

ANÁLISIS COMPARATIVO Y DERECHO CONSTITUCIONAL*

COMPARATIVE ANALYSIS AND CONSTITUTIONAL LAW

Giuseppe de Vergottini**
Universidad de Bolonia

This work presents us with a brief –though by no means plain– overview of the foundations, presuppositions, possibilities and limitations and some concrete examples of what comparative legal survey gives to the field of Constitutional Law.

Indicating the capability of comparative legal practice together with a distinct comparative theoretical study of constitutional matters, giving pertinent methodological observations, the Bolognian professor excels at giving the reader acute observations on the nature of the legal comparison, the definition of its scope, the grounds for something to be “comparable”, as well as other interesting topics.

An experienced jurist, de Vergottini also underlines the different functions of the various actors in the legal sphere, the role they play by using comparative legal analysis in their work and the practices of foundation and argumentation they employ, as well as the different models and traditions that have arise.

KEY WORDS: *Legislator; Judge; Constitution; interpretation; comparative analysis; legal precedents.*

El presente trabajo nos presenta una breve –mas no por ello rudimentaria– perspectiva de las bases, los presupuestos, las posibilidades y las limitaciones de lo que la comparación jurídica depara al Derecho constitucional, ofreciéndonos algunos ejemplos concretos.

Señalando la comparación jurídica y la viabilidad de una comparación jurídica de corte teórico y otro práctico, pasando por oportunas observaciones de corte metodológico, el maestro boloñés sobresale otorgándonos anotaciones agudas sobre la naturaleza de la comparación jurídica, la definición de su campo

Jurista veterano, de Vergottini resalta las diferentes funciones de los numerosos operadores jurídicos, su papel al utilizar la comparatística en sus oficios y las prácticas de sustentación y argumentación que emplean, así como lo diferentes modelos y tradiciones que se ha desarrollado alrededor de la materia.

PALABRAS CLAVE: *Normador, Juez, Constitución, interpretación; análisis comparativo; jurisprudencia.*

* El texto inicial de este trabajo fue traducido por Juan Luis Ramírez Pilares, alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y su revisión estuvo a cargo de la doctora Eugenia Ariano Deho (UNMSM – PUCP); a ambos agradecemos fervorosamente por su colaboración.

** Profesor emérito de Derecho Constitucional en la Universidad de Bolonia. Presidente Honorario de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Fue miembro fundador y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Italiana de Constitucionalistas (1985- 1989, 1994-1997, 2006-2009); del Consejo de la Academia de Ciencias de Bolonia y Presidente de la Sección de Ciencias Morales y Vicepresidente de la misma Academia (2002-2005, 2016-2018). Es Doctor Honoris Causa por las Universidades de Lisboa (2003), Atenas (2012), Buenos Aires (2012) y Complutense de Madrid (2015). Miembro Honorario de la School of Advanced International Studies in Europe Advisory Council de la Universidad John Hopkins (2016).

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es delinear cuales son las directrices que el investigador se plantea cuando se aventura en la comparación en el sector del derecho constitucional.

Lo que nos aprestamos a escribir no tiene pretensiones de originalidad, en la medida en que, respecto de las grandes líneas, no hay estudiosos del argumento que no comparta algunos criterios metodológicos generales, ya familiares a la doctrina constitucionalista al afrontar sus propias investigaciones. Se trata, por tanto, simplemente, de ofrecer al lector un camino claro y compartible.

Lo que, sin embargo, debe subrayarse, es que una línea metodológica debe siempre presidir cualquier investigación que pretenda ser seria y confiable.

El método, como en cualquier disciplina, se presenta determinante no solo para el legislador y el juez, sino, también y, sobre todo, para el jurista que pretenda afrontar científicamente un argumento. En particular, el método deviene de primaria importancia cuando el jurista no se conforme con afrontar un específico argumento de su interés, sino que, incluso, pretenda escribir un texto que deberá fungir de manual de análisis y estudio para uso didáctico.

Establecida esta premisa, recordemos esa especie de estribillo que encontramos en todos los textos orgánicos que afrontan la materia. Usualmente todos los manuales dicen que hay tres perfiles a los que hay que dirigir la atención: por qué comparar (cuestión de la función); qué comparar (cuestión del objeto); cómo comparar (cuestión del método).

II. LAS BASES DE LA COMPARACIÓN

1. Debe destacarse en primer lugar, que la función esencial y primaria de la comparación es el conocimiento, mientras que las nociones adquiridas pueden utilizarse para diversos fines, distinguiéndose la comparación para fines teóricos de aquella para fines prácticos.

La comparación consiste en una **operación lógica, llevada a cabo en modo explícito**, que implica el estudio analítico de los ordenamientos e institutos examinados, el examen de los datos obtenidos, su cotejo y una síntesis de la cual emerge la valoración crítica que contiene el juicio comparativo.

Es ya compartido por los más que el resultado de la comparación debería ser el de poner en evidencia coincidencias, afinidades,

pero también diferencias. Sería del todo limitativo reducir la comparación a la simple búsqueda de coincidencias y afinidades.

2. La finalidad de la operación comparativa incide profundamente sobre la metodología a seguir. *La gran diferencia a tenerse en cuenta es aquella entre las finalidades prácticas del normador y del juez y las finalidades teóricas o teórico-prácticas del investigador.* El constituyente y el legislador recurren a la comparación con el fin de formular un texto normativo destinado a ser operativo para el futuro en un número indeterminable de situaciones que deben aún verificarse; el juez está interesado en la comparación en la perspectiva de cumplir en el modo más útil su camino argumentativo al interpretar el derecho aplicable al caso a resolver. Normador y juez buscan en la comparación un soporte instrumental para la mejor justificación de la creación o de la interpretación de la norma. Por el contrario, el investigador, como regla, se considera libre de aventurarse en la comparación con el simple objetivo de ampliar su propio campo de investigación para comprender mejor el fenómeno jurídico y así absolver su misión de conocer. Su actividad es entonces estrictamente científica. El manual debería en modo claro hacer entender la diferencia entre el método destinado a la investigación y aquel destinado al uso práctico de la comparación. Sin embargo, la casi totalidad de los manuales ignora esta elemental exigencia y trata unitariamente, sin muchas preocupaciones y distinciones, la comparación para fines científicos y aquella para fines prácticos.
3. Prioritaria para la comparación es la elección de criterios de clasificación que tienen un carácter relativo y no absoluto, variando en base al sector del derecho objeto de investigación y a la finalidad que establece el investigador. La clasificación es una operación lógica que tiene por objetivo la identificación de unidades de estudio, definidas clases, las que a su vez se subdistinguen en subclases.
4. En el estudio del derecho constitucional comparado, convencionalmente, se adopta como unidad de estudio el ordenamiento jurídico estatal, individualizable en base a elementos propios enucleados por la ciencia jurídica. En el ámbito de tal clase, en la que se insertan todos los ordenamientos calificables como Estados, pueden operarse agrupaciones coincidentes con diversas formas de Estado, que, por tanto, operan como subclases. A su

vez, entre las diversas formas de Estado, se pueden individualizar ulteriores sub-clasificaciones, en base a la forma de gobierno, a la disciplina de las fuentes normativas, a la disciplina de los derechos fundamentales y similares. La parte relativa a la clasificación asume una importancia básica en la arquitectura diseñada por el investigador.

5. Entre los métodos a disposición del investigador para adquirir el conocimiento de las instituciones jurídicas está la comparación. Como habitualmente se explica, la comparación puede ser espacial (o sincrónica) cuando se examinan los ordenamientos en un momento dado, por lo común contemporáneo a los análisis desarrollados por el autor, o temporal (o diacrónica) cuando se examinan los ordenamientos en su sucesión temporal.

Por convención compartida, pero ciertamente discutible, la comparación diacrónica (histórica) es usualmente excluida, o considerada meramente auxiliar, en los estudios comparativos de derecho constitucional. Este tradicional enfoque conduce a menudo a carencias y errores de perspectiva que hacen problemática la comprensión de los institutos tratados en base a un criterio de mera contemporaneidad.

6. La comparación puede operar al interior de una precisa área cultural caracterizada por una propia tradición jurídica y una propia concepción de la organización constitucional y del régimen de los derechos fundamentales o puede tomar en consideración las relaciones entre áreas culturales diversas. De allí la posible diferenciación entre *comparación intracultural e intercultural o transcultural*. Y en efecto es evidente como el estudio comparativo de un derecho, por ejemplo, la libertad religiosa, asuma un diferente enfoque según se refiera al ámbito de los ordenamientos europeos de cultura y tradición liberales, o abarque las relaciones entre tales ordenamientos y otros ordenamientos como aquellos, por ejemplo, caracterizados por la cultura islámica y la tradición de la *sharia*.
7. La comparación presupone el examen de dos o más ordenamientos distintos, por lo general ordenamientos estatales (en un plano *horizontal*), pero hoy también estatales y de otras organizaciones como las internacionales, en razón, entre otras, de la presencia siempre más evidente de la imposición de reglas globales por parte de sujetos ultraestatales (en un plano *vertical*),

mientras que, convencionalmente, se considera materia de derecho nacional la comparación entre ordenamientos públicos internos, como los regionales.

Cada autor debe decidir si incluir en el texto el examen de particulares ordenamientos, considerados emblemáticos de las diferentes formas de Estado y de gobierno. Es cierto que fichas ilustrativas que contienen referencias a diversos ordenamientos extranjeros pueden revelarse útiles para el lector que no conozca el derecho constitucional que opera en otras realidades, cuyo conocimiento es útil para la comparación. Es, sin embargo, importante que el tradicional enfoque, seguido sobre todo en el pasado, de considerar un manual de derecho constitucional comparado como un conjunto de análisis *pais por pais* no predomine en el equilibrio del texto. El manual debería ser, en primer lugar, una sede de *análisis comparativo por institutos* (fuentes, derechos, formas de Estado y de gobierno) y no una serie de fichas de derecho extranjero respecto al derecho del autor.

8. En los manuales asume una particular importancia el capítulo sobre la *comparabilidad* de los materiales estudiados. Con esta expresión se pretende puntualizar el *problema de la utilidad práctica de la comparación*. Por lo que respecta a la macrocomparación, casi siempre la cuestión se centra en la individualización o no de la homogeneidad como presupuesto del proceso comparativo.

En realidad, los ordenamientos comparables pueden pertenecer también a formas de Estado distintas.

En otras palabras, la así llamada homogeneidad, entendida como necesaria pertenencia a una cierta forma de Estado, no es un requisito esencial de la *comparabilidad*; también ordenamientos así llamados heterogéneos pueden ser objeto de análisis, siempre que se pueda considerar que los ordenamientos a comparar tengan en común el de ser ordenamientos de comunidades políticas, independientemente del nivel de refinamiento de sus técnicas organizativas. Por tanto, la homogeneidad de la que habitualmente se trata es aquella que se encuentra al interior de una cierta subclase (forma de Estado) que en realidad está incluida en la clase más amplia constituida por el concepto de ordenamiento político en el cual las diversas formas de Estado se incluyen: la heterogeneidad entre diversas formas de Estado es así

un concepto relativo y convencional, puesto que todas las formas de Estado tienen elementos en común que permiten su cotejo. Lo que es esencial para proceder a la comparación es poder individualizar un cierto número de características que sean tratadas como constantes, y que, por tanto, acercan a los diversos ordenamientos, los que se juxtaponen a otras características variables con la finalidad de operar el cotejo.

En lo que concierne a la microcomparación, entre estas características, asume un papel importante la *función* desempeñada por el instituto que se intenta estudiar. La función coincide con las finalidades que el ordenamiento asigna a un determinado instituto, finalidad que toma importancia y prelación respecto a los perfiles estructurales. Por *funcionalismo en contraposición a estructuralismo* se entiende, por tanto, el enfoque que asigna más importancia a la función, y por tanto a la capacidad de satisfacer un interés relevante, más que a las características formales y estructurales de un instituto. Por tanto, pese a la evidente diferencia de tipo formal/estructural, respecto a la función de garantía de un derecho frente a la acción administrativa, podría, por ejemplo, justificarse la comparación entre el instituto del *ombudsman*, presente en algunos ordenamientos, con la Corte de Cuentas presente en otros ordenamientos, siempre, sin embargo, en el ámbito de la forma de Estado de derivación liberal. De hecho, ambos institutos son funcionales a la garantía de derechos frente a la acción administrativa.

9. Es necesario aclarar que el derecho comparable no es (solamente) el resultante de los textos normativos, sino el que está efectivamente vigente en los ordenamientos examinados, por tanto, costumbres, convenciones, praxis interpretativas y dando un espacio significativo al aporte de la jurisprudencia y la doctrina. La investigación debería pues considerar también el derecho no escrito, mientras que para el escrito debería verificarse su vigencia.
10. Un clásico de todos los manuales es la *distinción entre la macrocomparación y microcomparación*.

La comparación de ordenamientos o grupos de ordenamientos (macrocomparación) generalmente implica un notable grado de generalidad y aproximación y sirve para introducir comparaciones más puntuales sobre

institutos singulares o grupos de normativas conexas a institutos (microcomparación).

Los estudios comparados más útiles son estos últimos y la escala que puede recorrerse para pasar de lo general a lo particular puede ser más o menos específica. Del examen de dos ordenamientos generales puede pasarse, por ejemplo, a correspondientes ordenamientos parlamentarios conexos, y así a aquellos de los grupos parlamentarios, al procedimiento legislativo y a las leyes electorales, a las modalidades de voto y a la formación de acuerdos parlamentarios, etc.

11. Esta última mención hace comprender como usualmente el investigador deba usar otros métodos para llegar a enunciar los materiales sobre los que se hace converger el juicio comparativo: el cuantitativo y estadístico (por ejemplo, para individualizar el número y la duración de las legislaturas, de los gabinetes ministeriales, de los golpes de Estado, de las modificaciones constitucionales); el del estudio de casos, que el investigador considere indicativos, ya que solamente el análisis a profundidad de algunos casos emblemáticos puede ser, en concreto, efectuado para comprender el funcionamiento de un instituto (por ejemplo, análisis de una elección presidencial, de una crisis de gobierno, de una comisión de investigación); el histórico, que a través del examen de precedentes puede servir para comprender la actual disciplina de un instituto, y que, de manera explícita o implícita, es casi siempre utilizado (por ejemplo, análisis histórico de la confianza parlamentaria, de los derechos de libertad, de la justicia constitucional, del concepto de democracia y similares).

III. INTERROGANTE SOBRE LA COMPARABILIDAD Y EL ALCANCE DE LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL

En línea de principio, legislador y juez pueden utilizar la comparación valiéndose de referencias a ordenamientos externos, siempre que compatibles con los principios de su propia Constitución. No así el investigador que no encuentra límite alguno en la libertad del razonar científico.

Por tanto, una de las más sensibles diferencias entre el comparar del jurista y el de quien despliega funciones constitucionales parece estar ligado a la *naturaleza más o menos apremiante de la homogeneidad cultural —y por lo tanto, de pertenecer a la misma área cultural—* como condición para su admisibilidad.

En síntesis, tendencialmente, quien despliega funciones constitucionales (normador y juez) utiliza el recurso comparativo al derecho externo cuando éste sea ideológicamente próximo al patrimonio de valores del propio ordenamiento. *La homogeneidad cultural se presenta entonces como uno de los presupuestos de la comparabilidad.* Se encuentra pues, en tal caso, un vínculo que seguramente no pesa por igual para el investigador.

Nos encontramos frente, a este punto, a uno de los problemas definitorios que constituyen un parteaguas mental en los procesos de sistematización del derecho comparado. Para quien ejerce funciones constitucionales la comparabilidad es considerada como condicionada por su realización en el ámbito de precisos *espacios culturales* que coinciden con aquellas áreas geopolíticas que a menudo se intenta individualizar con el fin de operar las clasificaciones de las formas jurídicas tanto por parte de los privatistas (familias de derechos) como de los publicistas (formas de Estado, regímenes políticos). Dentro de estos espacios estaría permitido operarla; por fuera de ellos, no.

En realidad, consideramos que respecto, justamente, a este propósito rebrota la *diferencia entre comparación para fines científicos y para fines prácticos.* La cuestión se presenta suficientemente clara a propósito del ejercicio de la jurisdicción y, en particular, para la constitucional. Al respecto se puede también distinguir entre el momento de la decisión final de aquel de su preparación.

Por lo que atañe al ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto, o sea la decisión de la sentencia, dado que preferentemente el juzgador tiene presente los precedentes de jueces que forman parte de su tradición jurídica, al decidir *no puede encontrar justificación en ordenamientos que no compartan los principios constitucionales que caracterizan a su ordenamiento.* Pero si este razonamiento puede valer para el momento en el cual se concretiza la interpretación considerada como decisión, podría llegarse a una diferente conclusión si nos limitáramos al momento cognitivo que precede a la decisión. Debido a que la investigación y el conocimiento del derecho y de precedentes externos está dejada a la plena libertad de maniobra del juzgador, se podría hipotetizar que en la *fase cognitiva* sea posible extender la atención también a un derecho del todo lejano de los propios principios constitucionales.

Pero en la *fase decisional* ello no sería posible si no traicionando la Constitución misma que se quiere tutelar a través del proceso constitucional. La discrecionalidad del juzgador tiene pues distinta relevancia en las dos distintas fases. Máxima, en

la primera fase, en la cual podría tomar en consideración elementos de valoración en realidad inutilizables para la decisión si es que provienen ordenamientos que no sean compatibles con los principios constitucionales que vinculan al juzgador. Circunscrita, en la segunda fase, en cuanto el momento decisorio consiente usar solamente aportes de signo compatible con los principios constitucionales. Ello explica, por ejemplo, por qué la Corte Constitucional sudafricana en su célebre sentencia sobre la pena de muerte (*The State v. Makwaneye*) haya, entre las muchas jurisprudencias tomadas en consideración también aquella favorable a la pena capital propia de la Corte Suprema norteamericana, pero en el momento decisorio, se haya netamente apartado, bajo la consideración de que la pena capital era irreconciliable con los propios principios constitucionales.

La interpretación es por su naturaleza una función volitiva, no un simple acto de conocimiento. El juez no se limita a tomar nota de la disposición textual, sino que decide cuales, a su parecer, son sus contenidos. En esta operación, que pasa de la cognición a la determinación que concluye el proceso interpretativo, el juez puede comparar y, a su elección, incluir el recurso a elementos cognitivos y valorativos conexos a fuentes y precedentes externos, y la referencia al derecho externo puede retornar de manera comparativa en la determinación final involucrando la *ratio decidendi*. En ese sentido parece correcto subrayar que el eventual recurso a la comparación concierna al perfil de la formulación de la *argumentación* justificativa. En tal proceso la referencia al derecho externo alienta a verificar si los precedentes de un cierto ordenamiento, en línea de principio comparable, no solo se presenten como *útiles* para llegar al pronunciamiento, sino que también sean *compatibles con la Constitución* en la que se fundamenta el ordenamiento del juez.

En esta perspectiva, por tanto, es evidente que, si pensamos en la comparación judicial, los jueces se muestran *selectivos* al proceder en concreto con la utilización de derecho extranjero. Por tanto, es comparable no solo en todo lo que resulta útil sino también en lo que resulte constitucionalmente compatible.

Como ya ha sido subrayado, sensiblemente distinta es la posición del investigador que no está gravado por el vínculo condicionante de la Constitución del ordenamiento en el cual habitualmente opera.

Para comprender mejor esta diferencia de enfoque se puede partir de la consideración del valor atribuible a la *tradición constitucional* propia de cada país, o sea del conjunto de los *principios de valor* sedimentados en el tiempo en diversas

áreas geopolíticas. Y ello en cuanto la tradición legal común puede ser considerada por la jurisprudencia como uno de los factores que justifica el recurso a la comparación.

Para los fines de estas reflexiones, es necesario tomar en consideración los principios-valores de la tradición constitucional propia del área euro-atlántica, en la cual se inserta la europea, principios que hoy están, además, condensados en la Convención europea de los derechos del hombre, en la Carta de Niza y en la Convención interamericana. Lo que no es indiferente al tema aquí tratado también porque es en esta área cultural —y por tanto también jurídica— en donde se ha afirmado el constitucionalismo y los estudios comparativos correspondientes. Y, por lo demás, incluso aunque de manera inconsciente y prescindiendo de la capacidad o del interés de asumir como referencia algún criterio lógico-sistemático al proceder a la comparación, quien se aventura en tales operaciones, sea como sujeto institucional (legislador o juez), sea como investigador, no puede prescindir del conjunto de tradiciones, valores y principios que son propios, o se consideran propios, de la cultura jurídica europea, y que han dado lugar a las codificaciones y al *case law*, a las Constituciones y, por tanto, a los principios constitucionales sobre los cuales descansa hoy la propia Unión Europea. Este conjunto de principios-valores se presenta como muy articulado desde el punto de vista del aparato lingüístico, conceptual y operacional. Lo que es interesante es el dato, reconocible, ofrecido por su progresiva *convergencia*, convergencia que manifiesta un distinto grado de intensidad dependiendo de la extensión del área geográfica considerada.

Los principios de los que se trata son reconducibles al ámbito de la *Western Law tradition*, a la que algunos le atribuyen incluso “validez universal”, que implica la distinción entre la cultura occidental, por un lado, y la de ordenamientos pertenecientes a distintas áreas culturales, por el otro. Tal tradición debe verse despojada de una cobertura universalista, en cuanto la realidad de los ordenamientos muestra con evidencia no solo que no es la única, sino además que no es para nada compartida a nivel universal, como a veces dejaría suponer una inaceptable lectura “globalizante” del régimen de los derechos referidos por una multiplicidad de instrumentos internacionales. Pero también debe subrayarse que una vez aclarado que la tradición occidental es solo una de las múltiples tradiciones existentes, se debe también admitir que sería del todo unilateral y dogmático pretender su superioridad.

Debemos aquí considerar que no parece absolutamente compatible la calificación de la tradición

occidental como coincidente exclusivamente con la versión hegemónica acogida por el pensamiento norteamericano, según la cual Occidente, encarnado por los Estados Unidos, constituiría un verdadero “modelo” de la ley más allá de las variadas contingencias históricas de su evolución. Según este enfoque la ciencia jurídica del otro lado del Atlántico ha edificado la idea y el concepto de una *Western Legal Tradition*, de una tradición occidental del derecho como única gran tradición, de la cual los varios derechos europeos no serían sino variantes locales. Una tradición que evidentemente ve, luego, en los Estados Unidos el punto culminante de su historia espiritual, desde el momento que habrían recibido la sabiduría histórica concreta del derecho inglés, los valores universales ilustrados de la revolución francesa, el ideal de un “tratamiento científico” del derecho propia del derecho alemán. El enfoque norteamericano debería, en realidad, limitarse a volver a entrar en el más amplio contexto de los principios del constitucionalismo liberal, que comprende un más vasto ámbito geopolítico en el que se mueven diversas variantes de la recordada tradición.

Se ha también hablado de un “modelo occidental”, contrapuesto a otros modelos, para subrayar de manera decidida la diversa manera de concebir los derechos fundamentales reconocidos al individuo. A propósito de tal modelo se distingue entre la fase liberal “clásica” y aquella propia del más reciente Estado democrático-social. En tal contexto se afirma una ulterior distinción: aquella, interna de los “sistemas de derecho occidental”, entre ordenamientos europeos continentales (área del Civil Law) y ordenamientos anglo americanos (área del Common Law) ambos reconducibles a una misma tradición, fundada en los principios cristianos y, por tanto, en aquellos propios de la democracia liberal. Entran a pleno título en el cuadro de la tradición occidental las *tradiciones constitucionales comunes* de los que tratan los instrumentos normativos de la Unión Europea (preámbulo de la Carta de Niza del 2000, proyecto del Tratado Constitucional del 2004, Tratado de Lisboa del 2009).

Pero hablar de tradiciones constitucionales comunes no significa individualizar necesariamente una total comunión: las realidades históricas europeas son particularmente articuladas **y así como existen concordancias, existen divergencias entre los diversos ordenamientos europeos. El recurso a la comparación se mantiene esencial para puntualizar** los valores comunes.

Las principales características de la tradición jurídica occidental consisten en la neta distinción entre instituciones jurídicas (incluidos los procesos jurídicos como la legislación y la jurisdicción, a la

par de las normas y conceptos jurídicos que generan) y otros tipos de institución y en particular la religiosa. Además, la gestión de las instituciones está encomendada a grupos de sujetos que se dedican a la actividad jurídica de base profesional tras haber obtenido una formación universitaria especializada. Y a tal respecto recordamos que existe una relación compleja y dialéctica entre el cuerpo de doctrinas jurídicas y las instituciones, en cuanto la doctrina racionaliza los institutos jurídicos que a su vez son actuados por el conjunto de órganos estatales.

Rasgo fundamental de la tradición jurídica occidental sería, en particular, la *distinción entre política y derecho*. Fundamentalmente porque es capaz de minimizar las diferencias entre Common Law y Civil Law, subrayando la existencia de un conjunto de valores comunes a los dos sistemas. Valores que estarían documentados por la presencia, en muchos Estados europeos, de Constituciones puestas como fundamento de un mecanismo de control jurisdiccional sobre la actividad del poder político.

IV. LA INCIDENCIA PRÁCTICA DE LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES

Los principios-valores que identifican al sistema jurídico, es decir, la tradición constitucional que caracteriza al sistema, constituyen *para el normador y para el juez un límite al uso del aporte de valores incompatibles provenientes de distintos sistemas*.

En referencia a la actividad de las jurisdicciones se comprende, por tanto, como el juzgador esté orientado a comparar con la finalidad de formar su propia convicción utilizando las fuentes de ordenamientos de su propia área cultural. No es casual que, por ejemplo, la Corte EDH, en diversas circunstancias, además de considerar la formación de ordenamientos que forman parte de la Convención, amplíe la mirada a otros ordenamientos ajenos, pero que compartan sus principios.

La sentencia del 4 de diciembre de 2003, *MC contre Bulgarie* (recurso 39272/98) lleva a individualizar, en la ausencia de consentimiento de la víctima, el núcleo de la noción de violencia sexual tras un largo *excursus* de la disciplina de ordenamientos que forman parte de la Convención, a la que se agrega el de los Estados Unidos (sub par. 129 ss.). La sentencia del 15 de enero de 2013, *Eweida and others v. The United Kingdom* (recursos 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10) compara la legislación en materia de exhibición de símbolos religiosos en veintiséis países miembros de la Convención (sub par. 47) y amplía el examen a Estados Unidos y Canadá, países de la misma área cultural. La sucesiva sentencia del 17 de diciembre de 2013,

Perineck c. Suisse (recurso 27510/08) en materia de legislación sobre el negacionismo, examina el régimen previsto en catorce países miembros y extiende nuevamente la comparación a Estados Unidos y Canadá (sub par. 30).

La Corte Suprema de Israel, para valorar eventuales discriminaciones en materia de trabajo relacionadas a parejas homosexuales, evalúa la superación haciendo referencia a las transformaciones sociales ocurridas en el *western world*. Examina, por tanto, precedentes en la jurisprudencia de Francia, Dinamarca, Suecia, Noruega, Canadá, Estados Unidos y Corte EDH a fin de considerar tal resultado extensible a Israel (*El-Al Israel Airlines Ltd. v. Jonathan Danielowitz et al. HCJ 721/94* par. 35 ss.). La Corte Suprema brasilera hace numerosas referencias al derecho y a la jurisprudencia estadounidenses, alemanas, portuguesas, españolas e inglesas en la valoración de un caso relativo a la libertad de prensa (sentencia n. 130 del 30 de abril de 2009).

La Corte Constitucional italiana, al examinar el régimen de los poderes administrativos enderezados a autorizar concentraciones de empresas en relación al respeto del principio de libertad de competencia, ha considerado comparativamente lo previsto por la legislación inglesa, alemana y francesa (sentencia 270/2010, sub par. 8.4). La misma Corte, interviniendo en el tema de los efectos temporales del pronunciamiento de inconstitucionalidad (10/2015, sub par. 7), dirigiendo su atención al régimen de “constituciones democráticas y pluralistas” ha evidenciado que “*la comparación con otras Cortes constitucionales europeas –cuales, por ejemplo, la austriaca, alemana, española y portuguesa– muestra que la contención de los efectos retroactivos de las decisiones de ilegitimidad constitucional representa una praxis difundida, incluso en juicios en vía incidental, independientemente del hecho de que la Constitución o el legislador hayan explícitamente conferido tales poderes al juez de las leyes*”. Como consecuencia: “*Una tal regulación de los efectos temporales debe considerarse permitida en el sistema italiano de justicia constitucional*”.

Como se presenta compatible con el respeto de los principios constitucionales que el juez deba hacer referencia a normativas o praxis aplicativas propias de ordenamientos que comparten los mismos principios, así, por el contrario, es comprensible la negación de un posible uso del derecho propio de ordenamientos que niegan o, en todo caso, no comparten los mismos principios.

No casualmente, en el conocido diálogo entre los jueces Breyer y Scalia a propósito del uso del argumento del derecho comparado en las senten-

cias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, el segundo hace notar al primero la problemática de hacer referencia al ordenamiento de Zimbabue en un caso relativo a la pena de muerte. Por admisión del propio Breyer, Zimbabue no es adscribirle entre “*los campeones en la tutela de los derechos humanos*” y, por tanto, tal cita habría constituido un error táctico argumentativo, insubsanable, incluso frente a la universalidad del argumento objeto de la sentencia, esto es, la muerte impuesta por el Estado. La Corte Suprema de la India, al comparar los remedios previstos por el ordenamiento indio con los presentes en el ordenamiento de los Estados Unidos en tema de acciones positivas dirigidas a superar las formas de discriminación de las clases sub-privilegiadas, ha excluido el uso, por parte del sistema hindú, de las formas de igualdad previstas en los Estados Unidos, en cuanto no compatibles con las directivas (*directive principles*) previstas por la Constitución india (art. 14, 18, 38) (*Ashoka Kumar Thakur vs. Union of India*, 2008 (56), BLJR12, 96, par. 175). En la House of Lords, que hasta el año 2009 constituyó el equivalente de una Corte Suprema y que ha hecho frecuente recurso al derecho extranjero, en el caso *White et al. v. Jones* de 1995, Lord Goff recomendaba que se prestara extrema atención en el desarrollo de comparaciones entre sistemas pertenecientes a diferentes tradiciones jurídicas.

Particularmente significativo es el dato emergente del análisis de la jurisprudencia constitucional de las Cortes del Este de Europa a partir de los primeros años noventa del Siglo XX. Pese a una amplia proximidad cultural, política y constitucional con la Unión Soviética, ninguna de estas cortes hace uso del derecho ruso vigente; ello porque una tal referencia resultaría antitética respecto a los valores democráticos del constitucionalismo liberal de tradición occidental que ellas han acogido. Valga como ejemplo el caso *PI. US 1/2008*, del 23 de septiembre de 2008, de la Corte checa en temas de derechos sociales.

La Corte, al reconstruir el desarrollo histórico de la protección constitucional de tales derechos, hace referencia a la primacía (en orden cronológico) de la Constitución estalinista de 1936. Sin embargo, inmediatamente, se apresura en subrayar la ineffectividad de tales normas por cuanto aquellas “eran cruelmente contradictorias, no solamente respecto a la praxis, sino también respecto a las disposiciones de actuación de rango legislativo y sub-legislativo”. La incomparabilidad entre el ordenamiento checo actual y el dato normativo soviético, aunque a la luz de la tutela formal de los derechos sociales garantizada por este último, resulta, por tanto, motivada por el carácter antiliberal del régimen soviético, antitético respecto a los valores

fundantes del constitucionalismo europeo. No es casual que la Corte pase luego, inmediatamente, a un análisis comparativo de ordenamientos de Países miembros de la Unión Europea a fin de ofrecer una solución al caso que se le presentó.

En el caso de análisis comparativo con fines científicos no se presentan, en cambio, los límites que se acaban de mencionar. Cuando la comparación se aleja de las finalidades prácticas que influyen la actividad del normador y del juez, debe observarse que excluir la comparabilidad entre ordenamientos estatales solo porque son “heterogéneos”, en cuanto pertenecientes a formas de Estado distintas, no tiene sentido. De hecho, es competencia del investigador establecer los horizontes de su tarea científica y no es pensable obstaculizar el conocimiento de los diferentes ordenamientos, que es el objetivo de la ciencia comparada, mientras que es pacífico que la comparación puede conducir a poner en evidencia diferencias además de las coincidencias, permitiendo la individualización de modelos y la formulación de clasificaciones.

V. UNA CONCLUSIÓN SOBRE LA PRESENCIA/AUSENCIA DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES A LA COMPARABILIDAD

Respecto a la rigidez que, de alguna manera, condiciona los márgenes de maniobra de los titulares de funciones constitucionales se encuentra, pues, una segura libertad de maniobra del investigador. Por lo demás, en la práctica, el análisis científico no puede prescindir del cotejo entre ordenamientos inspirados en distintos valores, cuando se piense, por ejemplo, en la necesidad de estudio de las relaciones entre los ordenamientos de los Estados que devinieron independientes después de la Segunda Guerra Mundial, y de aquellos de las potencias europeas coloniales (casi la totalidad de los sistemas africanos y asiáticos), o entre las diversas fases históricas de ordenamientos que pasaron de la vigencia de los principios del Estado liberal al del Estado autoritario o viceversa (ordenamientos iberoamericanos y ordenamientos griego, español, portugués de un pasado no muy lejano, por dar ejemplos de vivo interés para el investigador italiano). Obviamente, la comparación desarrollada entre ordenamientos enmarcados en formas de Estado diferentes no puede no comportar una profundización de los perfiles sustanciales de los ordenamientos constitucionales examinados, desconfiando de la simple existencia de similitudes formales que a primera vista podrían inducir a sacar conclusiones apresuradas que, luego, se revelan inexactas y desacertadas.

Por tanto, el estudio comparado de ordenamientos heterogéneos está perfectamente justificado

en el marco de la ciencia comparativa, debiéndose notar que la insistencia con la cual la mayor parte de la doctrina pretende la homogeneidad de los ordenamientos como requisito de comparabilidad, o desconfía del proceder a incautos cotejos, deriva del hecho de que la comparación tiene, entre otras, la importante función de ofrecer materiales para la adopción de textos constitucionales y legislativos o para llegar a la armonización o unificación del derecho, objetivos que indudablemente son más fácilmente alcanzables moviéndose en el cuadro de disciplinas normativas homogéneas que surgen de ordenamientos que forman parte de la misma forma de Estado.

Por consiguiente, aunque es comprensible que la comparación entre ordenamientos *homogéneos* pueda considerarse facilitada por la afinidad y coincidencia que caracterizan los elementos identificadores, no puede excluirse la comparabilidad entre ordenamientos así llamados *heterogéneos*. La comparación entre estos es consecuencia de los objetivos que se plantea el investigador y el resultado de la investigación, puede bien llevar a poner en evidencia diversidades. Concluyendo, la comparación entre ordenamientos estatales insertados en formas de Estado (o regímenes políticos) distintos es científicamente legítima, siempre que sea funcional a los objetivos de la investigación.

Pero la comparabilidad con fines científicos, en el sentido ahora precisado, no significa desconocer la permanencia de radicales diversidades entre culturas y las correspondientes concepciones del derecho y de la organización del poder que terminan condicionando a los titulares de funciones constitucionales. Entendemos también decir que no es admisible pretender individualizar una superación de las diferencias a causa de la verificación de la llamada globalización. La permeabilidad entre culturas, siempre que se verifique, no implica la eliminación de las diferencias, en cuanto permanecen insuprimibles “divisiones y fracturas” entre el mundo occidental y otros ámbitos geopolíticos.

VI. LA COMPARACIÓN Y EL EJERCICIO DE FUNCIONES CONSTITUCIONALES

Los constitucionalistas se han planteado desde hace tiempo la interrogante sobre cuál sea la condición a individualizar para poder proceder a la comparación. La misma pregunta se habían planteado civilistas y estudiosos de otras disciplinas jurídicas. En principio, es comparable solo aquello que se puede considerar homogéneo, bajo el perfil ideológico, en lo que atañe a los ordenamientos (macrocomparación) y homogéneo, bajo el perfil funcional, en lo que atañe a institutos particulares (microcomparación).

Por tanto, en línea de tendencia, se comparan institutos pertenecientes a la misma área cultural y a la misma tradición constitucional y que satisfagan misma función, independientemente de su calificación formal.

En realidad, como hemos repetidamente subrayado, se precisa hacer una neta distinción entre *finés prácticos* (cuando la comparación atañe a la *normación* y a la *jurisdicción*) y comparación *con fines científicos*. Es para la primera que se precisa necesariamente el requisito de homogeneidad.

La comparación en el ejercicio de una función constitucional (normación y jurisdicción) requiere de su *utilidad*: no se revela útil hacer referencia a un derecho tan diferente del propio que *no se pueda usar*. En la función normativa, la comparación está incluida a fin de elaborar textos constitucionales y legislativos para el futuro en un número no precisado de casos y para un número indeterminable de usuarios. En la jurisdiccional, la comparación es útil para la solución de casos puntuales ya verificados y puestos a la atención de un determinado juez.

A. Comparaciones y nuevas Constituciones

Es pacífico que en la elaboración de los *textos constitucionales* a menudo se hace referencia de una manera más o menos sistemática a la comparación. Los órganos constituyentes tienen interés en ampliar el radio de su conocimiento, incluso operando una comparación entre soluciones constitucionales ya experimentadas. En la historia de las Constituciones los ejemplos no faltan: influencia del modelo norteamericano sobre los constituyentes ibero-americanos; de los modelos de los estados liberales y de los socialistas sobre constituyentes de muchos estados de reciente independencia; del modelo soviético sobre constituyentes de la totalidad de estados socialistas. La *fase preparatoria* de una nueva Constitución o de su revisión implica a menudo *un aporte cognitivo* ofrecido por precedentes constituciones. Es en esta fase en la que, de modo seguro, se puede individualizar el desarrollo de análisis comparativos.

Particularmente amplias fueron las referencias a las Constituciones de otros Estados durante los trabajos preparatorios de la Asamblea Constituyente italiana. También amplias fueron las referencias comparativas en los trabajos de las diversas comisiones parlamentarias encargadas de proponer, sin éxito, modificaciones constitucionales (1983, 1993, 1997), seguidas por la comisión de expertos nombrada por el gobierno en la decimoséptima legislatura (2013). Se piense, finalmente, al trabajo desarrollado en vista de la frustrada revisión constitucional rechazada por el

referéndum constitucional en 2016. Para estudiar la reforma del Senado, la reconsideración de los poderes gubernamentales, la redistribución de las competencias Estado/Región, se hicieron abundantes referencias comparativas con otros ordenamientos distintos del italiano.

Análisis comparativos han precedido la formación de la Ley fundamental de Bonn de 1949 y de las Constituciones francesas de 1946 y de 1958 y han caracterizado los trabajos preparatorios de la Constitución portuguesa de 1976 y de la española de 1978. La apertura problemática hacia el constitucionalismo liberal produjo un amplio debate que involucró el estudio de las experiencias occidentales en la preparación de la Constitución de la Federación Rusa de 1993. Análisis comparativos relativos tanto al régimen de derechos como a los perfiles organizativos sobre la mejor forma de gobierno, fueron realizados por centros especializados que, en el cuadro de organizaciones internacionales prestan asistencia para la formulación de nuevos textos constitucionales especialmente en países devastados por graves crisis y verdaderos conflictos armados (entre los cuales: Afganistán, 2004; Iraq, 2005; Kosovo, 2008; Egipto, 2014; Túnez, 2014.)

Las consecuencias de este tipo de enfoque en el trabajo preparatorio emergen a menudo claramente en el propio *texto constitucional definitivo*. Referencias indirectas que dejan entrever un análisis de corte comparativo sobre la forma de gobierno francés, comúnmente definida como **semipresidencial**, se encuentran en las elecciones constituyentes de varios países de Europa centro-oriental, tras el abandono de las constituciones de estilo soviético. Baste pensar en la introducción de la elección popular directa del Presidente de la República junto a los institutos de la confianza parlamentaria y de la disolución anticipada del parlamento en las Constituciones de Polonia (1997), Rumania (1991), Bulgaria (1991), Croacia (1990), Eslovenia (1991), Serbia (2006) y Montenegro (2007).

Referencias comparativas se encuentran en las decisiones de los constituyentes de fortalecer el papel de los ejecutivos de acuerdo con la fórmula británica del llamado *premierato*.

Análogas consideraciones pueden desarrollarse respecto a la composición y a las atribuciones de las segundas cámaras en los Estados federales, a menudo diseñadas para ofrecer representación a los entes territoriales y con funciones generalmente recesivas respecto a las cámaras bajas, tanto en la función legislativa como en las relaciones con el ejecutivo. Es lo que se puede encontrar no solo en las experiencias federales maduras de Alemania,

Suiza, Canadá, sino también en aquellas de reciente formación como en el caso de Bélgica (Constitución de 1994), en donde la solución federal, determinada por la exigencia de conciliar las diversidades lingüísticas y culturales tradicionalmente presentes en el territorio, ha implicado la adopción de un bicameralismo diferenciado que atribuye al Senado la representación de las comunidades lingüísticas, asignándole un papel netamente subordinado respecto a la cámara de representantes.

B. Comparación y legislación

A nivel sub-constitucional, cada legislador se mantiene *absolutamente libre* de proceder con la profundización de legislaciones ajenas y de desarrollar análisis comparativos. No existe ningún criterio orgánico que justifique el recurso a la comparación por parte de los legisladores: exigencias específicas, condicionadas por factores locales o por el particular momento histórico, así como la autoridad y el prestigio adquiridos por elecciones operadas en otros sistemas, pueden llevar a una verificación comparada. La comparación se ve facilitada por la introducción de relaciones siempre más intensas entre parlamentarios de diferentes áreas geopolíticas, por el intercambio de informaciones y la implementación de diversas modalidades colaborativas. En ese sentido, se ha hablado de la existencia de *un diálogo entre legisladores* y de cooperación interparlamentaria.

El diálogo asume particular relevancia en la importante área de los derechos de la persona. Aquí aparece confirmado cómo la comparación ocurra entre ordenamientos que comparten los mismos o similares valores desde el punto de vista ético jurídico. Por tanto, aparece natural que el ordenamiento de un país como Italia observe ejemplos propios de otros sistemas de derivación liberal para recurrir de manera apropiada a la comparación.

A este punto se precisa decir que las relaciones entre parlamentos con la finalidad de intercambiarse informaciones sobre los métodos de trabajo parlamentario y sobre los criterios de organización interna, pueden ser solo una premisa al recurso a la comparación. Investigaciones sobre la legislación extranjera se llevan a cabo al interior de las asambleas tanto dentro de las comisiones parlamentarias como a través de los organismos colegiados encargados de llevar a cabo investigaciones útiles para la preparación de propuestas legislativas. Particularmente interesante ha sido el trabajo de las *Law Commissions* en diversos países anglosajones y de la *National Conference of State Legislatures* en los Estados Unidos. De particular interés son también los estudios comisionados a expertos de las varias direcciones internas del

Parlamento Europeo. Estos últimos análisis se refieren tanto a la legislación de los Estados miembro como al de ordenamientos externos a la Unión Europea. El estudio “*A comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU member states*” (15 de mayo de 2013), además de considerar los diferentes ordenamientos de Países miembro también se ocupa de Rusia, Australia y Sudáfrica.

Sobre ello es frecuente la afirmación según la cual las comisiones parlamentarias y las comisiones de expertos, formadas por gobiernos sobre el modelo de las *Law Commissions*, desenvolverían actividades comparativas. En realidad, en la práctica, abunda la recopilación de materiales de ordenamientos extranjeros a someter a la atención de los legisladores, mientras que es problemático identificar estudios comparativos en sentido propio. Lo que se presenta cierto es que el recurso al derecho extranjero y a la eventual comparación atañe a la *fase preparatoria* en las dependencias legislativas de los ministerios y en las comisiones parlamentarias, mientras que durante la fase de debates y de las decisiones finales, las exigencias políticas contingentes de los parlamentarios y de los representantes del gobierno tienden a olvidar los cotejos con otros ordenamientos. La experiencia francesa da amplia relevancia al análisis comparativo en la fase del diseño legislativo. En base al nuevo artículo 39 de la Constitución, implementado por la Ley Orgánica Nº 2009-403, que ha individualizado las condiciones para la presentación de los proyectos de leyes, la legislación extranjera es tenida en cuenta, en particular, en la “exposición de motivos” y en los “estudios de impacto” de la regulación. La comparación operada por el legislador puede dejar rastro en el informe de acompañamiento de un proyecto de ley, como a menudo ocurre en Italia (cfr. el diseño de ley del 22 de enero de 2013 sobre la reforma de las circunscripciones judiciales; diseño de ley del 29 de abril de 2008, sobre el llamado testamento biológico; diseño de ley constitucional del 24 de julio de 2014 sobre el derecho de acceso a Internet). Raramente se encuentra rastro de referencias comparativas en el texto final de una ley: en el preámbulo de la ley española sobre el estatuto de la radio y televisión (Ley 4/1980 del 10 de enero) explícitamente se afirma que la disciplina adoptada fue inspirada en “*la experiencia de otros países con sistemas democráticos con la misma orientación*” del español.

En Italia es particularmente abundante la preparación de documentos que contienen el análisis, país por país, por parte de las dependencias internas de las dos Cámaras. Estos documentos preparatorios, por ejemplo, han concernido de manera difundida la proyectada normativa de reforma de la legislación electoral en 1993 y 2005. Similares trabajos

han ocupado el período 2013-2015. Referencias a ordenamientos extranjeros y referencias comparativas han sido frecuentes en muchos otros casos. Citamos los trabajos parlamentarios en la fase que ha precedido a la adopción de las leyes del 31 de diciembre de 1996, N°s 675 y 676 en materia de tratamiento de los datos personales en los que se hace referencia al concepto de privacidad (*privacy*) desarrollado, desde hace tiempo, por otros ordenamientos estatales y organizaciones internacionales. En general, podemos considerar que toda la normatividad que atañe a la importante área del bio-derecho está marcada por una fase preparatoria de impronta comparativa. Con todo, el eventual recurso a la toma en consideración de fuentes extranjeras y a la comparación estaría circunscrita al *momento cognitivo* y tendría función *auxiliar* respecto a la formación de la voluntad del legislador, mientras que emerge rara vez en la fase final de la formalización del acto legislativo.

Con esta precisión podemos reconocer que la consideración del derecho extranjero puede tener un papel significativo en la *preparación de la legislación* en la casi generalidad de los ordenamientos. Los ejemplos pueden ser numerosos. Y siempre debería hacerse una no fácil distinción entre las hipótesis de simple imitación de un modelo de prestigio y verdaderos análisis comparativos entre varios modelos a tenerse presentes. Un caso conocido, del que existen muchas confirmaciones, es el de la imitación de códigos (penales, civiles, procesales) en múltiples ordenamientos extra-europeos. El recurso a la comparación para introducir una nueva legislación puede implicar relaciones entre sistemas legales con diferentes tradiciones jurídicas. Hasta hace dos décadas, en los países socialistas, la comparación estaba tendencialmente limitada, en forma preclusiva, a la experiencia de los ordenamientos que compartían las mismas premisas ideológicas. Hoy en China Popular, al menos por lo que atañe a algunas específicas áreas de intervención legislativa, la comparación resulta decididamente ampliada también al conocimiento de la legislación occidental, como sucedió en la preparación de la más reciente normativa de protección ambiental, en donde el trabajo preparatorio llevado a cabo en las comisiones del Congreso del Pueblo implicó un atento examen de los precedentes ofrecidos por las legislaciones canadiense y francesa.

Finalmente, se ha observado que el recurso a los análisis comparados termina por involucrar, sobre todo, a sectores de intervención legislativa que presentan aspectos científicos y técnicos privados de connotaciones ideológicas o situaciones en las que sea manifiesta la uniformidad de intereses entre ordenamientos objeto de estudio comparado

(por ejemplo: derecho penal, derecho comercial con particular referencia a la competencia, tutela del consumidor), mientras que difícilmente concierne a aquellos sectores en los que emerge, en vía prioritaria, el carácter estrictamente nacional de los intereses disciplinados o en los que existen instituciones nacionales bien establecidas. La actividad de armonización y de producción de normativas a utilizarse por los miembros de organizaciones internacionales (por ejemplo, reglamentos y directivas de la UE) implican, como regla, una precedente comparación entre normativas contenidas en la legislación de los Estados miembros de la Unión.

C. Comparación y jurisdicción

El incremento del llamado **diálogo** entre las jurisdicciones y, en particular, entre las Cortes Constitucionales y entre estas y los órganos internacionales de justicia, han convertido en natural para los jueces el intento de utilizar los institutos de otros ordenamientos o la jurisprudencia de estos. Es en este clima cooperativo que se refuerza el recurso a la comparación, debiéndose subrayar que, en concreto, es posible encontrar tanto el simple recurso al derecho extranjero como la investigación a través de la comparación de principios a utilizarse por el juez. La comparación surge como un instrumento a través del cual se facilita el conocimiento, momento de conexión entre la historia del derecho, teorías legales y derecho positivo, en el que se inserta el papel de las cortes. En el caso específico de la comparación utilizada por el juez constitucional, esta tiene la función de facilitar un mejor conocimiento del derecho nacional a ser aplicado al caso concreto, mediante un cotejo crítico con otros derechos. Si se lleva a cabo rigurosamente, se convierte en **elemento constitutivo de la interpretación constitucional** a diferencia de lo que sucede a propósito de su uso por parte del legislador, en donde a menudo asume un papel meramente de **reconocitivo**, a fin de ayudar a la preparación del texto normativo.

En lo que respecta a la praxis interpretativa de los tribunales constitucionales, ha sido precisado que el recurso al derecho extranjero o al derecho internacional en clave comparativa puede ser hecho a título meramente erudito (“ornamental”), para acompañar el razonamiento del juez, puede servir para reforzar o negar una tesis interpretativa incidiendo en la *ratio decidendi* o evidenciándose en los *obiter dicta* o, puede, a veces, incluso, revelarse esencial cuando el juez se encuentre que debe resolver un caso en ausencia de reglas explícitas (hipótesis de verdadera y propia laguna). Aquí se encuentra el delicadísimo aspecto de la frontera entre el argumento comparativo y juicio comparativo.

El uso del derecho extranjero —del que hay que distinguir, con evidencia, el derecho internacional— y, eventualmente, el recurso, en sentido propio, a la comparación, asumen en la actividad de los tribunales un perfil del todo particular, sensiblemente diferente del que se encuentra en relación con los otros usuarios de la comparación: investigadores y legisladores. En efecto, el juez interviene en ese sentido, siempre y únicamente, en una circunscrita perspectiva de *utilidad* para la formación de su decisión, destinada únicamente a resolver el caso que se le presenta. Y esto tanto cuando se limita a una cita ornamental o meramente de refuerzo de su pronunciamiento, como cuando se siente impelido a realizar un análisis más acucioso que le permita formar su propia convicción, resultado este último que, en el caso concreto, se presentaría como problemático en ausencia del auxilio ofrecido por las fuentes externas.

Hay, en efecto, no frecuentes casos en los que la referencia comparativa se vuelve esencial en el razonamiento del juez. Obviamente, afirmar que el juez utiliza el derecho extranjero y recurre a la comparación solo para resolver un caso específico no significa minimizar el significado de su actividad, ni afirmar que los efectos de su pronunciamiento queden circunscritos al caso resuelto, en cuanto es muy posible que el pronunciamiento ejerza influencia sobre futuras decisiones de otros jueces, recurriéndose al conocido perfil de la persuasividad del precedente, pacífica en los ordenamientos del Common Law a través de la afirmación del *stare decisis*, discutida y discutible en los ordenamientos de Civil Law. Así tampoco podría excluirse una influencia sobre sucesivas elecciones normativas.

No faltan los ejemplos en los que parece que el juez ha considerado útil o necesario recurrir al derecho extranjero y a la comparación. La referencia a la Convención de Oviedo y a alguna sentencia de jueces estadounidenses, ingleses, alemanes, así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, constituye un pasaje esencial en la argumentación de la Corte de Casación italiana en la sentencia sobre el caso llamado *Englaro* (sentencia del 16 de octubre de 2007, secc. I. civ. Nº 21748). En este caso la comparación ha servido a la Corte para llenar un vacío legal en el ordenamiento italiano que nada dispone sobre el fin de la vida. Las referencias a los precedentes ingleses, estadounidenses, australianos, neozelandeses, alemanes, de la Corte EDH son esenciales en el *reasoning* de la Corte Constitucional sudafricana en *Du Plessis and Others v. De Klerck and Another* (Sentencia del 15 de mayo de 1996 (1996 (3) SA 850 (CC)) en materia de efectos horizontales de los derechos fundamentales, y en *The State v.*

Makwanaye (sentencia del 6 de junio de 1995), en materia de pena de muerte.

Similarmente se han revelado esenciales las referencias de la Corte Suprema canadiense a los precedentes en materia de derecho negativo de asociación de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre (*R. v. Advance Cutting and Coring Ltd.* (Sentencia del 19 de octubre de 2001, 2001 SCC 70). El Tribunal Constitucional portugués ha hecho referencia a lo previsto en la Constitución española, italiana y alemana para llenar una falta de previsión de la Constitución portuguesa sobre el tema de vínculos legislativos a las intervenciones limitativas del derecho de propiedad (sentencia 421/2009).

Numerosísimas referencias al régimen legislativo y a los precedentes jurisprudenciales de ordenamientos europeos y extra-europeos diseminan la conocida sentencia de Tribunal Constitucional español que ha rechazado las excepciones de inconstitucionalidad a la ley sobre el matrimonio homosexual (sentencia 198/2012 del 6 de noviembre de 2012, en particular sub par. 9). La Corte Constitucional italiana raramente efectúa referencias de las que se puedan deducir con certeza el uso de la comparación, aunque es bien sabido que la Corte en la fase instructora recurre a la búsqueda del derecho extranjero y, por tanto, a posibles cotejos comparativos.

En el texto de los pronunciamientos, a veces afloran menciones de las que se puede deducir que hubo una fase comparativa preparatoria. En las referencias que encontramos en las consideraciones en derecho podemos encontrar afirmaciones en confirmación de la opinión del colegio. En la sentencia 250/2010, que rechaza la cuestión, se reconoce la constitucionalidad del delito de clandestinidad y, como confirmación, se recuerda que el análisis comparativo revela normas incluso más severas de legislaciones de diferentes países UE con tradición jurídica cercana a la nuestra (Francia-Alemania) o diferente (GB). En la sentencia 13/2012 que afronta la “reviviscencia” de la norma en el caso de referéndum abrogativo, se recuerda que, como regla, tampoco en otros ordenamientos está admitido el restablecimiento de normas tras la abrogación legislativa (Reino Unido, EE. UU, RFT, Francia, España). En la sentencia 10/2013 relativa a la contención de efectos retroactivos de sentencia de la Corte Constitucional, se recuerda que la comparación con otras Cortes Constitucionales europeas –Austria, Alemania, España, Portugal– indica que existe la praxis difundida en tal sentido. En la sentencia 1/2014 se nota que, en los ordenamientos constitucionales homogéneos al italiano, si existe una legislación electoral proporcional no

se deben verificar desequilibrios en los efectos del voto. Finalmente, la sentencia 34/2017 sobre el *italicum* contiene una fugaz referencia al derecho electoral extranjero.

El cotejo extremadamente limitado de referencias a partir de las cuales se pueda deducir la existencia de comparación no excluye que en la fase instructora precedente haya habido un argumentar comparativo. En realidad, es más fácil verificar las referencias al derecho extranjero y a la comparación en aquellos ordenamientos en los que se publican *dissenting y concurrent opinions* de los jueces. En tales casos es posible tener a disposición materiales que puedan comprobar el recurso al instrumento comparativo.

La comparación a la que las Cortes pueden recurrir –en cuanto abiertas hacia ordenamientos distintos al de pertenencia, y por tanto consideradas “*dialogantes*”– debe reconducirse al ámbito de las teorías de la interpretación judicial. Ello significa que el juez utiliza la comparación en el ámbito del proceso de interpretación del *propio* derecho. Por tanto, la referencia, en su razonamiento, a los principios, normas, precedentes externos debe ser considerado como un elemento fáctico, como ocurre respecto de los datos históricos y opiniones doctrinales. En este preciso sentido *son meros hechos utilizados en sede cognitiva y raramente en sede decisoria*. Ninguna operación de reenvío a fuentes externas es, por tanto, configurable. Del todo particular es lo que se presenta en las relaciones entre los jueces del Common Law, en el que se continúa considerando al precedente de un distinto ordenamiento no solo como autoridad persuasiva sino como verdadera y propia fuente utilizable por los jueces del área. El juez en su argumentar no “aplica”, por tanto, derecho o precedentes extranjeros, sino que los utiliza como elementos fácticos útiles con la finalidad de interpretar mejor y más provechosamente el propio derecho.

Sin duda, la comparación constituye uno de los perfiles más interesantes de la función interpretativa del juez. En los casos en los que se hace recurso a la comparación para llenar lagunas normativas, ella evidencia el límite evanescente entre interpretación/aplicación de normas e interpretación creativa lindante con una actividad normadora. Ejemplo que prueba en tal sentido, es el ofrecido por la recordada sentencia Englaro de la Corte de Casación en la cual, utilizando fragmentos de sentencias y normativa extranjera, el juez ha enucleado, en vía comparativa, una norma antes inexistente.

Es a partir del examen del texto de una sentencia, incluidos los *obiter dicta*, conocible en su tex-

to formal y, por tanto, verificable, que podemos determinar el recurso a la comparación, entendida como punto de cotejo crítico a través del cual podemos identificar el principio de derecho que sirve para resolver el caso presentado (*juicio comparativo*). Sin embargo, también en las fases procesales que preceden a la decisión pueden emerger referencias al derecho extranjero y cotejos comparativos aducidos en apoyo de las diversas tesis procesales. Por ende, tanto en el acto introductorio como en la fase instructora y de debate pueden encontrarse elementos comparativos. Por lo común se hace referencia a tal estado de cosas cuando se apela al *argumento comparativo* que surge de los actos procesales, además que de la sentencia. El argumentar comparativo indica las sugerencias, de distinta intensidad, que pueden manifestarse en las diferentes fases procesales cuando los sujetos participantes aleguen en apoyo de sus tesis argumentos extraídos del derecho extranjero y propongan análisis comparativos. Se precisa, pues, llamar la atención sobre **la importante diferencia existente entre la genérica referencia al argumentar y la decisión judicial que emerge de la acontecida comparación.**

El recurso al argumento comparativo, es decir, inspirado en la normativa prevista en otro ordenamiento, tiene valor utilitario a favor o en contra de una determinada interpretación y se concretiza cuando no sea de otra manera posible encontrar en el texto una lectura de los enunciados textuales conforme a la orientación del juzgador que debe llegar a la conclusión sobre el caso por él conocido.

Por tanto, el recurso a la comparación se efectúa cuando el juzgador lo considera útil respecto a la exigencia de dar su decisión al caso. Y ello en base a una discrecional valoración suya cuando no sean experimentables cánones más fáciles y habituales, como el semántico y el sistemático, recurso que no se presenta como necesario también en cuanto sería problemático lograr un consenso sobre una jerarquía entre los cánones interpretativos. Según una conocida teoría, en los ordenamientos de las democracias pluralistas, la comparación sería, sin embargo, siempre uno de los cánones preferenciales de la interpretación, en cuanto estos ordenamientos son, por definición, abiertos al diálogo transnacional.

Cuando se hace referencia a la relevancia del derecho extranjero para el juez, habitualmente se tiene en cuenta la disciplina positiva de ciertos institutos y, por tanto, a disposiciones constitucionales o legislativas y, en particular, como se mencionó anteriormente, a la jurisprudencia en los casos en los que se trate del papel del juzgador. Por lo común, el derecho extranjero es el *derecho positivo* del

ordenamiento considerado y la jurisprudencia madurada sobre él. Pero no solo el derecho positivo puede estar involucrado en una valoración con fines comparativos. Incluso la *metodología* en el desarrollo del razonamiento jurídico que conduce a una elección jurisprudencial, tal como es seguida en el ordenamiento o en los ordenamientos tomados en consideración, puede ser objeto de investigación y utilización. En tal caso, por tanto, a la consideración del derecho positivo se puede agregar la del método jurídico. De forma similar, puede tomarse en consideración a la doctrina.

Un ejemplo en tal sentido es ofrecido por el progreso del recurso al *principio de proporcionalidad* en la jurisprudencia constitucional e internacional. Un análisis histórico demuestra cómo se haya sensiblemente incrementado el número de jueces que han utilizado el principio partiendo del ejemplo ofrecido por la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht a partir de los *años setenta del siglo pasado*.

La utilización del principio de proporcionalidad aflora en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana (*District of Columbia v. Heller*, sentencia del 26 de junio de 2008, 554 U.S. (2008)), en donde con referencia a la comparación entre el derecho individual a portar un arma y el interés colectivo al control de las armas, la opinión disidente del juez Breyer hace explícita referencia a esta doctrina de importación para sugerir una comparación de **proporcionalidad** entre los dos órdenes de exigencias. La referencia explícita al principio, según algunos comentaristas, podría ser vista como la premisa a un acercamiento de la jurisprudencia norteamericana a la de origen alemana y europea y, por tanto, al uso en vía comparativa de ideas constitucionales provenientes de ordenamientos de Civil Law y, por tanto, del derecho extranjero.

VII. UNA REFLEXIÓN CONCLUSIVA

El consolidarse progresivo de un **espacio cultural común**, particularmente evidente en el área euroatlántica, en la que dominan los valores propios del constitucionalismo liberal, pone en evidencia la presencia de una comunidad de valores que facilita la homogeneidad de regímenes jurídicos y facilita la comparación.

Los desarrollos de las investigaciones que atañen a esta área geopolítica y jurídica, sin embargo, suelen impropiamente extenderse de manera apresurada a áreas culturales profundamente distintas. Y, en efecto, está arraigada la tendencia a atribuir un alcance universal a los valores de la tradición constitucional occidental, que en realidad no resultan para nada universales. Ocurre, pues, que en un

pretendido enfoque universalista a la comparación que atañe al ámbito euro-atlántico, se agreguen áreas lejanas culturalmente de aquellas occidentales, extendiendo el método de investigación comparativa a nivel universal de manera indiferenciada y científicamente indemostrable.

Este enfoque de las investigaciones en clave universalista es admisible para el investigador que pretenda ampliar su horizonte de análisis con la importante cautela de la necesidad de una justificación plausible del método de investigación seguido. Es necesario, en efecto, examinar los diversos contextos teniendo cuenta sus peculiaridades, no siempre extensibles de un área geopolítica y jurídica a otra, en cuanto cada uno influenciado por precisas historias constitucionales. En lo que respecta al área occidental, caracterizada por su consolidada tradición, en esta, pese a las fuertes limitaciones sufridas, las soberanías estatales continúan moviéndose con su bagaje de legislaciones y jurisprudencias nacionales. Una comprobada vinculación en los desarrollos histórico-constitucionales del área euro-atlántica y el común enlace de las normativas internacionales sobre los derechos, facilita la apertura al derecho extranjero y a la comparación no solo para el científico sino, en particular, para normadores y jueces. 📖

REFERENCIAS

- Cervati, A. (2009). *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*. Turín: G. Giappichelli Editore.
- Ridola, P. (2010). *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*. Turín: G. Giappichelli Editore.
- Ponthoreau, M.C. (2010). *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*. París: Economica.
- Groppi, T. y M.C. Ponthoreau (eds.). *The Use of foreign precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart Publishing.

Scaffardi, L. (ed.) (2011). *Parlamenti in dialogo - L'uso della comparazione nella funzione legislativa*. Nápoles: Jovene.

N. Lupo y L. Scaffardi (2014). *Comparative Law in Legislative Drafting - The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments*. La Haya: Eleven International Publishing.

Pegoraro, L. (2014). *Diritto costituzionale comparato - La scienza e il metodo*. Bolonia: Bononia University Press.

Somma, A. (2014). *Introduzione al diritto comparato*. Roma y Bari: Laterza.

Monateri, P.G. (ed.) (2012). *Methods of Comparative Law*. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing.

(2015). La Geopolitica della Legge - Comparazione e geografia delle norme. En: *Rendiconti dell'Accademia delle scienze 2013-2014 VI*.

Hirschl, R. (2014). *Comparative Matters - The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.

Siems, M. (2014) *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Passaglia, P. (2015). Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: un'indagine relativa al periodo 2005-2015. En: *Consulta Online - Fascicolo II del 13 de julio*.

Ruggeri, A. (2015). *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, en *Diritti comparati - artículo virtual del 28 de julio*. Recuperado en: <http://www.diritticomparati.it/comparazione-giuridica-e-certezza-del-diritto-costituzionale/>.