

# Las consultas de los profesores como fuente del derecho (el papel de la doctrina en la jurisprudencia constitucional)\*

LUCIO PEGORARO\*\*

## Resumen

La codificación ha sustraído a los profesores el poder de decidir, que antes tenían, pero no el de comentar, criticar, sistematizar, influir, aconsejar. El artículo pretende hacer un estudio interrelacionado, con el fin de verificar si la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales y Supremas resulta explícitamente permeable al elemento doctrinario. Por lo tanto, el objeto principal de la investigación son las citas directas de la doctrina que utilizan los jueces en la motivación de las decisiones en algunos países. La conclusión es que la doctrina en general es una fuente del Derecho aunque indirecta.

**Palabras clave:** Derecho comparado. Proceso constitucional. Argumentación jurídica. Doctrina jurídica. Citas.

## Sumilla

1. Los jueces y los profesores
2. Jurisprudencia que compara
3. Soportes doctrinales en los contextos de decisión y de justificación
4. Ejemplos: los casos de Filipinas, Israel, Sudáfrica y Argentina
5. Conclusiones

Referencias

---

\* Traducido por Grethell Aguilar Oro y Javier Espinoza de los Monteros Sánchez. Esta investigación ha disfrutado de la contribución del Proyecto PRIN 2010-2011.

\*\* Profesor de Derecho Público Comparado en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia y profesor afiliado en la Universidad Autónoma de Nuevo León.

## 1. Los jueces y los profesores

El derecho jurisprudencial no es solo el producto de los jueces, así como modernamente se entiende, sino también de la casta de juristas, los «doctos». El derecho de los doctos es un derecho jurisprudencial que ha tenido y todavía tiene varias manifestaciones<sup>1</sup>.

En las familias occidentales, la doctrina hoy no es un elemento dinámico de producción jurídica. En el *common law*, ni siquiera lo ha sido en el pasado, y tampoco ha sido muy importante en sus reflejos en la jurisprudencia: el *common law* inglés, en particular, es el producto de los jueces del rey, y el papel de los profesores/juristas siempre ha sido marginal, como lo ha sido la ciencia jurídica que ellos (en otras partes) crearon. La producción jurídica universitaria no es tan amplia como en otros sitios<sup>2</sup>. En el derecho público además la creciente expansión del derecho legislativo ha favorecido un ingreso más fácil de los doctores en el circuito de producción jurídica, siendo esta esfera (un poco) más refractaria a los esquemas mentales anclados en el uso del sistema casuístico y del precedente judicial<sup>3</sup>.

En el continente europeo, desde el principio del milenio pasado los profesores han sido los verdaderos artífices de las grandes construcciones jurídicas. La codificación les ha quitado el poder de decidir, que tenían antes, pero no el de comentar, criticar, sistematizar, influir, recomendar; muchas veces, en suertes de «uniones personales», participan en Gobiernos y Parlamentos, en los tribunales supremos ordinarios o administrativos o constitucionales. Las sentencias son anónimas, no son los magistrados particulares quienes producen el derecho, ni siquiera donde se admite el voto particular. No hay ninguna fractura entre academia y formantes dinámicos, sino solo distintas percepciones subjetivas de los papeles<sup>4</sup>. Normalmente participan

<sup>1</sup> Sobre el Derecho de tipo docto, además de los estudios de derecho romano: C.F. Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo* (Roma, 1972); F. Calasso, *Medioevo del diritto* (Milán, 1954); E. Besta, *Fonti: legislazioni e scienza giuridica dalla caduta dell'Impero Romano d'Occidente al secolo XVI* (Milán, 1923); D. Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico* (Milán, 1972); M.C. Zorzoli, *Università, dottori, giureconsulti* (Padua, 1986); R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History* (Cambridge, 1987); A. Braun (Bologna, 2006).

<sup>2</sup> Los profesores citan a los jueces en sus motivaciones de mayoría o minoría, pero raramente sucede lo contrario. Cuando sucede, las referencias son a obras que, a su vez, son sistematizaciones de la casuística judicial, en un *continuum* donde (desde un punto de vista cultural) la parte que sucumbe es la doctrina.

<sup>3</sup> Y, sin embargo, la situación en el Reino Unido es diversa de aquella que se registra en muchos otros ordenamientos de *common law*, especialmente Canadá, Sudáfrica e India.

<sup>4</sup> Todos saben que la expresión «formantes» del ordenamiento ha sido acuñada por R. Sacco, *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law* (1991, pp. 343 ss.) e *Introduzione al diritto comparato* (Turín, 1992, pp. 43 ss.), para referirse a los diferentes conjuntos de reglas y disposiciones que contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo, en un lugar y un momento determinado; en otras palabras, «a 'formant' of the Law is a group, a type of personnel, or a community, institutionally involved in the activity of creating Law»: así P.G. Monateri, Introduction, en *Methods in comparative law: an intellectual overview* (Cheltenham-Northampton, 2012, p. 165 s.). Como explican M. Bussani y U. Mattei, *The Common Core Approach to European Private*

en la producción del derecho, insertándose con sus obras en los debates jurídicos en proceso, uniformizando los elementos intervinientes y dándole importancia análoga a leyes, sentencias y doctrina.

No ha sido siempre así en el pasado, ni lo es fuera del derecho occidental.

La doctrina de los jurisconsultos romanos constituyó la base del Derecho vigente durante muchos siglos; la misma codificación justiniana y la labor de los juristas en las universidades medievales, que llevó a la construcción del «Derecho común» —y permaneció en vigor en diversas partes de Europa hasta las codificaciones— representaron formas de reelaboración de aquella doctrina que era el resultado de una actividad prevalentemente racional.

Con referencia a la ley islámica, los principios revelados por el arcángel Gabriel a Mahoma fueron codificadas en un texto sagrado, el Corán. Este es el texto fundamental del Derecho islámico clásico y, como es una expresión directa de la voluntad de Dios, no puede ser cambiado por el hombre. La *shari'a*, el conjunto de normas religiosas y jurídicas que se originan directamente del Corán, no puede prescindir de los «doctos» para ser aplicadas de manera efectiva en la sociedad islámica organizada. Estos sabios, pues, a través de su actividad académica denominada *fiqh*, exploran y describen la *shari'a*; por lo tanto, desempeñan una actividad que está relacionada con la *shari'a* como es la ciencia del Derecho al mismo Derecho (Losano, 2000, pp. 387 ss.). La contribución de los «doctos» a la ley islámica aplicada también incluye la *ijma*. Se trata de la opinión general de los juristas más influyentes de la comunidad islámica sobre principios y teorías. Este punto de vista, si formulado y apoyado por el consenso de los *ulemas*, se reconoce como infalibles y, por lo tanto, aplicable a la vida concreta de la comunidad islámica (esta lectura se transmite principalmente entre los sunitas, en lugar de entre los chiítas)<sup>5</sup>. Es un fenómeno

---

Law (1997, p. 339), «a list, even an exhaustive one, of all the reasons given for the decisions made by the courts is not the entire law. Neither are the statutes the entire law, nor are the definitions of legal doctrines given by scholars. In order to know what the law is, Sacco's reasoning continues, it is necessary to analyze the entire complex relationship among what he calls the «legal formants» of a system. [...] All these formative elements are not necessarily coherent with each other within each system». Sobre la fractura entre formantes v. A. Somma, *Introducción crítica al Derecho Comparado* (Lima, 2006, espec. p. 62 ss.).

<sup>5</sup> Como recuerda M. Oliviero, voz *Diritto islamico*, en L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato* (Roma, 2009, pp. 99 ss.); ed. mexicana *Glosario de Derecho público comparado*, coords E. Ferrer Mac-Gregor, M. Núñez Torres, C. Astudillo, G. Enríquez Fuentes, P. Torres Estrada (México, 2012, pp. 120 ss.), «La ciencia del Derecho islámico (*ilm'al-fiqh*) se divide en dos grandes partes. Por un lado, se compone por las 'raíces' (*usūl al-fiqh*) que explican por medio de qué procedimientos y qué fuentes ha sido hallado el conjunto de disposiciones que constituyen la *Shari'a*. Son consideradas 'raíces': el Corán (*Qur'an*), la sunna (*sunnat al-nābī*), el consenso (*iğmā*) y la analogía (*qiyās*). Por otro lado, se encuentra constituida por las 'ramas' (*furū al-fiqh*) de la jurisprudencia. Los *furū*, considerados por los doctos de las leyes (*'ulamā*) como derivados de la primera división, comprenden algunas materias que, utilizando las modernas categorías jurídicas occidentales, constituyen el Derecho privado, el Derecho penal, el Derecho procesal y parte del Derecho público».

similar, en cierto modo, al principio de vinculación con el precedente típico de los sistemas de *common law*<sup>6</sup>.

También el derecho hindú (brahmanico) de origen arcaico, en el curso del tiempo, respecto a las fases provenientes de la mezcla entre la tradición jurídica islámica y, a continuación, la británica, ha experimentado una significativa contribución de juristas doctos. Muchos comentaristas tuvieron el valor de traducir de las reglas arcaicas, de origen religioso y social, las reglas más idóneas para gobernar la vida de la sociedad india. A ellos le corresponde el mérito de realizar compilatorios de reglas y comentarios (*Nibandhas*) considerados como una interpretación autorizada de los escritos originales y que, según algunos autores, hay que considerarlos como verdaderas fuentes del derecho<sup>7</sup>.

Con la afirmación de los principios del positivismo jurídico en Europa y en las Américas, los profesores han sido desplazados del circuito decisional concedido al legislador y en el *common law*, también a la jurisprudencia. En muchos casos, los profesores se conciben como exegetas del Derecho legislativo o jurisprudencial, y producen obras donde el Derecho que explica es el resultado de legisladores y Tribunales (especialmente constitucionales). A veces esperan reconstruir los sistemas, ofreciendo interpretaciones o visiones globales (que pueden no tener en cuenta lo que dicen los legisladores o los jueces). No deciden, pues, pero esto no significa que no influyan. Esto se vincula al sentido anfibológico de la expresión «fuentes del derecho». 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 específico. 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 española o peruana, el precedente anglosajón, la costumbre y el *iğmā*' de

<sup>6</sup> Bibliografía sobre el Islam en M. Iqbal, *The Reconstruction of religious thought in Islam* (Londres, 1989); 'A.A. Na'im (ed.), *Islamic Family Law in a changing World. A global resource book* (Londres, 2002); M.H. Kamali, *Shari'a Law: An Introduction* (Oxford, 2008); C. Mallat, *Comparative Law and the Islamic (middle eastern) legal culture* (2006, pp. 610 ss.); T.W. Bennett, *Comparative Law and African Customary Law*, *ivi*, pp. 641 ss. Sobre las transiciones y la así llamada primavera árabe v. el número monográfico 11/2012 della *Rev. gen. der. públ. comp.*, intitulado «El mundo árabe».

<sup>7</sup> Véase al menos W.F. Menski, *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity* (Nueva Delhi, 2003); R. Lingat, *The Classical Law of India* (Berkeley, 1973); *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde* (La Haya, 1967); P. Diwan, *Modern Hindu Law* (Allahabad, 1993). Una eficaz síntesis de las fuentes del derecho hindú se encuentra en D. Amirante, voz *Diritto indù e diritto indiano* (2009, pp. 99 ss.), *Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione* (2013, pp. 1 ss.), y en *Ann. dir. comp. st. legisl.* 2013, pp. 239 ss., y ahora, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana* (Bologna, 2015).

los doctores musulmanes, el reglamento regional o el *dharma* hindú, etc. Mas precisamente, «con la expresión «fuentes del Derecho» se señalan aquellos actos o hechos de los que se deriva la «vigencia» (en un momento histórico concreto y en un lugar preciso, o con relación a determinadas categorías de personas) de un conjunto de normas, calificables exactamente como normas «jurídicas», es decir, como normas cuyo cumplimiento, en determinadas circunstancias, puede ser impuesto de manera autoritaria»

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 todas 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.

También usando la expresión «fuentes del derecho» en sentido amplio, es, sin embargo, difícil sostener que en Occidente, hoy, los profesores puedan ser considerados productores de derecho directamente imperativo. Y viceversa, también sucede en *civil law*, de la jurisprudencia. Al menos aquella de las cortes constitucionales y supremas con vinculatoriedad *erga omnes* es ya reputada fuente de acreditada doctrina<sup>8</sup>. Sin embargo, las cortes como el legislador, no viven en una torre de marfil. Sienten los impulsos de la sociedad, y son permeables a las influencias de la doctrina jurídica, que tal sociedad (a veces) interpreta, al menos cuando no se resigna al papel de mero comentador de las palabras de la ley y de cronista de la jurisprudencia. Los diversos formantes —legislativo, jurisprudencial, doctrinal— tienen relevancia diferente, pero están entrelazados.

Es, por tanto, de algún interés estudiar como interaccionan los dos formantes, doctrinal y jurisprudencial, en la producción jurídica mundial y, además, entender si la autosuficiencia estatal o de derecho positivo en la producción del derecho venga minada de fenómenos de circulación, mediante el recurso al derecho comparado y, en el caso específico, a referencias a doctrina extranjera en los procesos decisionales de las cortes.

---

<sup>8</sup> Entre los partidarios de la tesis de que todas las sentencias estimatorias son fuentes del derecho, A. Pizzorosso, *Delle fonti del diritto*, nel *Commentario del Codice civile* (Bologna, 1977, p. 277) y muchas otras obras; E. Álvarez Conde, *Curso de Derecho constitucional* (Madrid, 2005, I, p. 285 ss.). En general sobre la jurisprudencia constitucional como fuente C. Landa Arroyo, *Los precedentes constitucionales* (México, 2011), y Ildic. Lima: Inca Garcilaso de la Vega-Iustitia, 2012, respectivamente I, p. 173 ss., y I, p. 1005 ss. Limitadamente a las sentencias creativas, L. Paladín (Bologna, 1996, pp. 456 ss.).

Nos hemos propuesto, por tanto, analizar la circulación de las citas doctrinales en la jurisprudencia de las cortes de vértice, tanteando las sentencias de algunas de ellas, en la perspectiva de una investigación de alcance mundial, confiada a numerosos grupos de investigación, cuyos resultados serán publicados entre el 2015 y el 2016. En particular, para América latina se está concluyendo (y en algunos casos ya está concluido) el análisis de los últimos diez o cinco años de jurisprudencia de las cortes supremas o constitucionales de México, Costa Rica, El Salvador, Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Brasil y Argentina.

La investigación se propone múltiples objetivos: a) profundizar el tema de la circulación entre formantes (de lo doctrinal a lo jurisprudencial), verificando la alineación o la fractura. Puede, en efecto, acontecer que, respecto al formante normativo (la Constitución y la ley), o al jurisprudencial (los precedentes), las cortes busquen en las sugerencias doctrinales el modo para separarse del derecho positivo vigente, o viceversa encuentren precisamente en la doctrina (autóctona o extranjera) el modo para confirmar un alineamiento; b) estudiar el razonamiento de las distintas Cortes y Tribunales constitucionales también bajo este particular perfil, hasta ahora nunca indagado, para profundizar sobre cómo se forma y se justifica el pensamiento de los jueces (sea en la opinión de la mayoría, sea en *concurring o dissenting opinions*, donde se admite); c) verificar si y en qué modo el pensamiento de las Cortes y de cada uno de los jueces tiene en consideración estudios sobre materias diversas del Derecho (como la psicología, la medicina, la antropología, etc.), allí donde la solución de los casos necesita de los aportes de ciencias no jurídicas, o de «mediaciones culturales»; d) además, si son, y cuáles son, las corrientes y las obras de Filosofía, Doctrina política, Teoría general del Derecho que explícitamente dan fundamento a una argumentación; e) de manera especial, razonar sobre la formación jurídica de los jueces constitucionales (al menos allí donde sea posible imputar una referencia doctrinal a un juez específico, lo que no es siempre fácil debido a las decisiones de la mayoría; en particular si existe nexo entre estrato académico, forense, administrativo o político y apertura al Derecho extranjero); f) sobre todo, entender cuáles son los flujos de ideas entre los distintos ordenamientos: quién recibe, quién exporta, cuáles son las *doctrinas* que se imponen más y de dónde vienen, en relación a qué sectores (en el Derecho civil, constitucional, administrativo, penal, etc.); g) si existe continuidad o no con la historia jurídica de algún país (por ejemplo, cuanto cuenta hoy la doctrina de un país colonizador en un Estado antes colonizado y ahora independiente); h) en qué medida la barrera lingüística representa un freno a la circulación de las ideas; i) finalmente, desde un perfil práctico, actualizar el *ranking* de universidades y de las escuelas: muchas universidades viven de la fama debida, más a una historia antigua y gloriosa que a la efectiva influencia en el pensamiento del mundo globalizado: ¿por

cuánto tiempo será válido este discurso? ¿Cuáles son las universidades emergentes? Y, a nivel individual, ¿son más citados los grandes del pasado, los clásicos, los más recientes o los contemporáneos? ¿Cuáles son (y en dónde enseñan) los profesores que mayormente influyen sobre las decisiones de las cortes constitucionales, en los distintos sectores del Derecho (además de la Filosofía)?

Uno de los resultados más interesantes que esperamos es no tanto entender si los jueces constitucionales citan la doctrina, sino saber *cuál* doctrina citan: ¿interna o extranjera? Normalmente, las decisiones son tomadas sobre la base de recorridos lógicos, ampliamente estudiados por filósofos y juristas positivos. Las secuencias lógicas y las referencias siguen caminos internos, dogmáticos, incluso si va abandonado el mito de la subsunción y de los automatismos que le son inherentes en ella<sup>9</sup>. Precedentes y legislación citados son por lo demás «nacionales», o sin embargo internamente acogidos y, por tanto, indispensables sea en los contextos de decisión que en aquellos de validación. ¿Pero es así también para la doctrina? ¿Cuándo una corte decide, y motiva la decisión, la doctrina extranjera circula de más, de menos, o tanto cuanto la legislación y la jurisprudencia extranjeras?

A nivel planetario, la regla general es la interacción. Los profesores citan legislación, doctrina y jurisprudencia; los legisladores citan (también si en medida menor) jueces y profesores, además de citar a sí mismos; los jueces citan legislación, jurisprudencia y (casi siempre) doctrina. Sin embargo, hay excepciones, históricamente justificadas por el rigor con el cual se impone el credo positivístico a finales del siglo XVIII, lo que explica porque algunos ordenamientos sean «mudos» o «casi mudos», como Francia, Bélgica, España y, por razones distintas, por ejemplo, China. Que quede bien claro: el lenguaje de los mimos es mudo, pero esto no significa que ellos no se hagan entender, ni tampoco que detrás sus expresiones afásicas no estén significados. Así también, puede acontecer que algunas cortes digan expresamente de dónde toman inspiración, mientras otras —por motivos diversos— no lo hacen.

---

<sup>9</sup> U. Scarpelli, *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie* (Milán, 1976, p. 440). Sobre *La discrezionalità del giudice* v. también el libro así intitolado de A. Barak, *Judicial Discretion* (New Haven, 1989). Sobre los procesos formativos y argumentativos de las decisiones, un encuadramiento general, además de en la obra que hemos citado hace poco, se encuentra en U. Scarpelli, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi* (Bologna, 1982, p. 251 ss.). Cfr. Además R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (Oxford, 1989). Sobre los estilos de las sentencias cfr. A. Diurni, H. Dieter, *Percorsi europei di diritto privato e comparato* (Milán, 2006). En la doctrina española, F.J. Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional española* (Oñate, 1987).

## 2. Jurisprudencia que compara

La doctrina ha señalado que la circulación de las soluciones jurídicas (y de los principios y de las ideas) adviene hoy en larga medida por vía jurisprudencial, gracias, sobretudo al aporte de las cortes constitucionales y de las cortes internacionales o transnacionales<sup>10</sup>. Aparte el derecho internacional o comunitario, que pone un problema de circulación «vertical» de la actividad interpretativa, el derecho comparado puede desarrollar una importante función auxiliar para la jurisprudencia también a nivel «horizontal»<sup>11</sup>.

Además de los cultores del derecho privado, en los últimos años, los constitucionalistas también han estudiado el uso del Derecho comparado por parte de los Tribunales constitucionales<sup>12</sup>. Ya otros escritos han expuesto los resultados de estas investigaciones<sup>13</sup>. Se ha comprobado sobretudo que hay una continuidad entre uso

<sup>10</sup> Sobre el tema en general véase, por ejemplo AA.VV., *The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation* (2001, p. 2049 ss.); A.-M. Slaughter, *40<sup>th</sup> Anniversary Perspective: Judicial Globalization* (2000, pp. 1103 ss.), *A Typology of Transjudicial Communication* (1994, p. 99 ss.), *A Global Community of Courts* (2003, pp. 191 ss.); CL. L'Heureux-Dubé, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court* (1998, pp. 15 ss.); M. Claes *et al.* (eds.), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures* (Cambridge-Antwerp-Portland, 2012); H. Nogueira Alcalá (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (Santiago de Chile, 2012), *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (Santiago de Chile, 2013).

<sup>11</sup> Lo ha dicho claramente la Constitución de Sudáfrica, donde coexiste una abertura hacia el derecho internacional y extranjero como instrumentos interpretativos de la Carta de los derechos: el Ch. 2, s. 36, e spec. s. 39, afirma que al interpretar el *Bill of Rights* cada Corte, Tribunal o forum a «(b) must consider international law», e «(c) may consider foreign law».

Entre las contribuciones más importantes sobre la circulación horizontal: U. Drobnig, S. van Erp (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts. Actas del XIV Congrès international de droit comparé* (La Haya-Londres-Boston, 1999); A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario* (Milán, 2001); G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve (eds.), *Comparative Law Before the Courts* (Londres, 2004); AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica, Quad. della Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 7 (Milán, 2004); G. Alpa (ed.), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche dell'interpretazione giuridica* (Milán, 2006); B. Markesinis, y J. Fedtke, *Judicial Recourse to Foreign Law: a New Source of Inspiration?* (Londres, 2006); T. Groppi, M.-CL. Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (Oxford, 2013); E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García (eds.), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales* (México, 2013); G. Aguilar Cavallo (ed.), *Diálogo entre jurisdicciones. El desarrollo del derecho público y una nueva forma de razonar* (Santiago de Chile, 2014). En la vasta bibliografía, va considerada también la *special issue* del *German L.J.* de 2013, 14(8).

<sup>12</sup> G.F. Ferrari y A. Gambaro (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica* (Napoli, 2006); G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione* (Bologna, 2010); D. Maus, *Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles* (2009, pp. 675 ss.); M.-C. Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et français. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel* (Paris, 1994, pp. 165 ss.), *Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques* (Paris, 2005).

<sup>13</sup> L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana* (2006, pp. 477 ss.), *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica* (Bologna, 2006), *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80* (1987, pp. 601 ss.); L. Pegoraro y P. Damiani, *Comparative law in the judgments of Constitutional Courts* (Milán, 2001, pp. 131 ss., trad. esp. El



de la comparación en las cortes ordinarias y uso de la comparación en las cortes constitucionales. (Esto es obvio donde es una corte suprema la que desarrolla el control de constitucionalidad.) Lo que influye de más, en síntesis, es la cultura jurídica de los jueces, sean ellos ordinarios o constitucionales.

Un segundo elemento señalado es la mayor propensión de los jueces de *common law* (y sistemas mixtos) a utilizar el derecho extranjero, respecto a los de *civil law*<sup>14</sup>. Representa, sin embargo, una excepción la zona latinoamericana, donde las citas de derechos extranjeros son igualmente numerosas.

En tercer lugar, donde existe la costumbre de citar los precedentes judiciales extranjeros, se citan también otros elementos necesarios: la legislación y la doctrina. Ante ninguna corte constitucional se usa normalmente un solo elemento; las referencias al derecho extranjero son indiferentemente sea a las sentencias, sea a la legislación, sea (con las excepciones dichas) a la doctrina.

Todas las cortes citan ampliamente los precedentes de las cortes internacionales o transnacionales. Pero una cosa es recordarlas porque «se debe», y, es decir, porque su jurisprudencia vincula y penetra, por tanto, la *ratio decidendi*, otra cosa es citar sus sentencias para reforzar el propio *reasoning* con «sus» argumentaciones. En el segundo caso, las referencias a las cortes internacionales o regionales —como las europeas o la Corte interamericana— tienen la misma *ratio* de las referencias a cualquier otra corte constitucional.

### 3. Soportes doctrinales en los contextos de decisión y de justificación

Un discurso muy particular se refiere a las citas de la doctrina en las sentencias.

La influencia del Derecho extranjero no se manifiesta, por lo tanto, solo a través de una comparación efectuada por los jueces, sino también mediante las referencias a obras doctrinales, que a su vez analizan el Derecho interno con el lente de la comparación<sup>15</sup>. Las Cortes que usan a menudo referencias doctrinales estarían inconscientemente influenciadas por el Derecho extranjero; en efecto, tal influencia

---

Derecho comparado en la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales, 1999, pp. 209 ss.) y en L. Pegoraro, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades* (Ciudad de México, 2006, pp. 145 ss.). *Ivi* bibliografía.

<sup>14</sup> Notan M. Andenas, D. FAIRGRIEVE, Intent on making mischief: seven ways of using comparative law, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, 2012, p. 25: «Across the national borders dividing the Commonwealth, the seamless nature of the common law, from its origins in English law, through its permutations across to former colonies and beyond, provided a reason and justification for courts to look to each other's jurisprudence, exchange solutions and thereby create a network of persuasive authority».

<sup>15</sup> A. Gerber, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgericht* (1992, pp. 141 ss.); F. Werro, *La jurisprudence et le droit comparé* (Zurich, 1992, pp. 165 ss.

indirecta sería incluso más intensa que aquella determinada por las referencias conscientes a doctrina y jurisprudencia extranjera, y la doctrina tendría la misión de preparar el camino a la recepción, por parte de la jurisprudencia interna, de soluciones usadas en otros ordenamientos

Ya hemos mencionado las peculiaridades de los jueces *common law*: acostumbrados a desplazar el Derecho nacional, es natural que se valgan de precedentes extranjeros que se encuentran en el ámbito de la misma familia jurídica. Esto les ha abierto la mentalidad, al punto que no es raro que además de precedentes judiciales, citen también leyes extranjeras para justificar su *reasoning*, y además a veces la doctrina, aunque de manera más selectiva y diferenciada.

Cuando no se trata de citar un precedente para aplicarlo al caso en discusión, la *ratio* de las citas extra-estatales jurisprudenciales y las que atienden a los textos normativos parece la misma: buscar en los elementos de Derecho extranjero fundamentos para la afirmación de una decisión o una elección interpretativa. En aquellos supuestos donde el precedente (ya sea *binding* o ya sea *persuasive*) constituya un vínculo para el juez, obviamente, la referencia a este persigue un objetivo adicional que, cualitativamente, es diverso al que confiere «autoridad» a la decisión adoptada. Sin embargo, por un lado, en los sistemas de *civil law*, la trama de la jurisprudencia ofrece la base argumentativa para dotar de racionalidad al sistema<sup>16</sup>.

Hay ordenamientos en los que los tribunales normalmente se fortalecen con sus propios argumentos con referencia expresa a monografías, artículos, ensayos de diversa índole, artículos de enciclopedia, e incluso de tesis doctorales (este es el caso, por citar algunos ejemplos, de Canadá y Suiza); y hay sistemas en los que se considera, si no es un sacrilegio, por lo menos inútil para los fines del juez: por ejemplo, la ausencia de referencias doctrinales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana por el influjo de específicas disposiciones de leyes<sup>17</sup>; otras veces es la praxis la que prohíbe citar la doctrina jurídica en las sentencias. La prohibición aleja al juez, una vez inmerso en la profesión, de los estudios teóricos realizados en la Universidad los cuales prestan bastante atención a la doctrina, y lo induce a buscar dentro de la casuística el precedente útil, también en los países con derecho codificado. El crecimiento de los intereses comparatistas en la doctrina, propia de los tiempos recientes, con relevantes excepciones como los Estados Unidos, por tanto no lo toca en medida suficiente<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Se remite a L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata* (Turín, 2007, pp. 159 ss.), *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada* (Madrid, 1998, pp. 131 ss.), y *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi* (Turín, 2015, pp. 227 ss.).

<sup>17</sup> En Italia, se trata del artículo 118 de las disposiciones de actuación del Código Procesal Civil.

<sup>18</sup> La influencia que ejercen los estudios realizados en la Universidad ha sido enfatizada por U. Drobnig, *The Use of Comparative Law by Courts* (1999, p. 13), en relación con los ordenamientos de Luxemburgo, Brasil,

A causa del *continuum* entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, en los países donde los jueces ordinarios no citan la doctrina, tampoco lo hacen los constitucionales.

Además del estilo tradicional de las sentencias, la apertura no solo a la doctrina interna, sino también a la extranjera que se atribuye a los fenómenos objetivos (globalización de la ley), sino también subjetivos.

Un primer elemento se refiere a la selección de los jueces de conformidad con sus categorías o procedencias (jueces ordinarios, profesores, abogados, funcionarios, a veces políticos) como un personal que ahora viaja más y hace estancias en el extranjero en prestigiosas universidades, de donde regresa tomando las pautas legales y actitudes. La cultura jurídica del juez puede variar en relación al lugar en el cual se ha producido principalmente su formación, pero también en relación al lugar donde el juez ha tenido fructíferas profundizaciones y especializaciones<sup>19</sup>.

---

Québec, y ha sido explicada a través de la influencia ejercida por las codificaciones y los subsiguientes contenidos de las materias impartidas en las universidades. A pesar de la grande atención hacia las *legal traditions* (además de Glenn, v. M.A. Glendon, M.W. Gordon y P.G. Carozza, *Comparative Legal Traditions* [St. Paul, 2008]), los autores estadounidenses evitan los problemas teóricos, centrándose en los aspectos prácticos. No hay ningún debate definitorio (¿ciencia o método?) e incluso la ausencia de método se presenta a veces con jactancia. [Cfr. G. Smorto, *La comparazione giuridica negli Stati Uniti d'America. Spunti per una riflessione* (Trento, 2012, pp. 339 ss.). Se pregunta (llegando a una respuesta sustancialmente negativa) si la «infección de la enfermedad metodológica» es peligrosa N. Jansen, *Comparative law and comparative knowledge* (Nueva York, 2006, p. 308). Ello no significa que no existan discusiones sobre la comparación: véase por ejemplo el debate sobre «New directions in Comparative Law» publicado en el *Am. Journ. comp. law*, 4, 1998, p. 597 ss. En cambio, es muy vivo el debate sobre la utilidad práctica del comparar, con implicaciones importantes (a nivel de tribunales y docencia), a menudo con relación al excepcionalismo y al originalismo. [Ver por ej. S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics* (Princeton, 1996). Sobre la influencia de la teoría del excepcionalismo, cfr. D. Ross, *The Origins of American Social Science* (Cambridge, 1991). Para una reconstrucción crítica y una «valoración de los daños» provocados por esta teoría después del final de la guerra fría, A.L. Marasco, *The resilience of history: comparative legal theory and the end of the American century* (2012, p. 246): «The end of the Cold War did resent a unique opportunity. But that moment was lost precisely because of the grand rhetoric of American exceptionalism». Adde G. Brinton Lucas, *Structural exceptionalism and Comparative Constitutional Law* (2010, pp. 1965 ss.). En el sentido de que es incorrecto hablar de una suerte de «excepcionalismo» europeo, sobre todo en el ámbito de los derechos, como lo sostienen algunos autores, cfr. G. Nolte y H.P. Aust, *European exceptionalism?*, 2013, p. 407 ss.] Sobre algunos reflejos vulgares y humillantes (Comparar no hace ganar dinero; en particular, no daría ganancias en la abogacía y —incluso— los estudiantes no comprarían los libros): D. Fontana, *The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era* (2011, pp. 14 ss., 23 ss., 51). Esta visión miope, también desde el punto de vista «económico» y los argumentos meramente utilitarios, críticamente recopilados por Fontana, son los mismos de Marquesinis, B., *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The story of the Last Thirty-Five Years* (Oxford-Portland, 2003). Las funciones de la comparación «para responder a las demandas de los clientes» se encuentran también en M.A. Glendon, M.W. Gordon, Ch. Osakwe, *Comparative legal traditions. Text, Materials and Cases* (St. Paul, 1994, p. 11). Esto explica la preferencia por el derecho internacional en las universidades, materia mucho más fructífera. Además de Fontana, v. G. Smorto, *La comparazione giuridica negli Stati Uniti d'America* (2012, pp. 336 ss.).

<sup>19</sup> Se remite a L. Pegoraro, *Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado* (2013, pp. 33 ss.), y *Derecho nacional, derecho internacional, derecho europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes*, en *Actas del V Congreso Nacional de Derecho Constitu-*

Una segunda variable está representada por la exigencia de dar coherencia y base racional a las sentencias. Las cortes más «jóvenes» no pueden recurrir a los propios precedentes para asegurar la certeza del derecho. Son, por tanto, más propensas a buscar en la doctrina la autoridad para basar la propia decisión.

#### 4. Ejemplos: los casos de Filipinas, Israel, Sudáfrica y Argentina

Para ofrecer algunas primeras indicaciones sobre las remisiones expresas a la doctrina, señalamos en este escrito los resultados relativos a algunos ordenamientos, donde la mezcla de más culturas jurídicas promete ofrecer resultados curiosos. Se trata de Filipinas, Israel, Sudáfrica y Argentina. En los primeros tres casos se trata de ordenamientos considerados mixtos; en el cuarto, de un país que se ha referido, por lo que respecta al derecho privado, a la tradición del *civil law*, pero que en cambio para el derecho constitucional y público ha mirado, como otros países en América latina, al modelo estadounidense.

Para las Filipinas, la lectura de las sentencias en el periodo analizado parece desmentir que las Filipinas puedan continuar considerándose un ordenamiento «culturalmente» mixto. Desde el punto de vista lingüístico, la única lengua utilizada en las citas es el inglés; gran parte de las referencias son a autoridades académicas estadounidense, y entre las restantes, la mayoría pertenecen a países del *Commonwealth*. Los antiguos lazos de unión con España han sido del todo truncados. Solo los autores alemanes mantienen una presencia significativa, mientras que los representados de otros países son citados en su mayoría en materia de Derecho internacional (y en ocasiones ni siquiera provienen del mundo académico). También las citas no jurídicas, en el campo de la medicina, psicológicas o politológicas, provienen prevalentemente de Universidades americanas.

Las universidades de las cuales provienen los autores citados son muy variadas, para dar fe la dimensión internacional, no solo provienen de las famosas Universidades de Harvard y Yale, sino también de otras instituciones estadounidenses, mientras, del Reino Unido, Oxford está presente junto a otras universidades (como Leeds o la London School of Economics).

Las aportaciones de la doctrina extranjera se dan en todos los sectores de Derecho, tanto público como privado, para señalar una vez más al menos el desplazamiento de la doctrina codificadora y la afirmación o prevalencia de la del *common law*. Se señala la casi total impermeabilidad de la Corte Suprema filipina incluso respecto al

Derecho constitucional europeo-continental, expresión no de categorías conectadas a las familias jurídicas, sino también de las concepciones que van más allá de las mismas. Las únicas excepciones son algunas esporádicas referencias conectadas débilmente a los derechos humanos o fundamentales (pero los autores son internacionalistas).

En cuanto a Israel, el imponente número de citas doctrinales que se aprecian en la jurisprudencia de la *Supreme Court* de Israel impide dar cuenta de ellas, en esta sede, de manera analítica. Algunas *opinions* de mayoría, pero sobre todo aquellas individuales, son verdaderos ensayos, acompañados de notas, en las cuales son mencionados los precedentes del *common law* (al inicio sobre todo ingleses, a continuación también estadounidenses y de otros ordenamientos) acompañados de referencias a la legislación y, por lo que aquí interesa, a la doctrina jurídica (y a veces, como hemos visto, no solo jurídica).

La deducción que se trae es que la Corte Suprema expresa bien la idea de que el Derecho no es solo la ley, sino también su interpretación —la jurisprudencia, los precedentes— y las obras de los estudiosos, y que no siempre existe la conformación exacta en los tres niveles. Estos se utilizan de manera gradual o conjuntamente, se alinean, o separadamente, se disgregan. La Corte no atiende solo al patrimonio jurídico autóctono (ni siquiera al inicio podía hacerlo), sino que usa como argumento el Derecho comparado. La apertura a todo aquello que se encuentra fuera de Israel es particularmente facilitada por la peculiar historia del país, por las raíces diferenciadas de sus gentes, por la formación de heterogénea de sus jueces, provenientes de historias y universidades diversas. No siempre es fácil determinar los orígenes culturales de las referencias doctrinales: los jueces tienen a menudo, una formación distinta, parte en Europa, parte en los Estados Unidos, y solo aquellos de las últimas generaciones son nacidos todos o casi todos en Israel y a menudo han sido formados en las prestigiosas Universidades de Jerusalén y Tel-Aviv. Sin embargo, el cosmopolitismo sigue marcado, como atestigua el uso de la comparación (y de las citas de autores extranjeros) también en el último decenio, aunque los autores citados, no siendo israelíes, muchas veces son hebreos.

Es cierto que la mayor influencia en Israel está marcada, como en otros países analizados, por las universidades estadounidenses, especialmente las más conocidas. Del mundo anglosajón llegan influencias también de Canadá, además del Reino Unido, mientras, a pesar de que la base codificadora hace de Israel un sistema mixto, la doctrina continental europea es agotada en el primer periodo, y recesiva en comparación con el mundo anglosajón, durante curso de vida del país.

A esto contribuye, tal vez, también el hecho de que la *Supreme Court* se ha empeñado poco a poco y cada vez más —según un *trend* generalizado a nivel comparado— como Corte de constitucionalidad y «jurisdicción de las libertades», después

de la creciente importancia asumida por las leyes fundamentales en materia de libertades, como parámetro de enjuiciamiento. Los temas de Derecho privado y civil tratados por la Corte (que justificarían el más amplio recurso a la doctrina europea continental) son numéricamente menos frecuentes; a esto se suma la ya recordada renuencia a evocar explícitamente la influencia alemana que caracterizó los primeros años de la jurisprudencia. Cabe señalar, por último, la escasa presencia de la doctrina francesa, italiana y española.

También la experiencia sudafricana parece dar fe de un vistoso desplazamiento de la influencia *civilian* en el ordenamiento. No solo, como en las Filipinas, las referencias bibliográficas son casi todas en inglés, sino que —además de los autores locales— la mayoría de las citas son de autoridades estadounidenses o del *Commonwealth*. Y no solo: incluso en las menciones a las instituciones de Derecho administrativo (que precisamente estructuran en el *civil law* su razón de ser) están presentes casi exclusivamente autores ingleses o estadounidenses. El elemento cultural de raíz boers (*Roman-Dutch Law*) está casi desaparecido; esporádicas son las citas de austriacos y alemanes, ausentes o casi ausentes franceses e italianos.

De cierto interés aparece el análisis de las universidades de proveniencia de los autores citados; lo contrario que en otros lugares, algunos sitios famosos siguen fascinando, sea cual sea la rama del Derecho involucrada: en particular Harvard, Yale, Oxford, Cambridge continúan proporcionando una parte importante en la formación del pensamiento jurídico mayormente apreciado en Sudáfrica, también son numerosas las universidades menos antiguas (o, en teoría, menos prestigiosas).

Hay que destacar la estrecha relación entre la Corte de Sudáfrica y universidades canadienses. Justamente los problemas comunes que afrontan los dos países, con referencia al concepto multiétnico, multilingüe y multicultural, justifican varias citas de los científicos sociales en las sentencias de la Corte Constitucional (que sin embargo no son solo canadienses).

La Corte Suprema argentina usa de manera notable las citas doctrinales, y sobre todo las fronteras nacionales no representan una barrera. La cultura jurídica de la Corte se alimenta también fuera, demostrando una notable propensión al uso del Derecho comparado.

La circulación de la doctrina extranjera en su jurisprudencia sigue solo esporádicamente una línea geográfica, marcada de la cercanía territorial (es el caso de los autores uruguayos o colombianos). Por lo demás, se demuestra una gran representación de otros juristas, como atestiguan las numerosas referencias a la producción científica española. Sin embargo, de esta, no es recordada solo los comentarios de los códigos o fuentes, sino también (y algo más) las aportaciones de teóricos,

filósofos, constitucionalistas, etc. Esta propensión es testimoniada también por el uso de la doctrina italiana y francesa: en la primera aparecen también los grandes procesalistas de los primeros años de la postguerra, junto a ellos autores que se han ocupado de derechos; de la segunda la Corte recuerda algunos dedicados al Derecho constitucional y a las libertades, e incluso la relación entre los poderes del Estado (que en cambio, en la estructura constitucional argentina, ha sido influenciada por el modelo estadounidense). Las citas a la doctrina alemana dejan abierta distintas interpretaciones. Paradójicamente, algunas de ellas evocan los fantasmas del pasado (aquellas sobre los partidos políticos), mientras otras atestiguan el inmenso patrimonio filosófico y teórico de Alemania y Austria, y otras todavía a la producción en distintos sectores del Derecho constitucional. No ha habido, sin embargo citas en Derecho privado.

En cuanto a las referencias a autores de *common law*, el discurso es prácticamente idéntico: junto a los clásicos, la Corte Suprema argentina hace referencia a escritos de Derecho del trabajo y de Derecho administrativo de autores estadounidenses, aunque la mayoría son citados en el campo constitucional e internacional, en casos que se refieren a derechos y libertades. No se ha comprobado ninguna penetración de la doctrina canadiense y es escasa la británica.

Las universidades de formación y docencia de los autores citados son las clásicas: Harvard está representada junto a Stanford, Wisconsin, New York, Michigan, Pennsylvania, St. Louis, Washington, etc.; Sorbona aparece solo por un autor clásico; la Complutense y Salamanca están, pero junto a Granada, Santiago de Compostela, Valladolid...; Bolonia está ausente, mientras Italia está representada por Roma y Florencia, con autores tanto contemporáneos como clásicos; entre los alemanes, de los que viven aparece solo un constitucionalista de Colonia.

La impresión es que Argentina, por cómo está representada la cultura jurídica en la jurisdicción, es el ordenamiento más mixto de los que hemos analizados. Es un ejemplo de globalización transversal, donde la jurisprudencia constitucional se basa en gran medida en la doctrina nacional, anglosajona y europea sin aparentes conexiones con las estructuras sedimentadas a nivel normativo (*civil law*) o con los modelos institucionales adoptados (similares a los estadounidenses). Parece, en resumen, que se manifiesta una consistente fractura entre los diversos materiales que se emplean, porque el doctrinal sigue su propio camino, y alimenta los otros, sin seguir la dirección de ninguno de los modelos en los que se inspira el sistema, ni el antiguo (la codificación), ni el reciente (el modelo político-institucional). Una justificación podría ser aquella que a mitad de camino coloca la elección de tomar en un *corpus* codificado un sistema de justicia constitucional transformado por el modelo estadounidense, con la consecuente hibridación del mismo, que se

refleja también en la alimentación cultural del sistema de control de constitucionalidad, a través de la utilización indiferenciada de la doctrina tanto de *common law* como de *civil law*. Otra justificación (o prueba de ello) es que algunos temas —en particular, derechos y libertades— son impermeables a la dicotomía subyacente, como manifiestan también las experiencias de otros ordenamientos analizados.

## 5. Conclusiones

La muestra examinada sugiere algunas hipótesis de trabajo por profundizar y someter a verificación.

En primer lugar, y, en general, se puede razonar sobre la resistencia de algunos esquemas tradicionales clasificatorios de las familias jurídicas, que no parecen regir en el estudio realizado a través del lente de relación doctrina/jurisprudencia. En algunos ordenamientos clasificados como mixtos, en efecto, se registra una llamativa afirmación de la cultura jurídica del *common law*, a expensas del Derecho civil. La circulación de la doctrina parece emprender caminos peculiares también en sistemas clasificados ineludiblemente de Derecho civil, en los que la penetración de la doctrina anglosajona (especialmente estadounidense), aparece de forma masiva. Esto parece afirmar la validez de la tesis de la descomposición o separación de los formantes, propuesta por Sacco y su escuela, y la imposibilidad de leer el Derecho comparado en una manera compacta y homogénea, como a menudo se continúa leyendo los Derechos positivos nacionales.

También se tiene una primera confirmación del hecho de que algunas ideas, principios, valores, conceptos circulan prescindiendo de las clasificaciones comunes de los países que exportan e importan. Por ejemplo, del breve examen estudiado *supra* parece deducirse que la circulación de los derechos (al menos en lo que se refiere al formante doctrinal y jurisprudencial) está separada tanto de la clasificación de las familias, como de la clasificación de las formas de gobierno, así como probablemente de la forma de Estado (al menos de cuanto resulta de los datos de otros sondeos, los cuales no hemos podido tomar en consideración). Algunas ideas son compartidas con juristas estadounidenses, españoles, latinoamericanos, italianos, etc., prescindiendo de las «clases» y de las escuelas de procedencia, y estos son, a menudo, citados conjuntamente. (Se piensa en las tesis del llamado neo-constitucionalismo).

Generalmente, la cultura jurídica alemana continúa afirmándose, no obstante la barrera de una lengua no vehicular, contrastando (aunque no es fácil) la prevalencia de los juristas anglófonos. Franceses e italianos están presentes sobre todo con estudiosos del pasado, más o menos próximo, y poco más; los españoles todavía



están presentes en América latina, pero no de manera preponderante. (El análisis de algunos cientos de sentencias mexicanas y peruanas, cuyos datos no hemos expuesto en esta oportunidad, no nos muestran todavía resultados claros. A este propósito, el dato sobre las barreras lingüísticas se muestra como una contratendencia) .

Otros datos parciales ya abren una serie de hipótesis relacionadas con otros perfiles, de naturaleza sociológica más que jurídica en sentido estricto: algunas universidades prestigiosas, como la Sorbona y Bolonia, y también Cambridge, van progresivamente perdiendo terreno en este específico *ranking*, mientras otras mantienen una fuerte presencia (sobre todo Harvard, favorita en la influencia del pensamiento jurídico estadounidense, como también algunas antiguas universidades alemanas). Se registra una amplia difusión de las universidades de procedencia de los autores citados, con cientos de instituciones representadas.

La presencia de la doctrina italiana es, por lo demás, esporádica y casual, cualquiera que sea el sector disciplinario interesado, con alguna excepción por áreas (como la latinoamericana) y materias específicas: el derecho constitucional pero sobretudo la teoría general y la filosofía del derecho. En materia de derecho procesal civil, continúan siendo recordados, a veces, grandes personalidades como Calamandrei, Carnelutti, Cappelletti, que contribuyeron a fundar en América Latina la ciencia del *Derecho procesal constitucional*<sup>20</sup>, pero destaca sobre todo la constante presencia de teóricos del derecho contemporáneos de escuelas diversas como Ferrajoli y Guastini, además de A. Pizzorusso, y G. Zagrebelski. Escasas, en cambio, son las citas de civilistas, penalistas, laboralistas, tributaristas, un poco más los internacionalistas. Hay que decir, sin embargo, que el proceso constitucional facilita, desde este punto de vista, las referencias a quien se ocupa de temas que tienen que ver con el proceso y con la Constitución, más que con el derecho civil o con otras

---

<sup>20</sup> Sobre el origen de la disciplina véase el volumen de E. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, trad. it. *Diritto processuale costituzionale. L'origine scientifica (1928-1956)*) (Bologna: Bup, 2010). Una exhaustiva reseña crítica en S. Bagni, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei «modelli» dottrinali* (Bologna, 2007, parte III, § 5), y en C.I. Astudillo Reyes, Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional (2008, pp. 1 ss.).

Con contribuciones teóricas y ensayos referidos a varios países cfr.: la monumental compilación en 4 vol. coordinada por E. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional*, (México, 2006, espec. I, cap. I, p. 1 ss.); E. Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional* (Madrid, 2013); V. Bazán (ed.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo* (Buenos Aires, 2010, I, parte I); D. García Belaunde y E. Espinosa-Saldaña Barrera (eds.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional* (Lima, 2006); J.F. Palomino Manchego (ed.), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano (Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde)*, 2 vol. (Lima, 2006); e già J. Vega Gómez y E. Corzo Sosa (eds.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, 2002), además de otros diversos volúmenes misceláneos, y muchos libros publicados en la colección «Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional» (México: Porrúa).

específicas ramas del derecho. El legado del pasado está representado especialmente por César Beccaria, a veces Rocco, más a menudo Norberto Bobbio.

Normalmente, los juristas citados han sido formados y/o tienen docencia en distintas universidades. Esto parece confirmar que para ser internacionalmente conocido es útil madurar una cultura poliédrica, mientras nacer como estudiante, y morir como profesor en la misma universidad no contribuye a la internacionalización.

De manera especulativa, raramente son mencionados estudiosos de las diversas disciplinas que circunscriben su interés al propio ordenamiento, a menos que no sepan encuadrar sus estudios en marcos más amplios, teórico-generales o comparatistas. Esto parece bastante evidente. Las cortes, si nunca, miran a las doctrinas extranjeras así como son estudiadas por los estudiosos del país de referencia, pero no tiene sentido que se refieran a un alemán para citar a los Estados Unidos, o a un italiano para citar a Francia. El estudio del derecho extranjero, sin comparación, no es remunerativo para influir sobre las *policies* jurisprudenciales a nivel planetario. Una pila de ladrillos no es una casa, así como en el bloque de mármol solo Miguel Ángel ya veía el Moisés, no ciertamente aquellos que, solamente después de la genial construcción del maestro, han podido gozar de una obra universal.

Esto explica la propensión de las cortes de todos los continentes a servirse poco de trabajos científicos de corte dogmático/interno, con ventaja de pensamientos más generales y abstractos, que ayudan, presumiblemente en donde sea, a dar soluciones a problemas comunes. Esto debería explicar también la amplia referencia a autores estadounidenses, que se halla en cada latitud, aunque existan las peculiaridades. La preferencia no puede ser justificada solo con razones lingüísticas (de otro modo los ingleses, canadienses, australianos, etc. deberían ser igualmente citados; más bien, hay que decir que muchos jueces han estudiado en los Estados Unidos). El constitucionalismo estadounidense está absorto en el culto de sí mismo, y busca explicar el mundo utilizando solo las propias categorías, a menudo con verdaderas y propias mistificaciones de la realidad<sup>21</sup>. No obstante esto, la producción científica tiene veleidades planetarias, ni parece pagar ante las cortes constitucionales

---

<sup>21</sup> Un ejemplo es dado por la distinción de M. Tushnet entre *strong* y *weak-form judicial review*, identificadas sustancialmente del hecho de que la prevalencia en tema de interpretación de la Constitución sea confiada a los órganos judiciales encargados, o bien a una especie de diálogo entre ellos y los parlamentos. Los límites de esta propuesta son muchos: sobre todo, se basa prevalentemente sobre la experiencia estadounidense, en el surco de la tradición doctrinaria del país, poco interesada a aquello que sucede fuera de éste (de hecho evoca solo cualquier otro ordenamiento de *common law*, y ninguno de *civil law*, con excepción de Holanda); no es precedida por algún análisis empírico; al final, clasifica en base a un solo un perfil, o bien el de la «fuerza» de las decisiones. Aspira, sin embargo (y lo logra) a tener valor universal. Cfr. M. Tushnet, *Weak Court, Strong rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton, 2008), *The Rise of Weak-Form of Judicial Review* (Cheltenham, 2011, p. 321 ss.; y ya, *Weak-Form Judicial Review and «Core» Civil Liberties* (2006, p. 1 ss.) (además de otros artículos).

de todo el mundo el precio de una contradicción que parecería causar asombro: ¿cómo puede esto que es excepcional ser al mismo tiempo universal? Tal vez las razones se encuentran en el renacimiento de formas modernas de iusnaturalismo, a las cuales, sin embargo, se contraponen las doctrinas positivísticas y realísticas, también ampliamente utilizadas por los jueces de las leyes.

## Referencias

- AA.VV. (2001). The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation. *Harvard L.R.*, 114.
- AA.VV. (2004). L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica. *Quad. della Riv. trim. dir. proc. civ.*, 7. Milán: Giuffrè.
- Aguilar Cavallo, G. (ed.) (2014). *Diálogo entre jurisdicciones. El desarrollo del derecho público y una nueva forma de razonar*. Santiago de Chile: Librotecnia, Santiago de Chile. [En la vasta bibliografía, va considerada también el número especial del *German L.J.*, 14(8), 2013.
- Alexy, A. (1989). *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford: Clarendon [trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica*. Milán: Giuffrè, 1998].
- Alpa, G. (ed.) (2006). *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche dell'interpretazione giuridica*. Milán: Giuffrè.
- Álvarez Conde, E. (2005). *Curso de Derecho Constitucional*. 5a ed., 2 vol. Madrid: Tecnos.
- Amirante, D. (2009). Voz Diritto indù e diritto indiano. En L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*. Roma: Carocci.
- Amirante, D. F. (2013). Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione. *Rev. gen. der. públ. comp.*, 14, y *Ann. dir. comp. st. legisl.*
- Amirante, D. F. (2015). *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*. Bolonia: Bup.
- Andenas, M. y D. Fairgrieve (2012). Intent on making mischief: seven ways of using comparative law. En P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (pp. 17-79). Londres: Edward Elgar Publishing.
- Astudillo Reyes, C.I. (2008). Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional. *Rev. gen. der. públ. comp.*, 1.
- Bagni, S. (2007). *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei «modelli» dottrinali*. 2a ed. Bolonia: Clueb.
- Barak, A. (1989). *Judicial Discretion*. New Haven: Yale University Press [trad. it. Giuffrè, Milán, 1995].
- Bazán, V. (ed.) (2010). *Derecho procesal constitucional americano y europeo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2 vol.
- Bennett, T.W. (2006). *Comparative Law and African Customary Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Besta, E. (1923). *Fonti: legislazioni e scienza giuridica dalla caduta dell'Impero Romano d'Occidente al secolo XVI*. En P. Del Giudice (ed.), *Storia del diritto italiano*. Milán: Hoepli.
- Braun, A. (2006). *Giudici e accademia nell'esperienza inglese*. Bologna: il Mulino.
- Brinton Lucas, G. (2010). Structural exceptionalism and Comparative Constitutional Law. *Virginia L.R.*, 96.
- Bussani, M. y U. Mattei (1997). The Common Core Approach to European Private Law. *Columbia Law Journal of European Law*, 3.
- Caenegem, R.C. van (1987). *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press [trad. it. *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*. Milán: Giuffrè].
- Calasso, F. (1954). *Medioevo del diritto*. Milán: Giuffrè.
- Canivet, G., M. Andenas y D. Fairgrieve (eds.) (2004). *Comparative Law Before the Courts*. Londres: British Institute of International and Comparative Law.
- Claes, M. et al. (eds.) (2012). *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia.
- Diurni, A. y H. Dieter (2006). *Percorsi europei di diritto privato e comparato*. Milán: Giuffrè.
- Diwan, P. (1993). *Modern Hindu Law*. 9ª ed. Allahabad: Allahabad Law Agency.
- Drobnig, U. y S. van Erp (eds.) (1999). *The Use of Comparative Law by Courts*. Actas del XIV Congreso internacional de droit comparé. La Haya-Londres-Boston: Kluwer Law Int.
- Drobnig, U. (1999). The Use of Comparative Law by Courts. En U. Drobnig y S. van Erp (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts*. La Haya-Londres-Boston: Kluwer Law Int.
- Ezquiaga Ganuzas, F.J. (1987). *La argumentación en la justicia constitucional española*. Oñate: Ivap.
- Ferrari, G.F. y A. Gambaro (eds.) (2006). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Nápoles: Esi.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2006). *Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2008). *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons [trad. it. *Diritto processuale costituzionale. L'origine scientifica (1928-1956)*. Bolonia: Bup, 2010].
- Ferrer Mac-Gregor, E. et al. (2013). *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Mac-Gregor, E. y A. Herrera García (eds.) (2013). *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. México: Tirant Lo Blanch México.
- Fontana, D. (2011). The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era. *Yale journ. int. law*, 36.
- García Belaunde D. y E. Espinosa-Saldaña Barrera (eds.) (2006). *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*. Lima: Jurista.

- Gerber, A. (1992). Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgericht. En AA.AA, *Perméabilité des ordres juridiques, Publications de l'Isdc*, 20. Zürich.
- Glendon, M.A., M.W. Gordon y Ch. Osakwe (1994). *Comparative legal traditions. Text, Materials and Cases*. 2a ed. St. Paul: West Group.
- Glendon, M.A., M.W. Gordon y P.G. Carozza (2008). *Comparative Legal Traditions*. 3a ed. St. Paul: West Group.
- Griffin, S.M. (1996). *American Constitutionalism. From Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press.
- Groppi, T. y M.-Cl. Ponthoreau (eds.) (2013). *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart Pub.
- Iqbal, M. (1989). *The Reconstruction of religious thought in Islam*. 2ª ed. Londres: Oxford University Press.
- Jansen, N. (2006). Comparative law and comparative knowledge. En M. Reimann y M. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Kamali, M.H. (2008). *Shari'a Law: An Introduction*. Oxford: Oneworld.
- L'Heureux-Dubé, Cl. (1998). The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court. *Tulsa L.J.*, 34.
- Landa Arroyo, C. (2011). Los precedentes constitucionales. En P. Häberle, D. García Belaunde (eds.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*. 2 vol. México: UNAM [y Iidc-Universidad Inca Garcilaso de la Vega-Iustitia, Lima, 2012].
- Lingat, R. (1973). *The Classical Law of India*. Berkeley: University of California Press.
- Lingat, R. (1967). *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*. La Haya: Mouton & Co. [trad. it. *La tradizione giuridica dell'India*. Milán: Giuffrè].
- Losano, M.G. (2000). *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*. Bari: Laterza.
- Maffei, D. (1972). *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*. Milán: Giuffrè.
- Mallat, C. (2006). Comparative Law and the Islamic (middle eastern) legal culture. En M. Reimann y R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Marasco, A.L. (2012). The resilience of history: comparative legal theory and the end of the American century. En P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*. Londres: Edward Elgar.
- Markesinis, B. (2003). *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The story of the Last Thirty-Five Years*. Oxford-Portland: Hart [trad. it. *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*. Milán: Giuffrè, 2004].
- Markesinis, B. y J. Fedtke (2006). *Judicial Recourse to Foreign Law: a New Source of Inspiration?* Londres: U.C.L. Press.
- Maus, D. (2009). Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles. *Rev. fr. dr. const.*, 2.

- Menski, W.F. (2003). *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*. Nueva Delhi: Oxford University Press.
- Monateri, P.G. (2012). Introduction. En P.G. Monateri (ed.), *Methods in Comparative Law: An Intellectual Overview*. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Na'im, 'A.A. (ed.) (2002). *Islamic Family Law in a Changing World. A Global Resource Book*. Londres: Zed Books.
- Nogueira Alcalá, H. (ed.) (2012). *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Nogueira Alcalá, H. (ed.) (2013). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Nolte, G. y H.P. Aust (2013). European exceptionalism? *Global Constitutionalism*, 2-3.
- Oliviero, M. (2009). Voz Diritto islamico. En L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*. Roma: Carocci [ed. mexicana, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Núñez Torres, C. Astudillo, G. Enríquez Fuentes y P. Torres Estrada (coords.), *Glosario de Derecho público comparado*. México, Porrúa.]
- Paladin, L. (1996). *Le fonti del diritto italiano*. Bolonia: il Mulino.
- Palomino Manchego, (ed.) (2006). *El Derecho Procesal Constitucional Peruano (Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde)*. 2 vol. Lima: Grijley.
- Pegoraro, L. (1987). La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80. *Quad. cost.*, 3.
- Pegoraro, L. (1998). *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson.
- Pegoraro, L. (2006). L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. En G.F. Ferrari y A. Gambaro (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Nápoles: ESI.
- Pegoraro, L. (2006). *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*. Bolonia: Clueb.
- Pegoraro, L. (2007). *Giustizia costituzionale comparata*. Turín: Giappichelli.
- Pegoraro, L. (2013). Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado. En E. Ferrer Mac-Gregor y A. Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. México: Tirant lo Blanch México.
- Pegoraro, L. (2013). Derecho nacional, derecho internacional, derecho europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes. Actas del V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, México, 7-13 de octubre de 2012. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 17 y *Rev. iberoam. der. proc. const.*, 19.
- Pegoraro, L. (2015). *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Turín: Giappichelli.
- Pegoraro, L. y P. Damiani (2001). Comparative law in the judgments of Constitutional Courts. En A. M. Rabello y A. Zanotti (eds.), *Developments in European, Italian and Israeli Law*. Milán: Giuffrè [trad. esp. El Derecho comparado en la jurisprudencia

- de los Tribunales constitucionales. *Rev. Jur.*, 26, 1999. Castilla-La Mancha; y en L. Pegoraro, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*. Ciudad de México: Porrúa, 2006].
- Pizzorusso, A. (1977). Delle fonti del diritto. En A. Scialoja y G. (eds.), *Branca nel Commentario del Codice civile*. Bologna: Zanichelli.
- Ponthoreau, M.-C. (1994). *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et français. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*. Paris: Économica.
- Ponthoreau, M.-C. (2005). Le recours à 'l'argument de droit comparé' par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques. En F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*. Paris: Dalloz.
- Ross, D. (1991). *The Origins of American Social Science*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *Am. J. of Comp. Law*, 39(2).
- Sacco, R. (1992). *Introduzione al diritto comparato*. 5a ed. Turín: Utet.
- Savigny, C.F. (1972). *Storia del diritto romano nel medio evo*. Roma: Multigrafica, 3 vol.
- Scarpelli, U. (1976). Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie. En U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milán: Comunità.
- Scarpelli, U. (1982). Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi. En *L'etica senza verità*. Bologna: il Mulino.
- Slaughter, A.-M. (1994). A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond L.R.*, 29.
- Slaughter, A.-M. (2000). 40th Anniversary Perspective: Judicial Globalization. *Virginia journ. int. law*, 40.
- Slaughter, A.-M. (2003). A Global Community of Courts. *Harvard int. L.J.*, 44.
- Smorto, G. (2012). La comparazione giuridica negli Stati Uniti d'America. Spunti per una riflessione. En L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (eds.), *Le nuove frontiere della comparazione*. Trento: Università degli studi di Trento.
- Somma, A. (2001). *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*. Milán: Giuffrè.
- Somma, A. (2006). *Introducción crítica al Derecho Comparado*. Lima: Ara.
- Tushnet, M. (2006). Weak-Form Judicial Review and «Core» Civil Liberties. *Harv. civil liberties-civil rights L.R.*
- Tushnet, M. (2008). *Weak Court, Strong rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Tushnet, M. (2011). The Rise of Weak-Form of Judicial Review. En T. Ginsburg y R. Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Elgar.
- Vega Gómez, J. y E. Corzo Sosa (eds.) (2002). *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM.

- Vergottini, G. de (2010). *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Bologna: il Mulino.
- Werro, F. (1992). La jurisprudence et le droit comparé. En Swiss Institute of Comparative Law (ed.), *Perméabilité des ordres juridiques* (pp. 165-172). Zurich: Polygraphischer.
- Zorzoli, M.C. (1986). *Università, dottori, giureconsulti*. Padua: Cedam.