisprudencial del derecho constitucional, y aún más raramente en la existencia, en muchas partes del mundo, de reglas estratificadas que se añaden o incluso superan las oficiales. Registran la importancia de la razón de Estado (un “criptotipo” que permea el derecho constitucional), las necesidades de la urgencia, la exigencia de excepciones a las reglas, aunque no sabemos de una teoría orgánica “constitucional” del derecho mudo.<sup>117</sup>

En conclusión, todavía les queda mucho trabajo a los constitucionalistas que quieran hacer comparación o que quieran usarla instrumentalmente para enmarcar los derechos nacionales. Los privatistas lo han conseguido, separándose todo lo posible de una mera extensión de “su” ordenamiento a los derechos de otros países, y perfeccionando a lo largo de más de un siglo los instrumentos para entender los fenómenos jurídicos en un contexto no

<sup>116</sup> Piénsese en aquellas que regulan la formación de los gobiernos en algunos sistemas, o en las dinámicas parlamentarias.

<sup>117</sup> Dinámicamente, el derecho mudo puede existir antes del codificado o reconocido, condicionando su producción y traducándose en reglas y sistemas que responden a los imperativos “se debe”, “se puede”, “es justo”, “está bien” comportarse de una forma (como pasa en el nacimiento de las costumbres). Cuando el derecho oficial no respeta dichos imperativos, percibidos como tales por lo general, aunque no por todos, el derecho mudo crea fenómenos de disociación entre este mismo y los formantes verbalizados y dentro de éstos. Puede pasar que un juez “escuche” las reglas no escritas e introduzca jurisprudencia que se disocie del derecho legislativo; o que, en sistemas con base jurisprudencial, realice un *overruling* para darles reconocimiento. A su vez, la doctrina a menudo intenta anticipar las pulsiones hacia el cambio (hacia la disociación, por lo tanto) descubriéndolas en la sociedad.

“parroquial”. Podrán hacerlo los constitucionalistas también, pero sólo si renuncian a metafísicas globalizantes, por un lado, y a yuxtaposiciones de casos no comparables, por otro lado, y siempre con metodologías adecuadas que enfatizen las peculiaridades de la materia estudiada.