

## LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO COMPARADO POR PARTE DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES: UN ANÁLISIS COMPARADO\*

Lucio PEGORARO\*

We are interpreting our Constitution, not those of other nations, and there may be relevant political and structural differences between their systems and our own. (but) their experience may nonetheless cast an empirical light on the consequences of different solutions to a common legal problem

*Justice BREYER, dissent in Jay Printz vs. United States (1997)*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Un ordenamiento de common law: Canadá*. III. *Sistemas mixtos*. IV. *Las cortes que operan en los sistemas de civil law*. V. *Las cortes constitucionales “anómalas”*. VI. *Análisis de los datos*. VII. *Conclusiones: la fractura entre los formantes*.

### I. INTRODUCCIÓN

En muy pocas ocasiones, las citas sobre el derecho comparado en las sentencias de las cortes constitucionales han capturado la atención de la doctrina *iuspublicista*. No obstante, se han realizado fugaces *excursus* en

\* Este artículo ha sido traducido por María Soledad Santana Herrera, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

\*\* Director del Instituto de Derecho Comparado, Universidad de Bolonia.

el ámbito de los trabajos metodológicos sobre el derecho público comparado o alusiones extemporáneas en el marco de las investigaciones relativas a los perfiles particulares de los ordenamientos o de los institutos analizados.<sup>1</sup>

Por su parte, los cultores del derecho privado comparado, quienes están consolidados por una fuerte tradición, han dedicado diversos ensayos, libros, artículos, reseñas, notas y convenios a la “utilización complementaria del derecho extraestatal”,<sup>2</sup> y, particularmente, al uso de las sentencias extranjeras en la jurisprudencia.<sup>3</sup> Semejantes investigaciones

<sup>1</sup> Las excepciones son pocas: Sperti, A., “Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente”, *Riv. Dir. Cost.*, 2006, en trámite de publicación la cual se adjunta a mis investigaciones precedentes: Pegoraro, L., “La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80”, *Quad. Cost.*, núm. 3, 1987, pp. 601 y ss.; *id.* y Damiani, P., “Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali”, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, pp. 411 y ss., el cual ha sido reproducido, parcialmente, con el título “Comparazione e giurisprudenza costituzionale”, en Pegoraro, L. y Rinella, A., *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Padova, Cedam, 2002, pp. 267 y ss., traducido en lengua inglesa (“Comparative Law in the Judgments of Constitutional Courts”, en Rabello, A. M. y Zanotti, A. (eds.), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Milán, Giuffrè, 2001, pp. 131 y ss.) y traducido en lengua española (“El derecho comparado en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales”, *Rev. Jur. Castilla-La Mancha*, núm. 26, 1999, pp. 209 y ss. y en Pegoraro, L., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa, 2006, pp. 145 y ss.).

Una profunda y eficaz reseña del estado de la cuestión y de sus presupuestos culturales se encuentra en Ponthoreau, M.-C., “Le recours à «l’argument de droit comparé» par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques”, *L’interprétation constitutionnelle*, París, Dalloz, 2005, pp. 167 y ss.

<sup>2</sup> Acerca de esta terminología, véase Somma, A., “Le corti italiane e l’uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario”, en varios autores, *L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, *Quad. della Riv. trim. di dir e proc. civ.*, Milán, núm. 7, 2004, pp. 25 y ss. y *ivi*, p. 26, nota 4, donde se encuentran las referencias de los autores que la utilizaron. Acerca de la finalidad del uso, Taruffo, M., “The Use of Comparative Law by Courts”, en autores varios, *Italian Reports to the XIVth Congress of Comparative Law*, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 51 y ss.

<sup>3</sup> Entre las contribuciones más importantes: Markesinis, B., “Il ruolo della giurisprudenza nella comparazione giuridica”, *Contratto e impresa*, 1992, núm. 3, pp. 1350 y ss.; Drobnič, U. y Erp, S. van (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts*, *Atti del XIV Congrès international de droit comparé*, *Kluwer Law Int.*, La Haya-Londres-Boston, 1999; autores varios, *L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica...*, *cit.*, nota 2; Somma, A., *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milán, Giuffrè, 2001; las actas del Congreso que fueron celebradas en la Corte

son de gran utilidad para los comparatistas que se encauzan hacia el derecho público, pues excavan en las raíces de los comportamientos culturales que justifican la apertura hacia el derecho extranjero, realizan reconstrucciones históricas y confrontaciones al igual que construyen modelos. En cambio, por un lado, la labor de los privatistas casi siempre se ha volcado en la jurisprudencia civil, por lo que, raramente, han estudiado la jurisprudencia de las cortes constitucionales, y por otro lado, incluso los privatistas, en esporádicas ocasiones,<sup>4</sup> han realizado investigaciones que han englobado a *todas* las sentencias a fin de determinar el papel global de la comparación en la jurisprudencia.<sup>5</sup>

A nuestro juicio, la razón se encuentra en el fatigoso trabajo que comporta la investigación a amplio radio. Aun cuando se restrinja la tarea a un corto espacio de tiempo, la informática no representa un buen instrumento para descubrir todas las reseñas realizadas: en otras palabras, no nos ayuda a detectar las categorías (por ejemplo: “los ordenamientos democráticos”), las normas extranjeras específicas, las sentencias o autos particulares y eventualmente la doctrina de otros países. El único sistema válido es leer paso a paso las sentencias.

En esta sede, propongo desarrollar una investigación de derecho comparado sobre el derecho comparado que utilizan los jueces constitucionales, la cual tiene la ambición de desvelar las analogías y diferencias cuantitativas y, fundamentalmente, cualitativas con relación al uso de semejantes argumentos para poder explicar las razones.

Desde la perspectiva del objeto, tendré en consideración cualquier reclamo al derecho extranjero o a las clasificaciones, con independencia de

Costituzionale italiana el 21 de octubre de 2005 “Per un dialogo tra le culture giuridiche” en trámite de publicación, y en particular Alpa, G., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. La giurisprudenza civile, paper*. Véase, también, Zweigert, K. y Kötz, H., *Introduzione al diritto comparato, I, Principi fondamentali*, traducido al italiano, Milán, Giuffrè, rist. 1998, pp. 20 y ss. Tales aportaciones se encuentra en Markesinis, B., *Il metodo della comparazione*, Milán, Giuffrè, 2004, traducido al italiano, *passim*.

<sup>4</sup> En Italia se señala una investigación de Zeno-Zencovich, V., “Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?”, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, pp. 1993 y ss. Véase, además, la réplica de Baldassarre, A., *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, *ivi*, 2006, pp. 983 y ss.

<sup>5</sup> Algunas de las referencias esporádicas a los jueces de las leyes extranjeras e italianas se hallan en Drobnig, U. y Erp, S. van (eds.), *op. cit.*, nota 3.

que la referencia se base en cualquiera de los “formantes”: normativo, jurisprudencial o doctrinal.<sup>6</sup>

Asimismo, señalaré tanto las referencias específicas como las categorías generales. La subsunción de un caso en una categoría general es, en efecto, un argumento clásico del derecho comparado, que favorece la intención de resaltar elementos diferentes o analógicos. La referencia a un modelo comporta consecuencias prescriptivas, y la percepción de que una determinada disciplina (como la que es objeto de juicio) sea conforme o disconforme con relación a la clasificación otorgada representa un “fuerte” argumento para desarrollar la comparación.<sup>7</sup>

Asimismo, me valdré de las citas extraestatales jurisprudenciales y las que atienen a los textos normativos. En efecto, la *ratio* parece la misma: buscar en los elementos de derecho extranjero fundamentos para la afirmación de una decisión o una elección interpretativa. O mejor: en aquellos supuestos donde el precedente (ya sea *binding* o ya sea *persuasive*) constituya un vínculo para el juez, obviamente, la referencia a éste persigue un objetivo adicional que, cualitativamente, es diverso al que confiere autoridad a la decisión adoptada. Sin embargo, por un lado, en los sistemas de *civil law*, la trama de la jurisprudencia ofrece la base argumentativa para dotar de racionalidad al sistema;<sup>8</sup> y, por otro lado, incluso en

<sup>6</sup> Sobre la naturaleza y circulación recíproca hacia el exterior véase, ampliamente, Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, 5a. ed., Torino, Utet, 1992, pp. 58 y ss.

<sup>7</sup> Con respecto a las clasificaciones, remito a la bibliografía indicada en mis artículos: Pegoraro, L. y Rinella, A., *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, cit., nota 1, pp. 54 y ss., traducción parcial en lengua española, *Introducción al derecho público comparado*, Mexico, UNAM, 2006, pp. 86 y ss., y Lima, Palestra, 2006; *id.*, *Introducción al derecho constitucional comparado*, en López Garrido, D. et al. (coords.), *Nuevo derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 42 y ss.; *id.*, “Il diritto comparato tra scienza e metodo”, en Morbidelli, G. et al., *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 10 y ss.; *id.*, “El método en el derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado”, *Rev. Est. Pol.*, núm. 112, 2001, pp. 23 y ss.; *id.*, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., nota 1, pp. 3 y ss.; “The Comparative Method and Constitutional Legal Science: New Trends”, en Rabello, A. M. y Zanotti, A. (eds.), cit., nota 1, pp. 125 y ss.; “Temas y debates del derecho constitucional en Italia”, en varios autores, *Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Ed. Un. Externado de Colombia, 2001, pp. 561 y ss.

<sup>8</sup> Reenvío a nuestro volumen *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 86 y ss. y 115 (traducción actualizada en lengua española: *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 110 y ss., y 142). En España, la importancia del precedente en la jurisprudencia del Tribunal

los sistemas de *common law* la referencia comparativa siempre no está incardinada en la *ratio decidendi*. (Únicamente, este hecho sucede cuando un punto de derecho, solamente, se decide con base al precedente judicial por parte de otra corte de *common law*).<sup>9</sup>

Al contrario, las referencias diacrónicas en la comparación se adhieren a otra ciencia (la historia del derecho), que responden a una lógica diversa, y asumen una inspiración evocativa diferente: en otras palabras, se reconstruye un instituto desde sus orígenes para comprender, exactamente, la *ratio* actual (por tanto, difiere del reclamo comparativo en sentido estricto). Se añade que la comprensión de una disposición normativa a través del estudio de su génesis constituye uno de los modos de interpretación conforme a las meta-normas, las cuales dictan reglas sobre la interpretación del derecho interno (cuyo sistema de interpretación diverge de las reglas que rigen la interpretación de los textos externos).<sup>10</sup> La investigación his-

Constitucional es analizada por Gascón Abellán, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, espec., pp. 50 y ss.

<sup>9</sup> Asimismo, se ha escrito que el uso del derecho comparado representa un “método universal de interpretación”. La cita de Zweigert, K., “Rechtsverlunleichung als universale Interpretationmethode”, *RebelsZ* 15 (1949/50) 5-21 (espec. p. 9), se encuentra en Drobnič, U., “The Use of Comparative Law by Courts”, en Drobnič, U. y Erp, S. van (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts*, cit., nota 3, p. 19. Con base en la propuesta de Zweigert, la cual es favorable a una interpretación basada (también) sobre el derecho comparado, y las correspondientes posiciones adoptadas por Kötz, véase Markesinis, B., *Il metodo della comparazione*, cit., nota 3, pp. 157 y ss. En Italia, se ha subrayado que la casación considera que “l’esegesi di istituti dell’ordinamento nazionale non può essere condotta adottando a parametro norme straniere di disciplina di pur corrispondenti istituti”. (Nota del traductor: “la interpretación de institutos que pertenecen al ordenamiento jurídico nacional no puede efectuarse utilizando como parámetro normas extranjeras aunque regulen institutos parecidos”): *cf.* Vigoriti, V., “L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica, en varios autores”, *L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., nota 2, p. 18.

Acerca de los modos de interpretar la Constitución (e indirectamente para valorar, en mayor o menor medida, el uso del derecho comparado), *cf.* Bökenförde, E. W., *Le droit, l’état et la Constitution démocratique* (traducción en lengua francesa y recopilación al cuidado de O. Jouanjan), Bruylant-L. G. D. J., Bruxelles-París, 2000, *passim*, y M-C. Ponthoreau, *op. cit.*, nota 1, espec. pp. 170 y ss.

<sup>10</sup> *Cfr.* nuestro artículo “Lavori preparatori della legge e sindacato di costituzionalità”, *Giur. cost.*, 1988, II, pp. 1441 y ss. Sobre la posibilidad de realizar un estudio desde un punto de vista comparado utilizando las citas de los trabajos preparatorios, véase en Somma, A., *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., nota 3, p. 286. En sentido opuesto a la metodología por mí proyectada, Zeno Zencovich, V., *op. cit.*, nota 4, pp. 1 y ss.

tórica adquiere interés si el origen de un instituto es común a más ordenamientos (por ejemplo, en el supuesto de que nos apoyemos sobre la base del derecho codificado francés), lo cual justifica que el análisis histórico se fusione con el análisis sincrónico a fin de considerar las eventuales diferencias más que las analogías.

Ni siquiera voy a considerar los juicios que tienen por objeto los tratados internacionales o el derecho comunitario por lo que respecta a su interpretación y aplicación.<sup>11</sup> En cambio, se tendrán en cuenta las citas de derecho comunitario en la jurisprudencia nacional cuando simbolicen un referente cultural al igual que las referencias que se hallen sobre el derecho comparado en la jurisprudencia comunitaria. La *ratio* de los reclamos “internacionales” respecto a los comparativos es evidentemente diferente, pues no es lo mismo argumentar la decisión en función de la observancia a un tratado, una convención o una directiva comunitaria (en efecto, ¿cómo puede el juez constitucional ignorar tales fuentes, en sede interpretativa o aplicativa, para decidir un caso que le implica?) que citar la normativa extranjera como *argumentum quoad auctoritatem* para acoger o rechazar una determinada solución.<sup>12</sup> Más bien, las normas y sentencias extranjeras (y también internacionales) adquieren interés a nivel comparativo si el juez constitucional de cada país puede adoptar la deci-

<sup>11</sup> Véase sobre este punto Gambaro, A., “Alcune novità in materia di comparazione giuridica”, *Riv. dir. comm.*, 1980, I, pp. 303 y ss.; *id.*, “Il diritto comparato nella aule di giustizia ed immediati dintorni”, en varios autores, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, *cit.*, nota 2, pp. 5 y ss.; Somma, A., *op. cit.*, nota 3, pp. 5 y ss.; *id.* (con respecto a la armonización del derecho), “Le corti italiane e l'uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario”, *cit.*, nota 2, pp. 30 y *passim*.

<sup>12</sup> Conformemente, Vigoriti, V., “L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica”, *cit.*, nota 9, p. 14. Contra Drobnig, U., “The Use of Comparative Law by Courts”, *cit.*, nota 3, pp. 5 y ss. Véase también Markesinis, B., Las actas del Congreso que fueron celebradas en la *Corte costituzionale italiana* el 21 de octubre del 2005 “Per un dialogo tra le culture giuridiche”, *cit.*, *paper*, p. 4, donde se afirma que “le idee circolano più facilmente se vengono presentate in modo da renderle più attraenti ai loro destinatari” (nota del traductor: “las ideas circulan rápidamente si se exponen en una forma que atraigan la atención de sus destinatarios”). En general acerca de la distinción entre comparación voluntaria y necesaria véase, al amparo de Drobnig, G. Alpa, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. La giurisprudenza civile*, *cit.*, en la introducción. Además Ponthoreau, M.-C., *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italiennes et françaises. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, París, Economica, 1994, pp. 165 y ss.; *id.*, “Le recours à «l'argument de droit comparé» par le juge constitutionnel”, *cit.*, nota 1, espec. p. 180.

sión prescindiendo de ésta aun cuando la tome en consideración dentro del propio *reasoning* para fortalecer con argumentos de autoridad el propio *iter* argumentativo.<sup>13</sup>

Todavía, al día de hoy, la circulación de los modelos de justicia constitucional diferentes con relación a la fase, a la modalidad de acceso, a la eficacia de las decisiones, al estilo de las sentencias, manifiestan profundas diferencias estructurales, funcionales y procesales que, sólo en parte, han sido mitigadas por el gradual acercamiento entre los diversos sistemas, lo cual hay que tener en cuenta en la selección de las cortes examinadas.

A través de la observación de las variables más evidentes, esta investigación se centrará sobre una corte que opera en un sistema de *common law*, es decir, la Supreme Court canadiense; sobre dos cortes que pertenecen a ordenamientos “mixtos” *common law-civil law*: la Corte Suprema de Israel y la sudafricana.<sup>14</sup> Inmediatamente, con relación a los sistemas

<sup>13</sup> Tampoco me ocuparé de individualizar las alusiones tácitas donde las referencias a las experiencias extranjeras no son explícitas, al contrario, implícitamente subyacen dentro del fondo de la cuestión, ya que se presume que el juez conoce el derecho extranjero. En otras palabras, me refiero al así llamado uso clandestino del derecho extranjero: véase M.-C. Ponthoreau, “Le recours à «l’argument de droit comparé» par le juge constitutionnel”, *cit.*, nota 1, p. 176; existen algunos casos de jurisprudencia ordinaria estudiada por Somma, A., *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, *cit.*, nota 3, pp. 17, 274 y ss. Acerca de este tema véase también Vigoriti, V., “L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica”, *cit.*, nota 9, p. 20. Por razones de espacio, tampoco vamos a analizar si la utilización del derecho extranjero por parte de los tribunales constitucionales se centra en su contenido o en sus efectos. Solamente, señalamos que el contenido sustancial del derecho extranjero prevalece más que sus efectos prácticos dentro de la jurisprudencia que alude al derecho comparado. *Cfr.*, al respecto, Drobnič, U. y Erp, S. van, *The Use of Comparative Law by Courts*, *cit.*, nota 3, p. 17, donde se cita una decisión del *Bundesverfassungsgericht* en sentido contrario. La prassi belga parece prestar más atención a los efectos: *cf. infra*, § 5.1.

Por último, ni siquiera voy a examinar las sentencias donde las cortes efectúan comparaciones “internas”. Pues, como es notoriamente conocido, en el marco de los ordenamientos descentralizados, encarna uno de los campos de investigación que pueden desarrollar los comparatistas a través de la confrontación entre los ordenamientos locales y los institutos que lo caracterizan, valiéndose de métodos que no son divergentes de los que se utilizan en el derecho comparado *tout-court*: véase Pegoraro, L. y Rinella, A., *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, *cit.*, nota 1, p. 42.

<sup>14</sup> En Pegoraro, L. y Damiani, P., “Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali”, *cit.*, nota 1, también ha sido analizada la Corte Suprema de los Estados Unidos (al contrario, no han sido investigadas las cortes de los ordenamientos mixtos), cuyas referencias se encuentran en el trabajo original, que fue citado *supra*. Sobre el

de derecho codificado analizaré el Tribunal Constitucional español y la Corte Costituzionale italiana, ya que, análogamente, gozan de la misma estructura y además ostentan competencias similares, aunque, únicamente, esté consentido el acceso directo de los ciudadanos en vía de amparo en España. Acto seguido, estudiaré la Cour d'arbitrage belga debido a que es un órgano, en cierta medida, anómalo ya sea por la composición (en parte política) ya sea por la restricción de los parámetros de constitucionalidad. Por último, tomaré en consideración al Conseil Constitutionnel francés, pues desarrolla un control de constitucionalidad preventivo y, a su vez, se caracteriza por su particular estilo expositivo.<sup>15</sup>

Por razones de espacio, omitiré las referencias puntuales que se encuentran en la jurisprudencia de ciertos ordenamientos, las cuales ya han sido analizadas en otros ensayos a los cuales remito. Al igual que prescindiré de efectuar ejemplificaciones y consideraciones más extensas con respecto a los nuevos datos inéditos.

## II. UN ORDENAMIENTO DE *COMMON LAW*: CANADÁ

La extraordinaria riqueza argumentativa de las motivaciones que acompañan a las sentencias de la Corte Suprema canadiense provoca que cir-

uso del derecho comparado por parte de las cortes estadounidenses véase Slaughter, A. M., "A Typology of Transjudicial Communication", *Un. Richmond L. R.*, núm. 29, 1994, pp. 99 y ss.; Tripathi, P. K., "Foreign Precedents and Constitutional Law", *Col. L. R.*, núm. 57, 1957, pp. 319 y ss.; Fletcher, G. P., "Comparative Law as a Subversive Discipline", *Am. J. Comp. Law*, núm. 46, 1998, pp. 683 y ss.; Ponthoreau, M.-C., "Le recours à 'l'argument de droit comparé' par le juge constitutionnel", *cit.*, nota 1, pp. 168 y ss., nota 5, conteniendo ulteriores citas a la doctrina.

Aparte de otras cortes que han sido estudiadas como modelos, la alemana y la suiza, *cfr.*, a fin de encontrar referencias a algunas experiencias que no sean emblemáticas, Dupré, C., *Importing the Law in Post-Communism Transitions*, Oxford, Hart Publ., 2003, quien, en particular, analiza la Corte Constitucional húngara donde resalta la unilateralidad de las citaciones respecto al *Bundesverfassungsgericht*. En otras palabras, esta última nunca cita a la Corte Constitucional húngara, al contrario frecuentemente ésta hace referencia al *Bundesverfassungsgericht*. Sobre este punto *cfr.* también Ponthoreau, M.-C., *op. cit.*, nota 1, p. 177.

<sup>15</sup> El autor ha examinado las sentencias siguiendo un criterio que ha ponderado: las diversas fases temporales (a fin de valorar las influencias recíprocas); la media en la que oscila el número de pronunciamientos emitidos en un determinado periodo de tiempo; la consistencia cuantitativa y cualitativa de las motivaciones (es decir, el estilo de las mismas).

cunscribe el análisis a un periodo de tiempo (y a un número de decisiones) restringido. Por tanto, voy conduciendo al lector hacia los resultados de mis estudios precedentes.<sup>16</sup>

El análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema canadiense atestigua “l’immense attraction exercée sur les juristes canadiens par le modèle des États-Unis”;<sup>17</sup> además de la notable influencia que ha recibido del derecho inglés y, en general, de los países del *commonwealth* (lo cual se da por descontado). Por su parte, en Québec predomina una fuerte recepción del derecho francés que, en cierta medida, es previsible.<sup>18</sup>

Los resultados de esta investigación encuentran confirmación en las investigaciones realizadas por otros estudiosos con relación a otro elemento: en la jurisprudencia constitucional canadiense, la utilización del derecho comparado es siempre bastante amplia cualquiera que sea el argumento abordado por la Corte. En particular, las reseñas a los institutos de *common law* suelen estar presentes en las sentencias que atienen al derecho privado, comercial, penal y procesal donde encuentran espacio las citas relativas a los precedentes, la doctrina, los estudios oficiales ingleses, irlandeses y australianos. Es verdad que, la entrada en vigor de la Carta de los derechos y de la libertad, debido al amplio alcance de los principios enunciados por ésta, incita a que se acuda, en mayor medida, a las experiencias extranjeras y a las normas insertas en los textos normativos, los cuales, igualmente, expresan la pretensión de tener alcance universal como la Declaración de derechos mundial, europea o americana. En cada uno de estos casos —como ha sido escrito y como yo mismo he constatado—<sup>19</sup> la Corte no se abstiene de realizar una verificación textual de las

<sup>16</sup> El análisis se circunscribe a cincuenta sentencias que datan de 1988, las cuales testimonian el desarrollo de los *reasoning* de la Corte y de cada juez; ocupan en la versión oficial bilingüe del Canada Supreme Court Reports más de 1,000 páginas.

<sup>17</sup> Woehrling, J., “Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne-Rapport canadien”, en varios autores, *The limitation of human rights in comparative constitutional law—La limitation des droits de l’homme en droit constitutionnel comparé*, Québec, Y. Blais, 1986, pp. 473, 476 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 480 y *passim*. Véase también, en Drobnig, U. y Erp, S. van (eds), *op. cit.*, nota 3; Chen, J., *The Use of Comparative Courts by Courts: Australian Courts at the Crossroads*, pp. 25 y ss.; Glenn, H. P., *The Use of Comparative Courts by Law Courts in Canada*, pp. 59 y ss.; Viau, P., *L’Utilisation du droit comparé par les Tribunaux-Rapport Canadien*, pp. 79 y ss.

<sup>19</sup> Véase Woehrling, J., *op. cit.*, nota 17, p. 478, y, dentro del ámbito de mi investigación, el caso *Thomson Newspapers*.

disposiciones parecidas, sino que, al mismo tiempo, verifica las condiciones socioeconómicas en cuyo marco cada derecho debe ser aplicado. En definitiva, el alcance generalísimo de la carta permite que los jueces canadienses analicen ordenamientos que no pertenecen al continente norteamericano o a la familia di *common law*. Igualmente, existen apelaciones hacia otras experiencias posteriores. (Pues recordamos que entre los países citados en las sentencias examinadas, aparte de Francia, aparecen Suecia, Noruega, Holanda, Dinamarca y Bélgica).

### III. SISTEMAS MIXTOS

A continuación analizaremos la jurisprudencia de otras dos cortes supremas, las cuales encarnan a los sistemas mixtos *common law-civil law*: el Estado de Israel y la República de Sudáfrica.

Con respecto a Israel, se ha restringido la investigación a los diez primeros años de actividad de la Corte a fin de comprender si, aparte del derecho inglés, otros ordenamientos han influido en el desarrollo de la jurisprudencia, e igualmente para verificar si las referencias además de prestar atención a la trama de los precedentes de *common law* (que normalmente representan un factor de referencia transnacional para cada juez que opere en tales sistemas), se detienen también en los textos *legislativos* o *doctrinales* existentes dentro de la misma familia jurídica y en las indicaciones jurisprudenciales, legislativas y doctrinales de los diversos sistemas de *civil law*.<sup>20</sup>

En el caso de Sudáfrica, se ha estudiado la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema que goza de interés constitucional (2000-2002), para medir el grado de apertura que coexiste hacia el derecho comparado por parte de una Corte que se encuentra en el vértice de la estructura jurisdiccional y para establecer cuál es la “base cultural” de la que se alimentan los jueces de la joven Corte Constitucional.

<sup>20</sup> Sobre *The Utility of the Comparative Perspective in Understanding, Analysing and Reforming Procedural Law* véase el ensayo así titulado de Goldstein, S., Un. of Oxford, Oxford, 1999. También, Rabello, A. M. y Lerner, P., “Remarques sur le Droit Comparé en Israel”, *Rev. int. dr. comp.*, 1999, pp. 963 y ss.; Rabello, A. M. (ed.), *Israeli Reports to the XIV International Congress of Comparative Law*, Jerusalén, The H. and M. Sacher Inst. for Foreign Leg. Research and Comp. Law, 1994, pp. 273 y ss.

### 1. *La Corte Suprema de Israel en sus primeros años de actividad*

El análisis de los *excursus* comparativos de la Corte Suprema de Israel conduce a diversas conclusiones, en función de la perspectiva en la que los datos emitidos sean observados. En ocasiones varía la relación que se instaura entre la “violación de las fronteras territoriales” y la parte dispositiva de la sentencia. Se deduce que las citas, únicamente, no se apoyan en los precedentes ingleses, como sería connatural por parte de una Corte cuya tradición proviene de la administración británica, pues el marco en el que se desenvuelven es bastante amplio tanto en lo que respecta al “formante” utilizado como al espectro de los ordenamientos mencionados. En definitiva, aflora la heterogeneidad de las materias objeto de semejantes alusiones.

A veces, la mayoría de las decisiones aluden a los sistemas de *common law* en general o, puntualmente, se refieren a precedentes británicos específicos (esporádicamente se vinculan a los estadounidenses), sin embargo, en su conjunto, frecuentemente concurren referencias que aluden tanto a la doctrina como a las leyes. Dentro de este primer grupo se señala, a modo de ejemplo, la sentencia *Shimshon Palestine Portland Cement Factory LTD vs. The Attorney-General*, cuyo contexto atiene al ámbito del derecho internacional, en la cual el juez Dunkelblum afirmó que “the matter has been developed in a number of decisions rendered by the superior courts of England, and those decisions are a useful indication to us”,<sup>21</sup> y *Juliette Colette Amado vs. Director of the Immigrants’ Camp, Pardess Hanna and Yosef Amado*, que versa sobre una solicitud de *habeas corpus*, donde la Corte recordó “the English rules of private international law in this field as applied to the present case”, igualmente, mencionó un número considerable de casos anglo-americanos.<sup>22</sup> En la sentencia *New*

<sup>21</sup> ... y cita una sentencia (*Cook vs. Sprigg*, C. A. 24/1948, p. 4) donde el *Privy Council* refuta una regla importante de derecho internacional “recognized by so many other States”, la cual lo induce a concluir que “no civilized State can ignore it”. En el mismo pronunciamiento, además de contener diversas referencias a las “civil peoples” con relación al problema sobre la sucesión de Estados, la Corte también recuerda que “the problem before us is not dissimilar to the problem... following the break-up of the Austro-Hungarian Empire after the First World War”.

<sup>22</sup> Finalmente afirmó que “we shall have no difficulty in arriving at a conclusion, on the basis of the rules that we have quoted from Dicey’s book and of what we have quoted from the judgment in *Radoyevitch vs. Florence*, that we must recognise the decisions of the French Court that determined the right to the custody of the children in favour of the

Zealand Insurance Co. LTD vs. Izhak Youval (Salzman), cuyo objeto es un conflicto entre normas, la Corte aparte de citar en bastantes puntos los “principles recognised by English Common Law” y “the English legal literature”, afirmó que “This is the question relating to private international law, and for its solution we must turn to English Common Law”.<sup>23</sup>

A nivel general, en el supuesto de que el ordenamiento de referencia, fundamentalmente, sea el británico, existen otras decisiones. Una cita puntual se encuentra en Levitt vs. Angel respecto al delito de desacato a la Corte.<sup>24</sup> En otro caso, Fakhry Kamel Jiday vs. The Chief Execution officer and Sweidan, cuya finalidad era resolver un problema que afectaba a las rela-

petitioner”. *Cfr.* H. C. J. 125/1949, pp. 16 y 23. Las referencias al derecho extranjero están menos articuladas en otras decisiones tales como Shalom Rotenstreich vs. The Attorney-General (Crim. A 35/1952, p. 20), donde se lee que “the distinction made in the English judgments quoted above has no application, o David Sapoznikov vs. The Court of Discipline of the Israel Police and Inspector-General of the Israel Police”, en la materia de conflicto de jurisdicción (H. C. J. 268/1952, p. 7).

<sup>23</sup> C. A. 118/1951, p. 9. Otras referencias interesantes se encuentran en Dalal Rassi vs. The Attorney-General (Crim. A. 7/1953, p. 4, acerca de la aplicación de la pena corporal); Leib Skornik vs. Miriam Skornik (C.A.191/1951, p. 25, en materia de derecho de familia); Shmuel Deutsch vs. The Attorney-General (Crim. A 1/1952, pp. 15, 24 y ss., versa sobre un caso de derecho penal); Mordechai Atia vs. Moshe Rosenbaum, en el ámbito de “injury to employee” (C.A. 176/1953, pp. 6 y 13). Tanto la doctrina como los precedentes ingleses y americanos en materia de *contract* y de *loan* se evocan en Elsie Rosenbaum vs. Asher and Haya Zeger (C. A. 248/1953, pp. 22 y ss.); Lily Wolff-Bloch and another vs. Jerusalem District Assessing Officer (C. A. 141/1954, p. 6), relativa a la deducción de determinados gastos o gravámenes de la renta; David Malka vs. The Attorney-General (Crim. A. 47/1956, p. 6), sobre el tema de la responsabilidad penal. Una decisión de la Corte Suprema del 2 diciembre de 1959, en la materia de *interpretation statutes* (Diab vs. The Attorney-General) invoca la doctrina y los precedentes ingleses; además acerca de la interpretación de la palabra “war”, leemos “The answer—which is accepted also by English lawyers— is to be found not in English case law, but rather in American case-law...”. Aryeh Disenchick and Shaul Hon vs. The Attorney-General, en relación a la libertad de expresión y “Courts Law”, ofrece a la Corte la oportunidad de observar “That is the law not only in England: Hunt vs. Clarke, but also in the U. S. A. where the courts, in consequence of the First and Fourteenth Amendments (free speech and due process), tend to construe restrictively the rules of contempt of court: see Frankfurter J in Bridges vs. California”, incluso “A free democratic regime is also entitled to safeguard the integrity of judicial hearings, otherwise freedom and anarchy become synonymous” (Crim. A. 126/62, p. 10).

<sup>24</sup> Véase p. 5. Crim. A. 6/50. En ésta el juez Olshan sostiene que “There is a distinction, therefore, between the imposition of a punishment for disobedience of an order of court and the taking of steps to enforce obedience to an order. In England this distinction is not important...”.

ciones entre el Líbano e Israel, el juez Goitein recordó que “both Israel and Lebanon are members of the United Nations and are bound to conduct themselves in accordance with what is laid down in the Charter”.<sup>25</sup>

La influencia del derecho americano se observa en otras decisiones: en el caso *Jabotinsky and Kook vs. Weizmann*, cuyo objeto es el *impeachment* del presidente del Estado.<sup>26</sup> En octubre de 1953, la Corte Suprema actuando como High Court of Justice, se pronunció sobre el caso *Kol Ha'am co. LTD vs. Minister of Interior*,<sup>27</sup> en relación con la libertad de prensa, el cual contiene bastantes referencias a la doctrina y a la jurisprudencia americanas.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Véase H. C. J. 101/1954, pp. 6-9 se lee que “It is interesting to note that modern judgments stress that the prohibition today is to be found, in nearly every case, in statute law and not in the common law, and that all instances where the Crown has granted a licence, whether general or specific, are excluded from the scope of the prohibition”.

Se discute sobre la adopción en *Isidor (Yehezkel) Hershkovitz vs. Greemberger* (C. A. 50/1955, p. 6): el juez Cheshin afirmó que “the Child’s welfare is the decisive consideration under both Jewish and English law” y que “this principle... is practically universal”, y citó dos casos americanos “which in certain particulars are similar to the one before us”. En *Izhak Weiss vs. The Inspector General of the Israel Police and another*, de 1958, sobre el principio de la territorialidad del foro, la Corte subrayó que “There are such exceptions in English law which were created by special statutes to cover certain crimes which were committed by British subjects outside England such as, for example, treason, homicide...” (H. C. J. 100/1957, p. 10). En la sentencia *El-Zafdi vs. Benjamin and The Attorney-General*, que atiene a la custodia de los hijos, el juez Cohn precisó que “Fourthly, and this is the main point, unlike English law, Israeli law does not recognize the status of the legal father as distinct from the natural father”. En *The Attorney-General vs. Dani Weigel* (F.H. 5/1963, p. 18), en materia de derecho penal (“prostitution offences”), la Corte recordó que “Section 3 (2) of the Probation Ordinance was copied with some small variations from section 1 (2) Probation of Offender Act 1907...”.

<sup>26</sup> La Corte, en primer lugar, con relación a ciertas fuentes como la Biblia, Talmud y las “works of Maimonides”, subrayó que “these sources were not relevant in the case”, al igual que no lo son “the writings of Blackstone on the position of the King of England...”; en segundo lugar, con respecto al concepto de inmunidad, después de haber citado el caso estadounidense *U. S. vs. Aaron Burr*, afirmó que “... the position in this country is analogous to that in the United States and not to that in England”. V. H. C. J. 65/1951, p. 10.

<sup>27</sup> H. C. J. 73/1953, p. 6.

<sup>28</sup> Han sido recordados *famous judgments* como *Whitney vs. People of the State of California* y *Abrams vs. United States*. En muchas ocasiones, en las sentencias se hace referencia a los términos *democracy* y *democratic regime*.

Otra decisión notable es *Nahoum Yehoshua vs. Appeals Tribunal under the Invalids Law*, H. C. J. 176/1954 en materia de *certiorari*, donde la Corte desarrolló un largo *excursus* diacrónico del instituto, mencionó una sentencia americana, *United States ex*

Dentro de las sentencias de la Corte Suprema de Israel no faltan referencias a la jurisprudencia o, en general, a otros ordenamientos de *common law* (o mixtos): durante julio de 1954, en *Esther Seedis vs. Chief Execution Officer and Shmuel Seedis*, la Corte actuando como tribunal especial no se limitó, únicamente, a realizar numerosas referencias de carácter histórico religioso, sino que para conferirle autoridad a sus argumentos recordó una de las decisiones de la Corte Suprema de Chipre.<sup>29</sup>

Con relación a los fines de esta investigación, las referencias a los ordenamientos *civilian* revisten mayor interés. Al respecto se encuentra Francia en el caso *Zim Israel Navigatin Co. Ltd. vs. Shoshana Maziar*, donde el juez Landau acerca de la definición de *public order* recordó que “French legal scholars construe the term public order in article 6 of the Civil Code in broad general terms, in the spirit of the basic concepts on which the entire legal system is based”.<sup>30</sup> Otros reclamos extraestatales se encuentran también en la motivación de la sentencia *Reuven and Zilpa Shmuel vs. The Attorney-General*, sobre la materia de *disqualification*, en la cual existe una referencia a la “French civil procedure”.<sup>31</sup>

Finalmente, las citas genéricas a las categorías generales están en *Sheib vs. Minister of Defence*, que data de febrero de 1951, donde la Corte Suprema afirmó que: “the whole principle of the rule of law is one of the guarantees of democratic rule in the State”;<sup>32</sup> y en *Yosifos vs. The Attor-*

rel. *Trinler vs. Carusi* (1948) y efectuó un largo elenco de los casos ingleses e igualmente hizo una referencia a la doctrina francesa.

<sup>29</sup> La decisión es S. T. 1/1950, p. 12, y el caso citado es *Despinou Theophilo vs. Haralamba Abraam* (1865). Pocos meses después, en el marco de un conflicto sobre contratos y variaciones unilaterales de las condiciones (*Dan Bus Cooperative vs. Yitzhak Yehiel*, p. 9), el juez Sussman mencionó el caso *Martin-Baker Aircraft Co., Ltd. vs. Canadian Flight Equipment Ltd.* (1955). La decisión *Aharon Cohen and Bella Bousslik vs. The Attorney-General*, del 15 de enero de 1954 (C. A. 238/1953, p. 73), anteriormente había empeñado a la Corte israelí en un caso sobre derecho de familia, la cual recordó innumerables precedentes anglo-americanos y una sentencia sudafricana, *Martens vs. Martens*.

<sup>30</sup> C. A. 461/1962, p. 14, respecto a la invalidez de la cláusula de exención de la responsabilidad en *ship-passenger ticket*. En conexión con la póliza pública, la Corte efectuó una reconstrucción histórica del instituto y subrayó las diferencias existentes entre “the English approach and the American approach”. El juez Landau (p. 16) citó, en numerosos puntos, la doctrina francesa para individualizar las diferencias que coexisten con la doctrina inglesa y americana.

<sup>31</sup> Véase C. A. 525/1963, p. 12.

<sup>32</sup> H. C. J. 144/1950, p. 17.

ney-General, en materia de bigamia y de libertad religiosa y de conciencia.<sup>33</sup>

Desde la perspectiva de las materias tratadas se observa que las referencias al derecho comparado se hallan, mayoritariamente, en las decisiones que atienen al ámbito penal.<sup>34</sup> En las decisiones que se ocupan sobre el derecho de familia<sup>35</sup> también concurren numerosas citas de naturaleza comparativa. Frecuentemente, la Corte acude a las normas extranjeras cuando debe resolver casos de derecho administrativo.<sup>36</sup> Igualmente, encontramos referencias puntuales y articuladas sobre el derecho

<sup>33</sup> En la cual la Corte recuerda la doctrina y los precedentes americanos. Sobre la interpretación de la expresión “discrimination” se menciona la XIV enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

<sup>34</sup> A modo de ejemplo, los casos *Levitt vs. Angel* (1950) y *Aryeh Dissenchick and Shaul Hon vs. Attorney-General* (1963), relativos al delito de desacato a la Corte; *Shalom Rotenstreich vs. Attorney-General* (1953), cuyo objeto era “causing death by negligence”; *Dalal Rassi vs. Attorney-General* (1953), que atiene al “right to inflict corporal punishment e assault”; *Shmluel Deutsch vs. Attorney-General* (1954), la cual versaba sobre “manslaughter” y “causing death through unlawful omission”; *David Malka vs. Attorney-General* (1956), en la materia de *death unintentionally y negligenc*”; aún, *Attorney-General vs. Dani Weigel* (1963), sobre la prostitución; *Armand Stroul vs. Attorney-General* (1964), respecto a duty of care; *Michael Kariti vs. Attorney-General* (1964), relativo a los “incorrect returns of capital and income by reason of omissions”.

<sup>35</sup> Como sucede en *Mouneera Shibli vs. Jamil Shibli and The Chief Execution Officer, District Court, Haifa* (1950), respecto a la custodia de los hijos; *Aharon Cohen and Bella Bousslik vs. Attorney-General* (1954), que atiene a las formas de las ceremonias matrimoniales; *Leib Skornik vs. Miriam Skornik* (1954), sobre el domicilio y el matrimonio civil; *Esther Seedis vs. Chief Execution Officer And Shumel Seedis* (1954), una vez más versa sobre la materia del matrimonio; y *Isidor Hershkovitz vs. Greenberger* (1955), acerca de la adopción de menores. En la mayor parte de los casos citados, la materia tratada gira en torno a las relaciones entre el marido y la mujer. Las apelaciones al derecho religioso revisten mayor particularidad: la primera decisión emanada, durante el periodo de tiempo que ha sido tomado en consideración, empenó a la Corte en una cuestión sobre derecho de familia: se trata de *Mounera Shibli vs. Jamil Shibli and The Chief Execution Officer, District Court, Haifa*, donde recordó que “the marriage took place in the Catholic Church” (H. C. J. 85/1947, p. 6), por tanto, hay que tener en cuenta “to the Canons of that Church” (p. 8).

<sup>36</sup> A menudo, se resaltan las diferencias con ésta, como ocurre en la decisión *Joseph Bohakov vs. The Mayor, Council & Inhabitants of Herzlia* (1963) y *The Southern Company Ltd. And Marbek Slaughter House Ltd vs. Chief Rabbicanical Council and Tel Aviv-Yaffo Religious Council* (1964); la primera atiene a “forcible removal of fences and execution of work under road construction scheme”, y la segunda a “grant of Kashrut licence with extraneous conditions”.

comparado en el ámbito de los contratos.<sup>37</sup> Las citas acerca de las soluciones normativas extraestatales se registran en las sentencias sobre *torts*.<sup>38</sup> A su vez, el derecho tributario está casi ausente.<sup>39</sup> Existen referencias al derecho comparado en las decisiones que se ocupan del derecho procesal.<sup>40</sup> El único pronunciamiento sobre la materia de la libertad, durante el transcurso del tiempo, que ha sido tomado en consideración es *Kol Ha'am Co. Ltd. vs. Minister of the Interior* (1953), el cual atiene a la libertad de expresión en la prensa. Otras sentencias apelan a las soluciones que han sido adoptadas en el exterior con relación a la aplicación del derecho internacional.<sup>41</sup>

## 2. *La Corte Suprema de la República de Sudáfrica*

La jurisprudencia reciente de interés constitucional de la Corte Suprema de la República de Sudáfrica ostenta un interés particular por las si-

<sup>37</sup> A modo de ejemplo, *Sheib vs. Minister of defence* (1951), acerca de la contratación de profesores privados en las escuelas públicas; *Elsie Rosebaum vs. Asher and Haya Zeger* (1955), sobre “loan and mortgage deed”; *Gunter-Gideon vs. Rosa Jacobson and others* (1963), que atiene a la ruptura de la promesa y a los acuerdos inmorales o contrarios a las políticas públicas; *Zim Israel Navigation Co. Ltd. and another vs. Shoshana (Rosa) Maziar* (1963), sobre la validez de la “exemption clause in ship-passenger ticket”.

<sup>38</sup> Así sucede en *Mordechai Atia vs. Moshe Rosenbaum* (1954), respecto “a breach of statutory duty” y “liability of employer”; *State of Israel vs. Joseph Schwarz and others* (1963), acerca de la responsabilidad indirecta del Estado “for acts of assault by its servant” e “ratification”; *Frieda Shor vs. State of Israel and another* (1964), con relación a “vicarious liability”.

<sup>39</sup> La única excepción se encuentra en el caso *Lily Wolff-Bloch and another vs. Jerusalem district assessing officer* (1956), acerca de “income tax” y “expenses incurred in production of income”. Igualmente, en el ámbito del derecho comercial en relación a la materia de las sociedades cooperativas, encontramos una sola decisión (*Beth Hananya, Workers' Cooperative Settlement Ltd. vs. Moshe Freidman et al.*, 1964).

<sup>40</sup> Así en *David Sapoznikov vs. The Court of Discipline of the Israel Police* (1953), *Nahoum Yehoshua vs. Appeals Tribunal under the Invalids Law* (1955), *Izhak Weiss vs. The Inspector General of The Israel Police Another* (1958).

<sup>41</sup> Existen ejemplos como *Shimshom Palestine Portland Cement Factory Ltd. vs. Attorney General* (1950), respecto a la sucesión entre Estados y a la “position of new sovereign”; *Fakhry Kamel Jiday vs. The Chief Execution Officer Haifa District Court and Claire Hanna Sweidan* (1955), acerca de las relaciones entre Israel y el Líbano; *New Zealand Insurance Co. Ltd. and another vs. Izhak Youval (Salzman)* (1953), que atiene a los conflictos entre las normas legislativas, donde se enfatizó que “English law, when applied as foreign law and not by virtue of article 46, to be proved by experts”.

guientes razones: aparte de la naturaleza mixta del *legal system*,<sup>42</sup> debemos recordar que la Constitución, por un lado, reconoce al derecho indígena como parte integrante del ordenamiento; y, por otro lado, dentro de ésta coexiste una abertura hacia el derecho internacional y extranjero como instrumentos interpretativos de la Carta de los Derechos.<sup>43</sup>

Las sentencias y autos analizados refrendan la riqueza de los reclamos operados, y la ductilidad con la que los jueces supremos utilizan tanto las fuentes de *common law* como las relativas al derecho romano-holandés autóctono, europeo y, en general, las de otros países.<sup>44</sup>

Entre las sentencias que apelan a la costumbre local, y, en cierto modo, a un derecho “interno”, el cual no fue reconocido hasta la aprobación de la Constitución vigente, es interesante la interpelación al Indigenous Law en la sentencia *Vuyo Poswa vs. The member of the Executive Council*

<sup>42</sup> A modo de ejemplo, en el caso *First National Bank of Southern African Ltd vs. G. P. Perry and Others*, a salvadad de que existen diversas apelaciones al *common law* en relación a la materia de enriquecimiento injusto, el juez Schutz aparte de invocar los orígenes del *Roman-Dutch law* el cual, a su juicio, ha sido abandonado desde hace bastante tiempo, se remontó a los padres del derecho continental por lo que citó del *Digesto* el “de actione rerum amotarum”, aunque “without losing sight of the fact that we live in the year 2001, I consider that D 12.5.6. gives us the authority that we need...” (“The Supreme Court of Appeal of South Africa, *First National Bank of Southern African Ltd vs. G. P. Perry and Others*, march 13, 2001, 6).

En la sentencia (núm. 724 de 1999), *Absa Bank limited vs. Martha Maria Van De Vyver N. O.*, respecto a la materia de legado de pago, después de citar una sentencia precedente que abogaba tanto por las fuentes de *common law* como por las de *civil law* las cuales caracterizan el *Roman-Dutch law*, afirmó como la Corte revaloriza el carácter “mixto” del ordenamiento Este acercamiento fue confirmado el mismo día en la sentencia (núm. 457 del 2000), *Total Support Management (PTY) LTD & Another vs. Diversified Health System (South Africa) (PTY) LTD & Another*, acerca de la materia de arbitraje. También en la sentencia *P. Coetzee (Sheriff, Pretoria East)* véase F. E. Meevis interpela al *Roman-Dutch law*. En este caso, cuyo objeto era un hurto de joyas, los jueces tomaron en consideración la *Roman-Dutch authority*, y concluyeron que la solución es inmediata, si se aplican los principios del *Roman-Dutch law*.

<sup>43</sup> Ch. 2, s. 36, y espec., s. 39, donde se afirma que al interpretar el *Bill of Rights* cada Corte, Tribunal o forum “(b) must consider international law” e “(c) may consider foreign law”.

<sup>44</sup> Por razones de espacio, no podemos detenernos en las innumerables decisiones que hacen referencia a la jurisprudencia británica como tampoco en las que, genéricamente, invocan al sistema de *common law*. Empero, tendré en cuenta algunas sentencias que evocan el derecho inglés no jurisprudencial y las que reclaman a los ordenamientos cuya procedencia derivan del inglés.

responsible for Economic Affairs Environment and Tourism,<sup>45</sup> y la apelación al Black Law and Custom en la sentencia Mildred Hleziphi Mthembu vs. Henry K. Lesela & Another.<sup>46</sup> El derecho indígena es reconocido por la Constitución como derecho aplicable a elección de las partes, el cual, habitualmente, es utilizado en los temas de derecho de familia y sucesiones. No obstante se emplea con prudencia, ya que trae consigo el riesgo de que se planteen conflictos potenciales entre el derecho arcaico y el derecho moderno que ha sido codificado por el *bill of rights* el cual ha sido incorporado a la Constitución de Sudáfrica, aunque, por otro lado, haya la imposibilidad de interpretar restrictivamente o negar “... any other rights or freedoms recognised or conferred by common law, customary law or legislation...”<sup>47</sup>

En otras sentencias, la Corte efectúa alusiones genéricas a la experiencia de “several other legal systems” como en la decisión Allan Aubrey Boesak vs. The State.<sup>48</sup> Igualmente, con fórmulas, en cierto modo genéricas, habla de *foreign law* en el caso núm. 384 de 1998.<sup>49</sup> Incluso alude a la *foreign jurisdictions* en la sentencia Food and Allied Workers Union & Another vs. Scandia Delicatessen & Anot-

<sup>45</sup> En ésta (12 de marzo de 2001), la Corte fue llamada a decidir sobre un caso de despido injustificado frente a un *chairman* miembro del MEC (Executive Council responsible for Economic Affairs Environment and Tourism). La decisión invocó a los países de la *commonwealth*, a los Estados Unidos, al respecto contiene bastantes alusiones doctrinales y jurisprudenciales y a la jurisprudencia Canadiense.

<sup>46</sup> En la sentencia Mildred Hleziphi Mthembu vs. Henry K Lesela & Another (4 de mayo de 2000), en la materia de sucesiones, el demandante reivindicó el derecho de sucesión de la hija con respecto al padre fallecido. El Black Law and Custom niega semejante derecho sobre la base de la primogenitura masculina. La Corte, aunque considera este derecho discriminatorio e inconstitucional debido a que es contrario a las secciones 8(1), 8(2) y 14 de la Constitución *ad interim*, reconoció la “... customary law as a system existing parallel to common law...”.

<sup>47</sup> The Interim Constitution, acto 200 de 1993, *section* 33(3).

<sup>48</sup> March 22-23, 2000, 19, con relación a las declaraciones efectuadas por los testigos en el transcurso de una *cross examination*, la cual alude a los precedentes de la House of Lords y a las características del instituto en Estados Unidos, Australia, Canadá e Inglaterra.

<sup>49</sup> Se trata de un caso de apropiación ilícita de información confidencial, donde los jueces de la Supreme Court recordaron el derecho inglés e igualmente afirmaron que las leyes sobre competencia desleal en el ordenamiento sudafricano están bien desarrolladas, y que el *foreign law* debería ser manejado con mucha atención y prudencia porque “it may be influenced by legislation and other public policy considerations”.

her;<sup>50</sup> o bien, a *other foreign countries* en la decisión núm. 493 de 2000.<sup>51</sup>

En ocasiones, la comparación se realiza con países específicos, pues son numerosas las apelaciones efectuadas a la *commonwealth* australiana y, particularmente, a la jurisprudencia de la High Court en la sentencia *The Commissioner for South African Revenue Services vs. Foodcorp limited*,<sup>52</sup> al igual que se invoca sus *doctrinas* en el caso *N. S. Sager vs. Smith*.<sup>53</sup> La jurisprudencia estadounidense se evoca en la decisión *Vuyo Poswa vs. The member of the Executive Council responsible for Economic Affairs Environment and Tourism*, en la sentencia núm. 493 de 2000 y también en *G. C. Steinberg vs. South Peninsula Municipality*.<sup>54</sup>

Una única sentencia remite a Canadá con respecto a la jurisprudencia.<sup>55</sup> Posteriormente, registramos que las decisiones de las cortes supremas

<sup>50</sup> En ésta (8 de marzo del 2001), la Corte no pretende indagar sobre la posición adoptada en las “foreign jurisdictions”, ya que distraería la atención de lo que, realmente, tiene que ser visualizado en el caso en cuestión.

<sup>51</sup> El caso (*The permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government & Another vs. M. N. Ngxuza & Others*) versa sobre el concepto de *class action*. Sin embargo, hasta 1994 fue desconocido para el derecho sudafricano, en cambio este hecho no sucedió en Estados Unidos y en “other foreign countries.”

<sup>52</sup> Para comprender el significado de *mining property*, véase la sentencia del (16 de mayo del 2000) donde la Corte remite a los estudios realizados por la High Court australiana y por el juez Kitto respecto a la categoría en cuestión.

<sup>53</sup> *S. Sager vs. Smith* (12 de marzo del 2001), la cual versa sobre el comportamiento incorrecto y la parcialidad del juez. La Corte, tras citar el *Australian Law Journal*, núm. 4-5 del 2001, reputa que es útil analizar cómo actúan en otros ordenamientos frente a los casos de “soñolencia del magistrado” aunque considera que no es necesario para decidir la cuestión.

Otras referencias a las cortes de *common law* se encuentran en la sentencia *Mars incorporated vs. Cadbury (Swaziland) (PTY) limited & Another* sobre la materia de las marcas registradas.

<sup>54</sup> La sentencia del 20 de agosto de 2001, 23, en la materia de *deprivation/expropriation* del derecho de propiedad, confirma que, en los mismos ordenamientos de *common law*, no existe un precedente igual que sea vinculante para todos. Respecto a la solicitud del apelante de que se consultase la jurisprudencia estadounidense, la *Supreme Court* se detuvo sobre la extrema dificultad “... to distil any single principle from the body of the case law built up by the Supreme Court of the USA around the Fifth Amendment and the Fourteenth Amendment to the Constitution”.

Posteriores referencias a las cortes americanas se encuentran en la decisión *Messina associated carriers vs. Frederik Theodorus Kleinhaus*, y a la *Supreme Court* en el caso núm. 60 de 2000.

<sup>55</sup> *Allan Aubrey Boesak vs. The State* (22 y 23 de marzo de 2000, 19).

de los Estados de Malasia y Zimbabwe son invocadas en la sentencia *G. C. Steinberg vs. South Peninsula Municipality*, la cual específicamente apela a la Supreme Court of India. Esta Corte es objeto de ulteriores referencias en la sentencia núm. 60 de 2000.<sup>56</sup> El último reclamo existente hacia la corte de un Estado específico reside en la sentencia núm. 500 de 2000, ya que cita una decisión de la Court of Appeal of New Zealand.<sup>57</sup> Finalmente, la sentencia *Bata limited vs. Face Fashions CC & Another* contiene una referencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.<sup>58</sup>

Respecto a la finalidad perseguida y al modo en que las referencias comparativas operadas por la Supreme Court se insertan dentro de las motivaciones de sus pronunciamientos, observamos que, en una gran parte de las sentencias, éstas sirven, o bien como precedente, o bien para revestir de autoridad a una decisión. Por consiguiente, a fin de reforzar la motivación se apoya en las decisiones de las cortes que gozan de un cierto prestigio a nivel mundial.<sup>59</sup> Solamente en dos sentencias, la Corte im-

<sup>56</sup> En la sentencia (núm. 60, de 2000) *The Minister of Correctional Services & Others vs. Ignatius Vishinsky Kwakwa & Another*, se hallan abundantes citas. Respecto a los derechos de los detenidos que están pendientes de juicio, la Supreme Court alude a una serie de sentencias precedentes donde destacan, fundamentalmente, las invocaciones hacia las cortes extranjeras (la Corte Suprema de la India y Estados Unidos).

<sup>57</sup> El caso versaba sobre la reproducción ilícita de los diseños técnicos (núm. 500 del 2000, 26 de agosto de 2002, 4: *Dexion Europe limited vs. Universal Storage Systems (Proprietary) limited*).

<sup>58</sup> En la materia de las marcas registradas, la Corte invoca al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia *Bata limited vs. Face Fashions CC & Another*. Este caso, giraba sobre una confusión causada por los productos de la misma marca.

Además de la jurisprudencia británica, en diversos pronunciamientos, aparecen referencias al derecho inglés en su conjunto, ya sean reclamos al concepto de *case law* en la sentencia *Brian ST Cair Cooper NO vs. First National Bank of SA limited* (21 de agosto de 2000, 22, en materia de garantías procesales), ya sean referencias a las cortes inglesas y al *English law* en la sentencia *Messina associated carriers vs. Frederik Theodorus Kleinhaus*, con relación a la responsabilidad subsidiaria, y en el caso núm. 403 del 2000. El concepto de voz como elemento distintivo del cuerpo humano fue el problema afrontado por la Corte en la sentencia *Levack Hamilton Caesar & Others vs. Regional Magistrate, Wynberg & Another*; finalmente se invocó a la House of Lords en la sentencia núm. 500 del 2000 (*Dexion Europe limited vs. Universal Storage Systems (Proprietary) limited*). La sentencia núm. 724 de 1999, alude a las *English Sources*.

<sup>59</sup> *Cfr.* por ejemplo, *Allan Aubrey Boesak vs. The State, Brian ST Cair Cooper NO vs. First National Bank of SA limited, Alix Jean Carmichelle vs. the Minister of Safety and Security & Another*, y la sentencia núm. 178 de 2000.

pone su decisión sin seguir las doctrinas citadas.<sup>60</sup> La comparación, frecuentemente, auxilia a la Corte para: parangonar el instituto objeto de juicio con el existente en otros países a fin de individualizar las diferencias;<sup>61</sup> establecer que no concurre ningún presupuesto de comparación;<sup>62</sup> separarse de la interpretación dada por la Corte reclamada<sup>63</sup> y, por tanto, sostiene otra concepción; admitir que, dentro de los ordenamientos de *common law*, no existe una disciplina que sea vinculante para todos;<sup>64</sup> finalmente, para recalcar que la comparación se puede realizar, únicamente, en aquellos casos donde las semejanzas sean evidentes.<sup>65</sup>

#### IV. LAS CORTES QUE OPERAN EN LOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW*

##### 1. *España*

El primer ordenamiento de *civil law* analizado es el español. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es bastante rica, ya sea desde el punto de vista numérico, ya sea desde el punto de vista del estilo elaborado de las motivaciones.<sup>66</sup> Las citas en latín como las apelaciones a la doctrina —aunque sean genéricas— y las reconstrucciones históricas de los institutos suelen encontrarse habitualmente.

El conjunto seleccionado corresponde a dos mil páginas de motivaciones que engloba 169 sentencias y 14 autos del último periodo de 1995, una centena de sentencias y 23 autos del cuarto trimestre de 1997,<sup>67</sup> además de la jurisprudencia de 2004 y de 2005.

El análisis de la jurisprudencia española demuestra que las referencias a las categorías propias de los comparatistas son usuales, y se

<sup>60</sup> Número 384 de 1998 y *Mars incorporated vs. Cadbury (Swaziland) (PTY) limited & Another*.

<sup>61</sup> La sentencia *Messina associated carriers vs. Frederik Theodorus Kleinhaus*.

<sup>62</sup> La sentencia núm. 414 de 2000.

<sup>63</sup> Las sentencias núms. 349 y 724 de 1999.

<sup>64</sup> El caso *G. C. Steinberg vs. South Peninsula Municipality*.

<sup>65</sup> La decisión núm. 500 de 2000.

<sup>66</sup> Para conocer las reseñas de los trabajos principales que han sido elaborados sobre la justicia constitucional en España véase en Pegoraro, L., *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *cit.*, cap. II, p. 53.

<sup>67</sup> Se ha tomado en consideración también los autos, debido a que este tipo de actos, en ocasiones, presentan motivaciones bastantes ricas y articuladas.

encuentran invocaciones hacia determinados ordenamientos. Empero, en los últimos años, se registra una tendencia inversa debido a que escasean las referencias.

La gran mayoría de las citas se circunscribe a las categorías y clases conceptuales, pues, al contrario que otras Constituciones (sin embargo, análogamente a la Ley Fundamental de Bonn), la Constitución Española adopta algunas autocalificaciones que son subsumidas dentro del bloque de constitucionalidad que se emplea en los juicios de constitucionalidad.<sup>68</sup> Aun cuando España es definida por el artículo 1o. de la Constitución como “un Estado social y democrático de derecho”, las referencias operadas por la jurisprudencia constitucional son, contemporáneamente, tanto a las categorías acuñadas por la doctrina como al derecho interno (el cual ya insertó al ordenamiento en el interior de una clasificación, cuyas características tienen que ser precisadas por los jueces y la doctrina).

Además de apelar a la categoría de “Estado democrático” (o a través de fórmulas similares como “sistema democrático”, “legislador democrático”, “sociedad democrática”, etcétera),<sup>69</sup> también son frecuentes las invocaciones al “Estado de derecho”.<sup>70</sup> Otras referencias extraestatales genéricas operan cuando se alude al moderno derecho procesal (pero no se ciñe únicamente al español), a “algunos países”, a “todos los ordenamientos”, a “otros tribunales constitucionales”, a “Europa continental”, a los “ordenamientos republicanos europeos”, al “derecho penal de matriz continental”,<sup>71</sup> además del “derecho comparado”.<sup>72</sup>

Las citas más específicas se hallan en los reenvíos a la Ley fundamental de Bonn, al Tribunal Constitucional alemán, a la doctrina de este país, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, a la legislación de Quebec.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> Cfr. sobre este argumento Pegoraro, L. y Baldin, S., “Costituzioni e qualificazioni degli ordinamenti (Profili comparatistici)”, en Mezzetti, L. y Piergigli, V., *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 1 y ss. y en *Dir. e soc.*, 1997, pp. 117 y ss.

<sup>69</sup> Las sentencias núms. 132, 168, 176, 185, 198 de 1995; 142, 149, 150, 203, 204 de 1997.

<sup>70</sup> Las sentencias núms. 173/1995, 151, 157, 189, 203, 231 del 1997.

<sup>71</sup> Las decisiones son las sentencias núms. 140, 176, 185, 196, 197 de 1995, el auto núm. 327 del mismo año y la sentencia núm. 142 de 1997.

<sup>72</sup> Véase las sentencias núms. 349/1995 y 206 de 1997.

<sup>73</sup> Las sentencias núms. 139 y 196 de 1995, 182 y 206 de 1997.

Respecto a las materias que son objeto de estos reclamos, prevalece el sistema de derechos y libertades, ya que la jurisprudencia constitucional española, mayoritariamente, está constituida por los amparos. Un relieve particular asume las referencias a la matriz común de algunos institutos, tanto desde la dimensión procesal como sustantiva, los principios generales como la obligación de motivar los actos judiciales, y el rol de las cortes constitucionales.

## 2. Italia

En esta sede, el análisis de las sentencias italianas que apelan al derecho comparado se basa en diversos estudios sistemáticos que han sido desarrollados en los años precedentes.

Una primera investigación<sup>74</sup> examinó todas las sentencias que abarcan de 1980 a 1987, cuyo objeto fue las referencias al derecho comparado que habían sido expresadas tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, al igual que tuvo en consideración las apelaciones formuladas hacia los ordenamientos específicos o hacia las categorías generales. Los resultados demuestran que, desde un punto de vista cuantitativo, en este periodo, los *excursus* no son numerosos, pero tampoco están ausentes (la media oscila entre cuatro o cinco al año), tal vez, como sugiere el ensayo, es debido a la presencia, dentro del colegio, de jueces sensibles al método comparativo.

Casi siempre, las referencias apelan a la legislación de otros países, aunque no faltan invocaciones hacia la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, del Conseil Constitutionnel o del Bundesverfassungsgericht.<sup>75</sup> Frecuentemente, la Corte hace alusiones genéricas a la experiencia de “otros países” o a los “países europeos”; en ocasiones la cita es muy restringida (“países del norte de Europa” o “del Mediterráneo”), otras veces es más amplia (“Estados democráticos contemporáneos”). A menudo, las referencias son puntuales pues menciona explícitamente a países como Francia, Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Suiza, la Unión Soviética (esta última, se encuentra en una sentencia que atiene al tema de las fórmulas del juramento).

<sup>74</sup> Se trata de nuestra reseña sobre “La Corte Costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80”, *cit.*, nota 1.

<sup>75</sup> Las sentencias núms. 123 de 1980, 300 de 1984, 161 de 1985.

Con relación a las materias tratadas, nos encontramos que el derecho privado casi está ausente, a salvedad de una reseña sobre la evolución de los contratos agrarios en Francia, la cual se halla en la sentencia núm. 138 del 1984; asimismo, otras alusiones versan sobre los intereses legales, los arrendamientos, la rectificación registral del sexo, las normas de colisión en la materia del divorcio, los procedimientos concursales.<sup>76</sup> Con bastante frecuencia la Corte alude a normas extranjeras con relación a la materia penal o procesal penal, aunque lo hace también para resaltar la insuficiencia de los códigos italianos: laboral, tributario o de la seguridad social. Ulteriores decisiones apelan al derecho comparado en el ámbito de las relaciones entre el Estado y las regiones o entre los poderes del Estado, el derecho ferroviario, las escuelas maternas, las órdenes profesionales, los conflictos entre las normas comunitarias y las normas estatales.<sup>77</sup> La segunda investigación analizó otro segmento de jurisprudencia constitucional italiana a fin de confrontarla con la experiencia de otras cortes.<sup>78</sup> El período examinado comprende de 1995 hasta los primeros meses de 1998, donde se estudiaron alrededor de mil sentencias y fue empleado el mismo método que operó en la investigación anteriormente citada.

Tras un decenio, las referencias al derecho comparado han descendido —no superan la docena— y la apertura de la Corte hacia el derecho extranjero y las clases, a fin de que la argumentación no gire, únicamente, en clave interna parece menor. En gran medida, prevalecen las referencias genéricas al “Estado democrático”, a los “Estados europeos”, a los “otros ordenamientos europeos”, a los “países de democracia madura”, a los “países de antigua y consolidada tradición liberal”, al “Estado de derecho”, a la “moderna democracia parlamentaria”, al “Estado constitucional”, a las “modernas legislaciones”, al “régimen democrático”.<sup>79</sup> En raras circunstancias, la Corte cita puntualmente la legislación de países específicos:<sup>80</sup>

<sup>76</sup> Respectivamente, las sentencias núms. 60/1980, 252/1983, 161/1985, 71/1987, 145/1982.

<sup>77</sup> Las referencias se encuentran en Pegoraro, L., “La Corte Costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80”, *cit.*, nota 1, pp. 608 y ss.

<sup>78</sup> Se trata del artículo de Pegoraro, L. y Damiani, P., “Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali”, *cit.*, nota 1, pp. 425 y ss.

<sup>79</sup> En el artículo citado en la nota precedente se encuentran las referencias más detalladas de las sentencias.

<sup>80</sup> En la sentencia núm. 286 de 1986 se analizaron algunos perfiles de la disciplina de la quiebra concursal, la cual invocó una sentencia del *Bundesverfassungsgericht* y también aludió a la legislación francesa aunque concluyó que la cuestión se decidía “con indepen-

las materias afectadas por los *excursus* comparados son diversas, aunque ligeramente prevalece el derecho penal y procesal.<sup>81</sup> Otros pronunciamientos se ocupan de la quiebra concursal (núm. 286/ 1995), del régimen de las aguas públicas y privadas (núm. 259/1996), del *splitting* (núm. 12/1998), y finalmente algunas invocaciones se centran en temáticas relevantes para el derecho público: como el fenómeno de los parlamentarios “pianistas”, la gratuidad de las funciones públicas, el rol de los entes locales en el contexto europeo (respectivamente, las sentencias núms. 279/1996, 52/1997, 428/1997).

Las técnicas y la finalidad de las referencias no se distancian sensiblemente de las que fueron empleadas en los años ochenta, pero, salvo en contadas ocasiones, las citas son cada vez más esporádicas puesto que, fundamentalmente, los *excursus* se dispersan al articularse las motivaciones asumiendo un relieve verdaderamente marginal dentro de la *ratio decidendi* de las decisiones.

Un tercer estudio<sup>82</sup> examinó las sentencias publicadas en la revista *Il Foro Italiano* durante el periodo que comprende de 1970 al 2004, el cual permitió que emergiese del conjunto global posteriores (aunque pocas) alusiones al derecho comparado: a la legislación y a la doctrina alemana,

dencia de las orientaciones que asumía dicha disciplina en otros Estados europeos”. En esta decisión, la Corte invita al legislador a sistematizar la materia “tomando en consideración a los otros ordenamientos europeos”. En la sentencia núm. 72 del mismo año reconstruye el supuesto fáctico del artículo 369 cod. nav., la cual se remonta a una ordenanza de la marina de Luis XV que data del 1o. de noviembre de 1745, y recuerda que la norma “no ha sido mutada por la jurisprudencia francesa a pesar del silencio de la codificación napoleónica”. En la sentencia núm. 370 de 1996, la cual versaba sobre la posesión injustificada de llaves y gonzúas, además de los valores monetarios, cita una serie de reformas que, recientemente, fueron introducidas en la legislación francesa y sostiene que el delito previsto en el artículo 707 c. p. “no ha sido absolutamente abandonado por la legislación europea vigente, incluyendo a la británica”.

<sup>81</sup> Las materias tratadas son la inexcusabilidad de la ignorancia por parte de los militares de los deberes inherentes a su *status* (sent. núm. 61/1995, la cual versa sobre el artículo 39 c. p. m. p.); desacato al magistrado en audiencia (sentencia núm. 313/1995, acerca del artículo 343 c. p.); la represión penal de la mendicidad (sentencia núm. 519/1995); la extradición en los países donde está prevista la pena de muerte (sentencia núm. 223/19); el juramento (decisión núm. 334/1996), además de la ya anteriormente citada posesión de llaves, gonzúas y valores monetarios.

<sup>82</sup> Véase Zeno-Zencovich, *op. cit.*, nota 4, La investigación permite ampliar la extensión del análisis hacia el periodo anterior y los periodos intermedios, los cuales no fueron considerados por las dos investigaciones precedentes, y además analiza más de mil decisiones que han sido difundidas durante siete lustros.

a la jurisprudencia estadounidense sobre el hurto de uso;<sup>83</sup> las fórmulas de juramento, la interrupción voluntaria del embarazo con breves reclamos a la historia y a las experiencias extranjeras;<sup>84</sup> el delito de desacato,<sup>85</sup> los límites *antitrust*;<sup>86</sup> el reconocimiento de los hijos incestuosos (con relación a la normativa de una “gran parte de los ordenamientos hoy vigentes”);<sup>87</sup> la responsabilidad del vendedor una vez que ha sido consignada la mercancía al vector;<sup>88</sup> la definición de “consumador”;<sup>89</sup> la patente de los fármacos con reseñas hacia otros países en general.<sup>90</sup>

Las citas, cuya naturaleza es bastante heterogénea, son pocas. De la investigación emergen datos desalentadores: el uso de la jurisprudencia extranjera está casi ausente en todo el arco de tiempo examinado; las invocaciones son en sí mismas causales, no dejan huella —a juicio del autor— en el *reasoning* de la Corte.

El último estudio en la materia se circunscribe a las afirmaciones que abordan el tema de los derechos fundamentales,<sup>91</sup> y el arco temporal comprende los últimos veinte años,<sup>92</sup> además de que se integra el conocimiento sobre la materia.

<sup>83</sup> La sentencia núm. 1085/1988. Véase también la sentencia núm. 223/1996 que versa sobre la extradición de los menores cuya comparación se realiza con los Estados Unidos, aunque se mueve dentro del contexto de aplicación de los tratados, como en el “caso Venezia” el cual ha sido anteriormente citado.

<sup>84</sup> Núms. 27 y 28/1975.

<sup>85</sup> La sentencia núm. 341 de 1994 afirma que: “En otros países que gozan de democracias maduras, además de no existir, en la hipótesis correspondiente, penas tan severas, casi siempre el mismo delito de desacato ha sido ignorado”.

<sup>86</sup> “La insuficiencia de los límites respecto a la concentración económica no sólo brota de las relaciones con las normativas de otros países sino que, fundamentalmente, emerge de la normativa de la Comunidad Europea...”: la sentencia núm. 420/1994.

<sup>87</sup> Véase la decisión núm. 494/2002.

<sup>88</sup> La sentencia núm. 465/1992 expresa que: “Este principio está en vigor en los ordenamientos de otros países cuya tradición jurídica es afín a la nuestra”.

<sup>89</sup> Se hace referencia a la “normativa de numerosos países miembros de la Unión Europea”, con relación a la armonización de las legislaciones (la decisión núm. 469/2002).

<sup>90</sup> La sentencia núm. 20/1978.

<sup>91</sup> Sperti, A., *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, cit. Se excluyen “muchas decisiones atinentes al campo del derecho civil o comercial donde la confrontación recíproca o la colaboración entre las cortes... parece que, sea en sí misma, una consecuencia de la naturaleza global de las relaciones económicas”.

<sup>92</sup> La autora evita citar “afirmaciones meramente incidentales y reclamos totalmente genéricos (como, por ejemplo, las referencias a las características de un «Estado demo-

Las alusiones “genéricas” relativas al periodo examinado están en un número considerable de decisiones. En algunas ocasiones, la Corte apela a las características típicas del “Estado de derecho”;<sup>93</sup> en otras circunstancias, invoca al “Estado democrático”<sup>94</sup> o al “Estado democrático de derecho”,<sup>95</sup>

crático», el principio de legalidad, etcétera) aparte de las apelaciones que, ya en el pasado, eran extremadamente frecuentes en la jurisprudencia constitucional de diversos países, sobre todo dentro del área de *common law*, las cuales repercuten sobre los orígenes históricos de los principios o institutos”. En fin, la autora no se detiene en las citas de los actos normativos extranjeros sino, únicamente, en la jurisprudencia, pues parte del presupuesto de que las referencias “a la legislación o a las fuentes secundarias de otros países están inspiradas... en motivaciones distintas respecto a la que constituye el objeto de la jurisprudencia constitucional”; al contrario, nosotros las tomamos en consideración.

<sup>93</sup> La ordenanza núm. 70, 309, 319 y la sentencia núm. 136 de 2001; las sentencias núms. 446 y 457 de 2002; las ordenanzas 68 y 297 y las sentencias 24, 168, 376 de 2004; la sentencia 163 de 2005. Las decisiones que atienen al Estado de derecho afectan a: la prórroga de los términos para la investigación preliminar; los intereses y la revaloración monetaria, que son negados por el artículo 26, c. 4 de la l. n 448 de 1998; un conflicto entre el CSM y un juez de los tribunales; las pensiones de jubilación, las garantías de los ciudadanos en el campo de las pensiones, en la sentencia núm. 446/2002; el traspaso de las sedes de los magistrados; la inmunidad de los altos cargos del Estado; la seguridad jurídica en la materia sanitaria/asistencial: la sentencia núm. 68/2004, donde la Corte cita la seguridad jurídica como “elemento fundamental del Estado de derecho”; al igual que las garantías de los ciudadanos; la declaración del impuesto sobre la renta; una ley regional de interpretación autentica en la materia de elegibilidad; las interceptaciones telefónicas de los parlamentarios.

<sup>94</sup> Las sentencias 457 y 270 del 2002, 312 del 2003, 372 del 2004, 28, 151, 170 del 2005. Las decisiones donde la Corte alude al Estado democrático, aparte de la sentencia ya mencionada, núm. 457/2002, se refieren a la competencia del Senado en materia de inmunidad parlamentaria; a las competencias regionales en el campo de la información; al referendun regional; a las manifestaciones expresivas de los parlamentarios; a la información como condición preliminar para la actuación de los principios propios del Estado democrático (la sentencia núm. 151/2005, la cual cita las sentencias núm. 312 del 2003 y núm. 29 del 1996); al principio, que caracteriza la misma naturaleza del Estado democrático de derecho, conforme al cual “no existe posición jurídica tutelada por el derecho material sino existe un juez ante el cual puede hacerse valer dicha pretensión”.

<sup>95</sup> La sentencia núm. 26 de 1999, con relación a las acciones judiciales para la defensa de los derechos propios, conforme a los artículos 2, 24 y 113 de la Constitución. En la sentencia núm. 497 de 2000 la Corte habla de “transparencia dentro del procedimiento disciplinario como valor determinante de un sistema auténticamente democrático”, mientras en la ordenanza núm. 419 de 2004 afirma que “A partir de la Declaración de independencia americana, la libertad de manifestación del propio pensamiento ha sido considerado por todas las Constituciones modernas como un derecho fundamental”.

mientras en ulteriores decisiones la Corte realiza vagas apelaciones hacia “otros países”.<sup>96</sup>

Otras decisiones aluden a actos normativos extranjeros: en la sentencia núm. 182 de 1988, la Corte recuerda que aun cuando todavía estaba vigente el Código Civil de 1865, la doctrina italiana ya tendía a separarse de la francesa, en lo que se refería a la lectura rigurosamente contractualística de la adopción; en la sentencia núm. 431 de 2000 aparece una referencia “a la extinción de los mecanismos compensatorios respecto a los créditos, adquiridos por *actos inter vivos*, ya vencidos (que ha sido previsto, a modo de ejemplo, por los ordenamientos alemán, austriaco y suizo)”;<sup>97</sup> en la sentencia núm. 204 del 2004, con relación a la materia de la jurisdicción exclusiva, se realiza una profunda reconstrucción histórica y comparativa de la justicia administrativa en Italia;<sup>98</sup> en la sentencia núm. 49 del 2005, respecto a la admisibilidad de uno de los referendums sobre la procreación asistida, aparece la cita siguiente: “numerosas legislaciones nacionales admiten la fecundación heteróloga con el semen de los donadores, pero no se admite con óvulos de las donantes como suce-

<sup>96</sup> Se trata de las sentencias núm. 829 de 1988 (donde la Corte apela a “las diversas formas de cooperación paritaria entre las diversas regiones o entre las regiones mismas y los entes homólogos que operan en los ordenamientos extranjeros”); núm. 18 de 1989, sobre las decisiones colegiales; núm. 154 de 1990 (en la que alude al instituto de la moción de censura que ha sido instituido “en otros ordenamientos jurídicos”); núm. 116 de 1994 (ésta recuerda que otros ordenamientos han adoptado soluciones alternativas en relación a los acuerdos entre el gobierno y los entes dotados de autonomía constitucional en los casos de parálisis en la toma de decisiones); núm. 341 de 1994, además de la ya citada sentencia núm. 313 de 1995. (Aquí la Corte evoca los principios adoptados en otros países que gozan “de democracia madura”); núm. 531 del 2000, con relación al delito de vilipendio contra las instituciones del Estado). Además, en la ordenanza núm. 415 del 2002 (la Corte afirma que “los ordenamientos extranjeros no prevén, en general, el acogimiento o la tutela pre-adoptiva”); la sentencia núm. 316 del 2004, acerca de la duración del mandato de los miembros “laicos” del Consejo de justicia administrativa; la sentencia núm. 49 del 2003 (sobre la igualdad de acceso a los cargos electivos y las cuotas reservadas a las mujeres); la sentencia núm. 379 del 2004, en el tema de la enseñanza pública.

<sup>97</sup> La sentencia núm. 303 de 2003, también observa desde la óptica comparada “la relevancia constitucional de los intereses nacionales” que, a su juicio, “legítima, en los Estados Unidos a través de la cláusula de los *implied powers*, en Alemania gracias a la *Sachzusammenhang* o a la *Natur der Sache*, la intervención de la federación en las materias que son competencias de los Estados miembros”.

<sup>98</sup> Con relación a la ordenanza de remisión, en la que cita la experiencia francesa y una sentencia del Conseil Constitutionnel, además de la “importantísima conquista liberal” cristalizada por el artículo 113 de la Constitución y la expresa sumisión a los jueces ordinarios por los actos lesivos de los derechos civiles y políticos.

de, por ejemplo, en Alemania, Austria y Noruega”.<sup>99</sup> De gran actualidad es la sentencia núm. 155 de 2002, en la materia de propaganda política radiotelevisiva.<sup>100</sup>

Atendiendo a los resultados de las decisiones analizadas, emerge que, desde el punto de vista cuantitativo, las referencias extraestatales —las cuales nunca han sido frecuentes— han disminuido desde hace algunos años. A pesar de la riqueza y la complejidad de las motivaciones que caracterizan a la Corte Costituzionale italiana, la argumentación a nivel comparado aparece en extrañas ocasiones; fundamentalmente las citas son concisas y nunca representan un vínculo principal para la *ratio decidendi* ni siquiera en lo que, desde una primera impresión, podría parecer el terreno ideal para valorar si la solución adoptada es adecuada sobre la base de otras experiencias que se han perfeccionado en otras comunidades jurídicas, discursivas, económicas y sociales: nos referimos a los *balancing tests*.

La naturaleza de las citas es variada. No hay una particular predilección por un ordenamiento u otro, a salvedad de una cierta preferencia

<sup>99</sup> La sentencia núm. 329 de 1992 observa como “la inmunidad funcional respecto a la materia cautelar y ejecutiva... ha sido afirmada, a modo de ejemplo, por la Corte de casación francesa a partir de los *arrets Englander* del 11 de febrero de 1969 y *Clerget* del 2 de noviembre de 1971, por la Corte Constitucional de Alemania Federal en las sentencias del 13 de diciembre de 1977... y 12 de abril de 1983... por el Tribunal federal suizo en numerosas decisiones... y por la Corte de Apelación de la Aja...”. La Corte invoca, además, las afirmaciones manifestadas por el Tribunal de Francfort s. M. en la sentencia del 2 de diciembre de 1975, en el ámbito de una causa análoga contra la Banca Central de Nigeria y, en un pasaje sucesivo de la motivación, alude a la legislación del Reino Unido (*State Immunity Act, cit.*), Estados Unidos (*Foreign Sovereign Immunities Act* del 21 de octubre de 1976) y otros tipos análogos (Canadá, Sudáfrica, Pakistán, Singapur y Australia): la Corte subraya las diferencias respecto a la normativa italiana, por lo que observa que esta disciplina provoca dificultades aplicativas, y admite que “ante la falta de una intervención legislativa, ésta constituye la única disponible”.

El examen de un segmento temporal posterior (las decisiones que comprenden de 2000 al 2005) da escasos frutos: una de las primeras decisiones invoca la demanda interpuesta por la región de Cerdeña para cuestionar el recurso interpuesto por el gobierno acerca de una ley sobre caza, en la que se apela a la reglamentación de la caza en Córcega, a fin de negar la violación de una directiva comunitaria (la sentencia núm. 536/2002).

<sup>100</sup> La Corte advierte que “en los principales países europeos la disciplina de la comunicación política, en estos últimos años, ha sido orientada, a pesar de la inevitable diversidad de los criterios inspiradores, hacia los modelos de regulación de los espacios televisivos cuyas características se corresponde con la regla de la igualdad de oportunidades”.

por Francia, que es plausiblemente imputable al tronco común de la codificación del derecho civil. Respecto a los formantes evocados, el crecimiento de la importancia de la jurisprudencia constitucional, en todos los ordenamientos, no ha visto que se haya otorgado un mayor relieve a las sentencias de las cortes extranjeras, con relación a la legislación. Están ausentes las citas a la doctrina; sin embargo, la razón no es tanto porque opere, frente a la Corte constitucional, la prohibición establecida en el artículo 118 de las disposiciones de actuación del Código Civil, sino por la influencia cultural que dicho impedimento ejerce sobre el estilo de las sentencias constitucionales italianas.<sup>101</sup> Las materias afectadas por las referencias de derecho comparado observan una cierta inclinación, que se mantienen con el transcurso del tiempo, por el derecho penal y procesal penal, aunque el derecho civil está ampliamente representado. Durante los últimos años, a pesar de que han crecido las decisiones en la esfera de los derechos, no han sellado un *trend* significativo de las citas comparadas para fundamentar una u otra elección aun cuando estuviese en discusión la supuesta lesión de una libertad o derecho constitucional.

## V. LAS CORTES CONSTITUCIONALES “ANÓMALAS”

La jurisprudencia emanada por dos cortes constitucionales “anómalas” respecto a la composición, la fase de control, los parámetros utilizados —como la belga y la francesa— es de particular interés, ya que consiente verificar si la ampliación de los parámetros de constitucionalidad y la mayor incidencia del derecho europeo han ocasionado cambios sensibles en la utilización de las referencias comparadas por parte de los dos colegios.

### 1. *Bélgica*

Como en otros países, el ajuste primero regional, y después federal del ordenamiento ha ejercido su influencia sobre la organización de la justicia constitucional belga, el cual representaba fundamentalmente —pero

<sup>101</sup> Algunas estadísticas relevantes acerca de las apelaciones a los estudiosos de derecho comparado contenidas en las las sentencias de las diversas cortes y tribunales (evidentemente, entre ellas no se encuentra la Corte Costituzionale italiana), además de las esferas legislativas y doctrinales, se hallan en Markesinis, B., *Il metodo della comparazione, cit.*, nota 3, pp. 97 y ss., dentro de un capítulo evocativamente titulado “Diffondere il vangelo (ed il nome dell’evangelista)”.

no solamente— la regulación de las competencias del Estado, las regiones, las comunidades.<sup>102</sup> La Constitución prevé que la Cour d'Arbitrage delibere sobre los conflictos entre las leyes, los decretos, las normas relativas a las competencias regionales,<sup>103</sup> y desde 1988, que delibere sobre las violaciones del principio de igualdad, los derechos de las minorías, la libertad de enseñanza, a través de un recurso que puede ser presentado por las autoridades indicadas en la ley,<sup>104</sup> por parte de quien tenga interés o, a título prejudicial, por cualquier órgano jurisdiccional. Tras la reforma que tuvo lugar en 2001 puede pronunciarse sobre las restantes disposiciones de la Constitución.<sup>105</sup>

La ampliación del parámetro de constitucionalidad y de los instrumentos de acceso, más la judicialización del proceso constitucional han renovado el estilo de las motivaciones de los *arrêts*, los cuales contemplan las experiencias de otros ordenamientos sobre todo para resolver las cuestiones relativas al principio de igualdad.

Las decisiones analizadas rondan sobre una media de cincuenta durante 1996, sobre la mitad para los dos años precedentes (aproximadamente un total de dos mil páginas de motivación), además de los *arrêts* que comprenden el periodo de 1998 al 2004. En los dos primeros periodos analizados, los reclamos extraestatales suelen ser menos numerosos que en Canadá o en España, aunque son más frecuentes que en otros ordenamientos. A pesar de la restricción del parámetro las decisiones son variadas. Por tanto, este hecho confirma que las motivaciones contengan amplias y ricas argumentaciones. Asimismo, aparecen referencias a situaciones de hecho cuyo examen es esencial para justificar la razón que está detrás de una opción legislativa;<sup>106</sup> análisis relativos sobre la política del derecho

<sup>102</sup> Las reseñas bibliográficas sobre la justicia constitucional en Bélgica se encuentran en Pegoraro, L., *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, cit., cap. I, nota 147, p. 80.

<sup>103</sup> Véase el artículo 142.

<sup>104</sup> Es decir, los entes descentralizados, los ejecutivos de la Federación y los presidentes de las asambleas legislativas a solicitud de dos tercios de los componentes.

<sup>105</sup> Baldin, S., “Due riforme in tema di giustizia costituzionale: la Cour d'arbitrage al traguardo della piena giurisdizione e il Conseil constitutionnel come arbitro tra legislatore statale e assemblee delle collettività d'oltremare”, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, pp. 1598 y ss.

<sup>106</sup> Como en los *arrêts* núm. 22/1994 acerca del uso de los datos estadísticos y 70/1996 sobre el impuesto de sociedad, aparte de otro que cita las estadísticas de otros países respecto a los trabajadores de biología clínica.

y la ciencia de la administración (el presunto fracaso de la “ecotasa”, y las consecuencias de la prohibición absoluta de la actividad extractiva de arena); opciones legislativas que han operado en otros países, sobre todo, en los europeos. (Los *arrêts* versan sobre los temas de proceso penal, apología del nazismo, pensiones de jubilación, reconocimiento de los diplomas, etcétera). Igualmente, se advierte que las apelaciones al derecho comparado comparacen en diversos tipos de procesos constitucionales, y finalmente éstos son aglutinados, frecuentemente, en las páginas de las decisiones que resumen o acompañan a las memorias de los demandantes, demandados o a las otras partes; por el contrario, a veces se encuentran insertos dentro del núcleo duro de la motivación.

Después de la ampliación del parámetro, durante el periodo que abarca de 1998-2004, la Cour d'Arbitrage ha realizado diversas alusiones comparativas hacia la “jurisprudence européenne” o hacia las “*législateurs étrangers*”, las cuales son principalmente evocadas en las memorias o en las partes argumentativas. Desde el punto de vista de los parámetros invocados, las decisiones (y los relativos reclamos extraestatales) básicamente han girado sobre la tutela de la libertad, el principio de igualdad y no discriminación, la libertad de enseñanza y la preservación del medio ambiente.

A modo de ejemplo, en el *arrêt* núm. 92 de 1998, del 15 de julio, que versa sobre el seguro obligatorio respecto a la responsabilidad subsiguiente a la conducción de vehículos de motor, la disciplina belga se confronta con la francesa.<sup>107</sup> Al año siguiente, dos decisiones realizaron referencias explícitas a la legislación, y en el *arrêt* núm. 70 del 17 de junio de 1999 a la jurisprudencia de otros Estados. En esta última decisión, con relación al recurso de anulación de una ley que contenía disposiciones “... relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités...”, la Corte explica que “Il convient aussi d'appliquer la jurisprudence européenne qui exige une juste proportion entre une mesure de protection, en l'espèce du consommateur, et la libre circulation des services...”.<sup>108</sup> En otra sentencia del mismo año, núm. 102, del 30 de septiembre de 1999, la Cour d'Arbitrage invoca la legislación vigente en Europa sobre la publi-

<sup>107</sup> Véase también el *arrêt* del mismo día núm. 86/1998.

<sup>108</sup> Sobre las apelaciones generales a la jurisprudencia europea, véase los *arrêts* núms. 43/1997, 86/1998 y 195/2004; véase el *arrêt* núm. 40/1996 con relación a la materia de la seguridad social.

cidad de las empresas productoras de cigarros en eventos como los grandes premios de Fórmula uno.<sup>109</sup>

En 2002, la decisión núm. 119, del 3 de julio, que versaba sobre los plazos del recurso de apelación,<sup>110</sup> hace referencia a la ley francesa para subrayar que “Le mémoire souligne enfin que la jurisprudence et le législateur français ont, de longue date, consacré la spécificité de cette situation...”.<sup>111</sup>

## 2. Francia

No sorprende el hecho de que, hasta los años setenta, el control ejercitado por el Conseil constitutionnel sobre las leyes haya revestido carácter episódico.<sup>112</sup> No sólo: la técnica de los *vu* y de los *considérant* en la que las decisiones eran y todavía son redactadas<sup>113</sup> no permitían una explicación adecuada del *reasoning* de los jueces constitucionales. Además, el parámetro de las decisiones parecía limitado, ya que únicamente comprendía el texto de la Constitución *stricto sensu*, pues excluía a la disciplina de la libertad que apenas está ilustrada en el *corpus*.

<sup>109</sup> Sobre la base normativa de los artículos 10 y 11 de la Constitución belga, con relación a la diferencia de tratamiento con otros productos publicitarios, la Corte subraya que “La diminution de la pression publicitaire sur le citoyen belge est estimée bien réelle dès lors que, notamment des Grands Prix sont organisés dans des pays interdisant également la publicité pour le tabac et que, par ailleurs, la législation européenne interdit la publicité pour le tabac à la télévision”: *arrêt* 102/1999, A.1.8.

<sup>110</sup> Acerca del tema del procedimiento penal, véase los *arrêts* núms. 22/1995, 202/2004 y 210/2004. Sobre el derecho penal *cf.* también las decisiones núms. 172/2003 y 179/2003.

<sup>111</sup> Otras apelaciones a la legislación y a la jurisprudencia francesa se encuentran en los *arrêts* núm. 82/1994, núm. 4/1998 y núm. 83/2003.

<sup>112</sup> Respecto a las leyes orgánicas, no se debe olvidar que una gran parte de la disciplina prevista por la Constitución ha sido introducida a través de ordenanzas gubernativas orgánicas, tras la aprobación de la Constitución misma, así que el Conseil sólo tuvo que examinar las sucesivas modificaciones aunque eran pocas. Véase, al respecto, Pegoraro, L., *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Cedam, Padova, 1990, espec. pp. 37 y ss.

<sup>113</sup> Conforme a la tradición, la motivación se extiende siguiendo un esquema bastante simple, que se articula partiendo de las referencias a las fuentes normativas (“vistas las leyes... visto el reglamento...” para llegar a la descripción del tipo concreto (“considerado que...”) y a los nexos que lo vinculan con lo abstracto, los cuales agotan el dispositivo. Acerca del estilo de las sentencias y la formación de los jueces franceses existe una amplia literatura. Véase por lo menos Zweigert, K. y Kötz, H., *Introduzione al diritto comparato*, pp. 147 y ss., espec. 153.

El giro radical de posición, dentro del contexto de la justicia constitucional en Francia, tuvo lugar a partir de los años setenta con la decisión del 16 de julio de 1971, debido a que incorporó dentro del *bloc de constitutionnalité* el preámbulo de la Constitución, e igualmente la ley constitucional del 29 de octubre de 1974 introdujo la *saisine parlementaire*, por lo que cooperó para que el Conseil abandonase su posición subordinada, y favoreció un crecimiento cuantitativo y cualitativo del control de constitucionalidad.<sup>114</sup> Por su parte, el Conseil no logró dotarse de una amplia gama de instrumentos procesales y materiales (entre ellas, adquiere un relieve particular la ampliación de la tipología de las decisiones, la cual acoge tanto a las estimatorias, desestimatorias como a las interpretativas, manipulativas, etcétera) hasta el punto de que se habló de *spectaculaire augmentation* de las mismas.<sup>115</sup>

A causa de la particular composición del órgano, la particularidad del objeto, la naturaleza y el parámetro del control ejercitado en Francia, las decisiones, que han sido analizadas en este estudio, son todas las que han sido emitidas desde el momento mismo de la institución del Conseil hasta la fecha de publicación de mis artículos, los cuales han sido mencionados en las notas a pie de páginas.

Después de la mitad de los años setenta sucede que se registra una tendencia inversa en el estilo de las sentencias, las cuales gozan hoy de motivaciones más articuladas y complejas y casi se parecen a las decisiones que son elaboradas por las cortes de otros países. Respecto al estilo de la redacción, éstas no son apodícticas, sino bastante argumentativas. Mientras que, anteriormente, nos encontrábamos con *considérant* que no explicaban cuáles eran las razones que fundamentaban la elección interpretativa, en cambio, hoy cada pasaje lógico se expone adecuadamente. Es cierto que la técnica utilizada sigue siendo la clásica, la cual favorece que se distingan las decisiones del Conseil Constitutionnel de las otras cortes

<sup>114</sup> Véase Association française des constitutionnalistes (al cuidado de), *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, París, Económica, 1995. Con relación a los parámetros utilizados por el Conseil véase Savona, M., “La dinamica dei parametri di costituzionalità nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel francese”, *Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series*, Bologna, núm. 14, 2004, espec. pp. 101 y ss.

<sup>115</sup> Philip, L. “Le développement du contrôle de constitutionnalité et l’accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel”, *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1983, p. 415, describe el control ejercitado por el Conseil Constitutionnel como “le plus rapide, et l’un des plus larges du monde”.

constitucionales, en las que la retórica, las citaciones doctrinales y la reconstrucción minuciosa de los institutos y las disciplina ostentan un papel relevante.

Las razones, por la que la jurisprudencia constitucional francesa carece de explícitas apelaciones al derecho comparado o al derecho extranjero<sup>116</sup> pueden que sean otras. En particular, si con anterioridad a la incorporación del preámbulo en el bloque de constitucionalidad, resaltaba sólo el comportamiento cultural de sumisión por parte de los jueces constitucionales frente a las leyes (es decir, la concepción montesquiana del juez como *bouche de la loi*), a partir de 1971 parece que asume importancia otro elemento (cuyo origen se encuentra igualmente en la doctrina del iluminismo y la revolución). Me refiero a la idea de que la Declaración de 1789, la cual es fruto de la razón y consecuentemente universal, es por sí misma suficiente para absorber toda referencia a “otras” concretizaciones positivas de los principios en ésta expresados. En suma, para los franceses la Declaración es ya, por sí misma, comparación, porque exprime un derecho válido para todos y para siempre, por lo que no se advierte ninguna necesidad de verificar las diversas modalidades de recepción, siendo ésta, conforme a los dogmas, clara, legible para todos, interpretable en un único modo.<sup>117</sup>

La impresión de que este hecho constituya una de las razones por la que la jurisprudencia constitucional francesa carezca de explícitas referencias al derecho comparado se extrae, a modo de ejemplo, del análisis de las invocaciones operadas a la Declaración de 1789 en el tramo de las sentencias que comprende el periodo del 21 de junio de 1993 hasta finales de 1995.

En todas las decisiones a las que hago referencia, los *considérant* suenan constantemente así: “*Considérant qu’en vertu de l’article 13 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, la contribution commune aux charges de la nation doit être également répartie entre tous*”

<sup>116</sup> Lo manifiesta con claridad Ponthoreau, M.-C., “Le recours à «l’argument de droit comparé» par le juge constitutionnel”, *cit.*, nota 1, p. 167. Sobre el estilo de las sentencias francesas que, a su vez, obstaculizan la exportación de los precedentes franceses al exterior, *ibidem*, p. 181, nota 68, *id.*, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italiennes et françaises*, *cit.*, pp. 165 y ss.

<sup>117</sup> Un discurso análogo sirve también para el preámbulo de la Constitución de 1946 que, igualmente, manifiesta la pretensión de asumir carácter universal.

les citoyens, en raison de leurs facultés”;<sup>118</sup> “Considérant que le principes énoncés par l’article 8 de la Déclaration des Droits de Homme et du Citoyen ne concernent pas seulement les peines prononcées par l’autorité judiciaire mais aussi les incapacités qui y sont attachées du fait de la loi...”<sup>119</sup> “Considérant... que le statut des établissements d’enseignement supérieur ne saurait limiter le droit à la libre communication des pensées et des opinions garanti par l’article 11 de la Déclaration des Doriots de l’Homme et du Citoyen que dans la seule mesure des exigences du service public en cause...”, etcétera.

Las citas al preámbulo de la Constitución de 1946 se expresan en términos similares, y sólo, en algunas circunstancias, los argumentos se completan gracias a otros documentos convencionales, ya sean de alcance universal (o ya sean “hijos” de la misma visión filosófica), como la Convención Europea de Derechos del Hombre.<sup>120</sup> Las reconstrucciones diacrónicas, en fin, se realizan sobre todo para reconstruir la existencia de uno de los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, el cual ha sido mencionado por el preámbulo de la Constitución de 1946, y constituye uno de los parámetros utilizados en los juicios de constitucionalidad.<sup>121</sup>

Las excepciones son raras, poco significativas y se encuadran fundamentalmente en los últimos años que han sido objeto de atención.

La decisión del 9 de noviembre de 1999 DC 99-419, con relación a un recurso que versaba sobre la ley relativa al “Pact Civil de Solidarité”, expresa una vaga referencia a nivel comparado en la parte donde cita la memoria que fue presentada por un diputado de París, *adjoint* al alcalde de la capital.<sup>122</sup> En la decisión 2001-446 DC del 27 de junio del 2001, relativa a

<sup>118</sup> La decisión núm. 93-320 DC del 21 de junio de 1993, relativa a la ley financiera rectificativa de 1993.

<sup>119</sup> La decisión núm. 93-321 DC del 20 de julio de 1993, que contiene múltiples referencias a la Declaración.

<sup>120</sup> La decisión núm. 93-335 DC del 21 de enero de 1994. Una reseña a otras convenciones internacionales se ha efectuado, igualmente, en la decisión núm. 93-325 del 13 de agosto de 1993, acerca de la materia de inmigración.

<sup>121</sup> *Cfr.* por ejemplo, la decisión núm. 94-343-344 DC del 27 de julio de 1994, que alude a la ley del 16 de noviembre de 1912 sobre la averiguación de la paternidad.

<sup>122</sup> El diputado anuncia que “... Il s’agit d’arriver à l’égalité des droits entre couples hétérosexuels et homosexuels, même en matière d’adoption et de protection médicale assistée, ce que n’autorisent encore ni la jurisprudence européenne, ni la législation française”.

la interrupción voluntaria del embarazo, las apelaciones al derecho extranjero se extraen de una memoria (del gobierno) evocada en los *vu* de las decisiones, cuyas referencias son bastante específicas y aluden a diversos países.<sup>123</sup> Otra memoria del gobierno, examinada en la decisión núm. 2003-484 DC, del 20 de noviembre del 2003, confronta la disciplina francesa sobre la expulsión de los extranjeros clandestinos con la existente en diversos ordenamientos de la Unión Europea.<sup>124</sup> Pocos días después, en la decisión núm. 2003-485 DC, del 4 de diciembre del 2003, al Conseil se le plantea un argumento similar, la problemática del derecho de asilo, y esta vez, también, el Consejo constitucional se apoyó en algunas de las experiencias extranjeras sobre la base de la memoria del gobierno.<sup>125</sup>

En una decisión posterior que data del 2 de marzo del 2004,<sup>126</sup> la cual versa sobre el procedimiento penal y las leyes que atienen a la adaptación de la justicia en relación con la evolución de la criminalidad, a través de las observaciones del gobierno, las cuales son invocadas por el Conseil, se deduce que “... la législation de la grande majorité des pays européens prévoit le recours à de tels dispositifs”.<sup>127</sup>

Más allá de estas explícitas invocaciones al derecho comparado, en los supuestos donde el peticionante y la parte resistente se apoyan en las citas extraestatales para reforzar sus propias tesis, el Conseil tiende a dejar de lado la comparación, incluso durante el último periodo analizado, pues, todavía, al día de hoy la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* atraviesa el entero campo de la argumentación.<sup>128</sup>

<sup>123</sup> El término —se sostiene— “est en effet de douze semaines en Allemagne, en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Finlande, en Grèce, en Italie et au Portugal. Il est de 18 semaines en Suède, de 22 semaines aux Pays-bas et même de 24 semaines en Grande-Bretagne. C’est donc à un alignement sur le délai le plus communément admis que procède la loi...”.

<sup>124</sup> La brevedad del periodo se resalta enfatizando la “... singularité de la situation française. Tous les autres Etats membres de l’Union européenne ont, en effet, institué des délais de rétention notablement plus longs que la France”, y se cita la normativa de diversos países europeos.

<sup>125</sup> Se afirma que “... la notion de pays d’origine sûr utilisée par le législateur s’apparente aux dispositions qui figurent dans les législations de plusieurs autres pays européens (Allemagne, Royaume-Uni, Pays-Bas, Danemark, Finlande, Suisse)”.

<sup>126</sup> La decisión núm. 2004-492 DC del 2 marzo de 2004.

<sup>127</sup> La motivación cita en particular “la Grande-Bretagne, l’Allemagne et l’Italie”.

<sup>128</sup> Véase, por ejemplo, la decisión núm. 99-411 DC y las apelaciones a los artículos 8 y 9 de la Declaración de 1789.

## VI. ANÁLISIS DE LOS DATOS

En esta sede, me valdré del compendio de los datos registrados en los párrafos precedentes a fin de ofrecer, desde una óptica comparada, algunas consideraciones relativas a la utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales.

Con relación a las cortes analizadas, el Conseil Constitutionnel francés se apoya en los argumentos comparados menos que la Corte Costituzionale italiana, el Tribunal Constitucional español y la Cour d'Arbitrage belga, por no decir que se apoya menos en la comparación que las cortes restantes, bien sean de *common law*, o bien sean expresión de los sistemas mixtos. Asimismo, se incluye a la Corte estadounidense (cuya actividad fue tomada en consideración en los años pasados) y, con relación a los estudios especializados, al *Bundesverfassungsgericht* alemán<sup>129</sup> y al Tribunal Federal suizo,<sup>130</sup> por citar algunos de los tribunales especializados de los ordenamientos que gozan de una democracia estabilizada.

El hecho de que, dentro del área de *common law*, los jueces recurran al derecho comparado más que los colegas de *civil law* es una constatación difusa por parte de los comparatistas-privatistas,<sup>131</sup> que explican el

<sup>129</sup> También otras cortes o tribunales constitucionales han realizado apelaciones bastante importantes con relación al derecho comparado, las cuales no han sido analizadas en este escrito, inclusive los países de la Europa del Este: sobre las referencias extra-estatales del *Bundesverfassungsgericht* alemán véase por ejemplo, Weber, A., "The Role of Comparative Law in Civil Liberties Jurisprudence of the German Courts", en varios autores, *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, pp. 525 y ss. Acerca del uso de la comparación en la jurisprudencia ordinaria y constitucional en Alemania cfr. Somma, A., *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., nota 3, pp. 259 y ss.; *id.*, "Le corti italiane e l'uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario", cit., nota 2, pp. 31 y ss.; Drobnič, U. y Erp, S. van (eds), *op. cit.*, nota 3, pp. 17 y ss.; K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, cit., nota 13, p. 20 y *passim*. En particular, acerca del *gap* que se encuentra en las citas de los tribunales ordinarios ("extremely poor" dentro de la esfera privatista, y casualmente en la penalista), y respecto a las apelaciones comparadas por parte del *Bundesverfassungsgericht* ("almost only on the top"), Drobnič, U., "The Use of Foreign Law by German Courts", pp. 140 y ss.

<sup>130</sup> Cfr. Walter, G., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera*, pp. 47 y ss., espec. p. 48, donde el autor recuerda que las cortes evocadas con mayor frecuencia son la Corte Constitucional y la Corte Suprema alemana.

<sup>131</sup> Drobnič, U. y Erp, S. van (eds.), "The Use of Comparative Law by Courts", cit., nota 3, pp. 12 y ss.; además de todos los autores de los países de *common law* (Australia,

fenómeno apoyándose en la sustancial irrelevancia de las barreras lingüísticas,<sup>132</sup> o en el rol político y cultural que ha sido revestido por la praxis aplicativa, “acostumbrados a ejercitar concientemente el role de protagonistas en la evolución de los ordenamientos”.<sup>133</sup> Igualmente, ha sido subrayado que existe una mayor propensión a usar la comparación en los ordenamientos de dimensiones reducidas (empero, en nuestro caso, el ordenamiento belga desmiente la propia tendencia de la jurisdicción ordinaria, la cual ha sido señalada por la doctrina),<sup>134</sup> en los ordenamientos

Canadá, Reino Unido, Estados Unidos) cuyas contribuciones aparecen en Drobnig, U. y Erp, S. van (eds.), *op. cit., passim*. Además, Somma, A., “Le corti italiane e l’uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario”, *cit.*, nota 2, pp. 31, ss. y *ivi* ulteriores referencias a la doctrina. Adde Zuckerman, A. S., “The sensitivity of English courts to the jurisprudence of other States within the European union”, en varios autores, *L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica, cit.*, nota 2, p. 61 ss. Para el caso de Italia, Alpa, G., *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. La giurisprudenza civile*, § 3, sostiene que “las sentencias en las que aparecen modelos de decisiones extranjeras representan en nuestra experiencia todavía una extrañeza”.

<sup>132</sup> Resalta que están aventajados los ordenamientos en los cuales se utilizan lenguas difusas Somma, A., *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario, cit.*, nota 3, p. 58. Acerca de la importancia de la lengua también insisten Markesinis, B., *Il metodo della comparazione, cit.*, nota 3, pp. 99 y ss.; Zoller, É., “Qu’est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?”, *Droits*, núm. 32, 2000, p. 131; Ponthoreau, M.-C., “Le recours à ‘l’argument de droit comparé’ par le juge constitutionnel”, *cit.*, nota 1, pp. 172 y 180.

<sup>133</sup> Somma, A., *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario, cit.*, nota 3, p. 273. Sobre la influencia de los diversos formantes en el derecho inglés contemporáneo *cfr.* Gambaro, A. y Sacco, R., *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Torino, Utet, 2002, pp. 134 y ss.; acerca de la evolución histórica también Zweigert, K. y Kötz, H., *Introduzione al diritto comparato, cit.*, nota 43, pp. 233 y ss. En general, sin embargo, las justificaciones se fundamentan en la íntegra diferencia que existe entre las sentencias de *common law* y las sentencias de *civil law* (Sobre esta diferencia, el primer supuesto se vincula a las discusiones de *rationes* y *opiniones* que justifican en cada caso la racionalidad de la elección que ha sido adoptada, y el segundo supuesto se vincula a la utilización de un esquema silogístico, véase al respecto Monateri, P. G., *Pensare il diritto civile*, rist., Torino, Giappichelli, 1997, p. 63; Caenegem, R. C. Van, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, traducción en lengua italiana, Milán, Giuffrè, 1991, p. 63.

<sup>134</sup> Somma, A., *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario, cit.*, nota 3, p. 273, recuerda al respecto un artículo de Kötz, H., “Der Bundesgerichtshof un die Rechtsvergleichung”, *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, hrsg. von C.-W. Canaris, A. Heldrich, K.J. Hopt, C. Roxin, K. Schmidt, G. Widmaier, Bd. II, München, 2000, p. 873.

donde conviven más sistemas,<sup>135</sup> en los que son “democráticamente jóvenes”,<sup>136</sup> o en los multiculturales como Suiza.<sup>137</sup> Dentro de estos últimos —además de Canadá, se incluye a Israel y a Sudáfrica— la jurisprudencia constitucional contiene ricas citas comparativas, la cual no sólo presta atención a las sentencias de *common law* invocadas como precedentes, sino también a la legislación y a la doctrina, sea anglófona o sea de cualquier otra procedencia.<sup>138</sup>

Entre los datos que, en esta sede, han sido analizados no se extrae que la tendencia a utilizar el derecho comparado por parte de los países exportadores de modelos sea menor con respecto a los países importadores, los cuales, en teoría, son los primeros, que prestan menos atención a la experiencia extranjera.<sup>139</sup> Sin embargo, esta aseveración tiene que ser demostrada: Francia, país “exportador”, se apoya muy poco en la comparación, mientras los Estados Unidos la utilizan bastante, a diferencia de Italia, Bélgica y España, los cuales son países receptores de modelos.<sup>140</sup> Por otra parte, dentro del área de *common law* y del área mixta, Canadá, Israel y Sudáfrica importan tanto los modelos como el derecho comparado en el *reasoning* de sus jueces.

El hecho de que todo sea resuelto, dentro del área continental europea, manifestando la “desatención de los abogados y magistrados... con relación a lo que sucede en el exterior”, resulta tautológico. Es una constatación, pero no constituye una explicación. En cambio, sí lo es que “las argumenta-

<sup>135</sup> Drobnič, U., “The Use of Comparative Law by Courts”, *cit.*, nota 3, p. 13; G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 42 y ss.

<sup>136</sup> Como por ejemplo, Hungría y Sudáfrica: *cf.* Ponthoreau, M.-C., “Le recours à ‘l’argument de droit comparé’ par le juge constitutionnel”, *cit.*, nota 1, p. 182.

<sup>137</sup> Véase Walter, G., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera*, p. 49.

<sup>138</sup> Sobre la circunstancia de que (todas) “las cortes constitucionales de hoy dan indirectamente vida a un diálogo cerrado acerca de las cuestiones de particular actualidad e importancia..., influenciándose recíprocamente (y suscitando el fenómeno de la conocida “cross fertilization” y de la “reciprocal influences”)” véase Walter, G., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica: il caso della Svizzera*, p. 49.

<sup>139</sup> Con relación a la imitación de los modelos, Watson, A., *Legal Transplants. An approach to comparative law*, 2a. ed., Un. of Georgia Press, Athens-London, 1993, espec. pp. 21 y ss.

<sup>140</sup> Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, *cit.*, nota 6, pp. 256 y ss.; Gambaro, A., *Il diritto comparato nella aule di giustizia ed immediati dintorni*, p. 8; Somma, A., *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, *cit.*, nota 3, p. 66.

ciones basadas sobre los modelos extranjeros no son tan fuertes como las argumentaciones fundamentadas sobre el derecho interno”.<sup>141</sup> Existe, sin lugar a dudas, un *continuum* entre formación del magistrado (o del abogado) y *imprinting* cultural de los jueces constitucionales. Es cierto que, las sentencias constitucionales son más dadas a la apertura debido a la amplia circulación de los principios dentro de las ramas altas del ordenamiento. El problema, en cada caso, consiste en comprender por qué se ha producido esta desatención (como intentaremos hacerlo).<sup>142</sup>

Ahora, pasamos a observar la naturaleza de las citas. Con relación a los *excursus* efectuados por las cortes de *common law* o mixtas, la Corte Costituzionale italiana realiza bastantes referencias a las clases generales, pero invoca muy poco las soluciones específicas que han sido adoptadas en el exterior sobre los problemas proyectados. Ello sirve también para la Cour d'Arbitrage, que, sobre todo, a causa de que, casi siempre, invoca las memorias de los contendientes, realiza numerosas referencias puntuales a las soluciones legislativas que han seguido los ordenamientos semejantes (en particular, Francia y Holanda), e incluso atiende al Tribunal Constitucional español que, con bastante amplitud, igualmente, se apoya en las referencias hacia las clases, a causa de las autocalificaciones que la Constitución da del ordenamiento.<sup>143</sup>

Acerca de los específicos ordenamientos que han sido citados, el análisis de la jurisprudencia de las cortes examinadas se mueve en dos direccio-

<sup>141</sup> Con respecto a Italia, Alpa, G., *L'arte di giudicare*, *cit.*, p. 37, y Somma, A., *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, *cit.*, nota 3, p. 260; *id.*, “Le corti italiane e l’uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario”, *cit.*, nota 2, p. 35.

<sup>142</sup> No parece que la razón de un escaso uso de la comparación se adscriba a la dificultad de acceder a las fuentes de información ya que las cortes constitucionales europeas pueden procurárselas directamente, sin tener que solicitárselas a otros órganos, y además, en la era de Internet, ya no representa, en ningún país, una excusa. Acerca de este perfil *cfr.* Drobnig, U. y Erp, S. van (eds.), “The Use of Comparative Law by Courts”, *cit.*, nota 3, p. 19. Incidentalmente, Gambaro, A., *Il diritto comparato nella aule di giustizia ed immediati dintorni*, *cit.*, p. 7, señala también el hecho de que la jurisprudencia italiana, aunque sea culta, puede que no acceda al uso del derecho comparado porque “esté sobrecargada de trabajo” (pero el discurso atiende, en particular, a la Corte de Casación, y no a la Corte Costituzionale italiana).

<sup>143</sup> Sobre la autocalificación de España como Estado social y democrático de derecho (artículo 1o. de la Constitución) *cfr.* Pegoraro, L. y Baldin, S., *Costituzioni e qualificazioni degli ordinamenti (Profili comparatistici)*, *cit.*, nota 68, pp. 25 y ss. (pp. 137 y ss. de *Dir. e soc.*).

nes, pues parte del ordenamiento modelo hacia el ordenamiento receptor y viceversa. Ello, fundamentalmente, atestigua que algunos sistemas jurídicos son poco invocados (en particular Italia, Bélgica, España, Israel y Sudáfrica), no obstante, en ocasiones, encontramos alguna excepción relativa a la disciplina de los derechos.

Acerca del perfil de las recepciones, se confirma la intensa circulación del derecho inglés y americano, dentro de toda el área de *common law* y de los sistemas mixtos. Pues, por un lado, se extraen *excursus* relativos a los países receptores (Australia, Canadá, Sudáfrica, etcétera, en particular contienen reseñas sobre los precedentes judiciales); y por otro lado —el cual representa el elemento de mayor interés— abundan las citas sobre las leyes y la jurisprudencia que están consagradas dentro de las áreas de *civil law*. Esto testimonia que la especial estructura del sistema de *common law* no representa la única causa que explica las invocaciones realizadas a cualesquiera precedente judicial, aunque sea extranjero, sino que éste ha generado que los operadores jurídicos tengan una actitud favorable para buscar la solución práctica (y todavía racional), que les induzcan a valorar las soluciones “mejores” que hayan sido adoptadas en otros ordenamientos.

Con relación a la Corte belga, la Corte Costituzionale italiana manifiesta su interés por un mayor número de países, lo cual comparte con el Tribunal Constitucional español. Aparte de la ligera preferencia por el ordenamiento francés<sup>144</sup> que ya ha sido señalada, la barrera lingüística que los comparatistas aducen como una razón importante para la selección de los ordenamientos comparables, no parece representar un obstáculo insuperable.<sup>145</sup> Al contrario, creo que la amplitud de los parámetros y la actividad bastante amplia de las cortes constitucionales concurren a desmantelar la sujeción hacia los sistemas específicos. Mientras, es razonable esperar que el juez civil italiano o belga, en el caso de que tenga que hacer una referencia al derecho extranjero, invoque el derecho francés o alemán, en cambio; en el derecho constitucional es inevitable que el espectro se amplíe a todos los sistemas que presentan una tabla de valores comunes.<sup>146</sup>

<sup>144</sup> Acerca de los problemas teóricos de los ordenamientos a los que hacer referencia véase Vigoriti, V., “L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica”, *cit.*, nota 9, p. 20.

<sup>145</sup> *Cfr.* Somma, A., *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, *cit.*, nota 3, p. 58.

<sup>146</sup> Drobniq, U., *The Use of Foreign Law by German Courts*, pp. 143 y ss.

Acerca de los formantes evocados, ha sido desmentido, aunque podría parecer plausible, que en los ordenamientos de matriz anglosajona o mixta, el recurso a la comparación se limite a las citas de jurisprudencia. Asimismo, tampoco es verdad el fenómeno opuesto, es decir que, en los ordenamientos *civilian*, los reclamos se circunscriban únicamente a las leyes, y no alberguen también a las sentencias. La Corte Costituzionale italiana, con relación a las otras cortes analizadas, cita más sentencias de la Cour d'Arbitrage, y, aproximativamente, tanto la Corte Costituzionale italiana como el Tribunal Constitucional español tienen el mismo número de citas sobre el derecho extranjero. (Francia como de costumbre está fuera de juego).

Más bien, se recalca que los jueces constitucionales continentales, salvo raras excepciones, hacen muy pocas referencias a la doctrina, salvo contadas ocasiones (esto sucede, especialmente, en Italia), por tanto, se separa vistosamente del estilo de los pronunciamientos anglosajones, y en particular del realizado por la Corte Suprema de Canadá, cuyas decisiones están precedidas de las referencias doctrinales, las cuales no sólo contempla los estudios de derecho, sino que abarcan también campos como la antropología y la sociología.

En fin, respecto a las materias, se han realizado las primeras confrontaciones —también sincrónicamente— con la de los jueces constitucionales que, hasta hace poco tiempo, podían utilizar un parámetro limitado. Al contrario que las cortes belga y francesa, el Tribunal Constitucional español y la Corte Costituzionale italiana, junto a las cortes de *common law* y mixtas, las cuales “abordan” una amplia masa de materias, han manifestado su interés por un espectro de argumentos superiores. Por consiguiente, los *excursus* extraestatales invisten a los derechos y libertades, los modos de distribución competencial, la organización del Estado, el derecho privado, el derecho penal, y así sucesivamente.

## VII. CONCLUSIONES: LA FRACTURA ENTRE LOS FORMANTES

Los estudios sobre el derecho extranjero en la jurisprudencia, que han sido desarrollados por los cultores del derecho privado, insisten sobre el comportamiento de las cortes y los tribunales ordinarios, los cuales, sólo en parte (es decir, en los ordenamientos de *common law* y mixtos), también tienen que afrontar los problemas de constitucionalidad. Los resultados alcan-

zados atestiguan que: las cortes de *common law*<sup>147</sup> y mixtas<sup>148</sup> utilizan bastante el argumento comparado; se ha emprendido una evolución alternativa en otros ordenamientos, la cual ha sido explicada con razones dispartadas, pues se han apoyado, preponderantemente, en razones de orden histórico-cultural;<sup>149</sup> se ha asistido a una progresiva expansión de las citas extraestatales en todos los ordenamientos.

Es necesario preguntarse, preliminarmente, si la particularidad del *reasoning* de las cortes constitucionales sea tan fuerte como para marcar diferencias tan sensibles frente a otras cortes y tribunales comunes.

En otra sede,<sup>150</sup> ya ha sido subrayado que la modalidad de reclutamiento, los requisitos solicitados, las garantías de independencia aseguradas tanto a los particulares como al colegio, la misma naturaleza de los

<sup>147</sup> Véanse, en particular, los siguientes ensayos, los cuales se encuentran en Drobniġ, U. y Erp, S. van (eds.), *op. cit.*, nota 3; Chen, J., *The Use of Comparative Law by Courts: Australian Courts at the Crossroads*, pp. 25 y ss.; Drobniġ, U., *The Use of Foreign Law by German Courts*, *cit.*, nota anterior, pp. 127 y ss.; Örcü, E., *Comparative Law in British Courts*, p. 253; Clarck, D. S., *The Use of Comparative Law by American Courts*, pp. 297 y ss.; Levasseur, A. A., *The Use of Comparative Courts by Courts*, pp. 315 y ss.

<sup>148</sup> Una vez más en Drobniġ, U. y Erp, S. van (eds.), *op. cit.*, nota 3, Sanilevici, R., *The Use of Comparative Law by Israeli Courts*, pp. 197 y ss.

<sup>149</sup> Cfr. Drobniġ, U. y Erp, S. van (eds.), *op. cit.*, nota 3, los ensayos de Agallopoulou, P. y Deliyanni-Dimitrakou, C., *L'Utilisation du droit comparé par les Tribunaux Helléniques*, pp. 149 y ss.; Sigurbjörnsson, H. E., *Application of a Comparative Method by Icelandic Courts*, pp. 197 y ss.; Nishino, K., *The Use of Foreign Law by Courts in Japan*, pp. 223 y ss.; Elvinger, M., *Le recours, par les juridictions luxembourgeoises, aux techniques de droit comparé dans l'interprétation et l'application du droit luxembourgeois*, pp. 231 y ss.; Erp, S. van, *The Use of Comparative Law Method by the Judiciary – Dutch National Report*, pp. 235 y ss.

Sobre las raíces históricas que condicionan el comportamiento de los jueces, véase dentro de la inmensa literatura, por lo menos Cavanna, A., *Storia del diritto moderno in Europa. 1. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milán, Giuffrè, rist. 1982 (pp. 555 y ss. para la experiencia inglesa); Monateri, P. G., *Il modello di civil law*, Torino, Giappichelli, 1996, espec. pp. 29 y ss.; y sintéticamente Reposo, A., “Le fonti del diritto negli ordinamenti anglosassoni”, en Pegoraro, L. y Reposo, A., *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Bologna, Monduzzi, 1993, pp. 43 y ss. Acerca de la formación de los operadores jurídicos en los Estados Unidos, véase sintéticamente Cueto Rua, J., *El “common law”. Su estructura normativa – su enseñanza*, Buenos Aires, La Ley, 1957, pp. 289 y ss. En general, Mattei, U., *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 1996, espec. pp. 27, 69 y ss., y R. C. van Caenegem, *op. cit., passim* (e *ivi*, p. 135, apuntes sobre la aversión, madurada en Inglaterra como en Francia, por parte de los respectivos pueblos hacia los juristas).

<sup>150</sup> A modo de ejemplo, en *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *cit.*; pp. 131 y ss.; “A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional”, *Rev. Informação legislativa*, núm. 165, 2005, pp. 70 y ss.

juicios que son llamados a pronunciarse, la circunstancia de que son *superiorem non recognoscentes* concurren a diferenciar el proceso decisorio de los jueces constitucionales del realizado por otros jueces, quienes son sustraídos de algunos condicionamientos personales (expectativas de carrera, y por consiguiente “condescendencia” hacia otros poderes, aunque esto no ocurre siempre), de los dictados del contexto social y las estructuras lingüísticas. (Frecuentemente, los enunciados de la Constitución son más indeterminados, vagos, ambiguos que cualquier otro. El problema de la homogeneidad/diferencia se extiende, desde el punto de vista objetivo, también a las cortes que se encuentran en el vértice de la magistratura ordinaria). A medida que crece la autonomía del proceso decisorio, aumenta el grado de libertad a la hora de seleccionar los materiales jurídicos que se elaboran, la valoración de las consecuencias de las sentencias, los “valores” a privilegiar dentro de los *test* de ponderación, etcétera. En sí, son las mismas cortes las que individualizan los valores —las que deciden qué representa un “valor” merecedor de tutela— y las que les atribuyen, en un determinado momento histórico, una posición privilegiada respecto a los otros, conforme a una interpretación de la realidad que muy pocas veces está en sintonía con la que ha sido otorgada por otros órganos o sujetos políticos, pero se presume que está en consonancia con el sentir de la sociedad.

Acerca del contexto de justificación, hemos subrayado que, debido a que las sentencias no son susceptibles de revisión a salvedad de algunas excepciones, las argumentaciones incluidas en las motivaciones, aparte de representar, a veces, en los sistemas de justicia constitucional concentrado, un medio de convalidación de una decisión inferior, persiguen de modo anómalo el objetivo de exhibir a un “juez” superior la base técnica en la que se fundamenta la decisión. Semejante “juez”, naturalmente, no constituye un órgano de grado más elevado, sino, conforme a los casos, en ocasiones es el legislador (quien, si no está convencido de los argumentos aducidos, podría legislar de otro modo a fin de superar la sentencia), en ocasiones es el legislador constitucional, en el supuesto de que al legislador ordinario se le impida por razones jurídicas o políticas refutar las decisiones de los tribunales. A la hora de argumentar, las cortes se proponen desarrollar amplias referencias sobre los precedentes, efectuar *excursus* históricos de los institutos y las disciplinas, expresar valoraciones y ponderaciones de los valores, criticar, aconsejar, amonestar a los poderes del Estado, además de convencer a un auditorio bastante amplio

de la bondad de la elección que ha sido efectuada, por lo que se someten a la confrontación con el público a fin de recabar una cierta forma de legitimación *ex post facto*, que les induce a valerse de todos los instrumentos de la retórica.

Este entramado sugiere una conclusión: con mayor frecuencia de los jueces ordinarios, las cortes constitucionales deberían invocar, tanto el derecho comparado como la jurisprudencia de otros jueces constitucionales.<sup>151</sup> Al contrario, existe doquiera un *continuum* cuantitativo y cualitativo en la utilización de las referencias extraestatales. En los ordenamientos donde los jueces comunes utilizan bastante las referencias comparadas, igualmente los jueces constitucionales se apoyan en ésta. Empero, en los ordenamientos donde los jueces de legitimidad y de mérito son reacios a indagar sobre las soluciones ajenas, las cortes constitucionales también siguen el mismo camino. La continuidad se percibe vistosamente en los sistemas donde la Corte Suprema es un órgano del Poder Judicial, y, por tanto, el juicio de último grado se confunde con el juicio de constitucionalidad (a pesar de que existe la tendencia hacia la especialización por parte de la Corte Suprema).

En otras palabras, por un lado, se confirma la propensión hacia la jurisdiccionalización de todos los órganos sometidos al control de constitucionalidad de las leyes y la transferencia de estilos desde los *reasoning* de los jueces ordinarios hacia los *reasoning* de los jueces constitucionales, inclusive el belga y el francés, aunque su extracción ostente un matiz marcadamente político y el procedimiento de control de constitucionalidad se inserte dentro del procedimiento de aprobación de las leyes, y por otro lado, se atestigua la importancia del formante cultural respecto a los otros. Con independencia de los elementos anteriormente subrayados, los cuales caracterizan la jurisdicción constitucional (extensión del parámetro, “politización” de la elección, la exigencia de efectuar el juicio de ponderación, etcétera), sin embargo, lo que sella la diferencia entre ordenamiento y ordenamiento, verdaderamente, es el hábito mental, el uso más o menos consolidado de la comparación dentro de la costumbre de los jueces.<sup>152</sup>

<sup>151</sup> *Cfr.* en general Ponthoreau, M.-C., “Le recours à “l’argument de droit comparé” par le juge constitutionnel”, *cit.*, nota 1, *passim*.

<sup>152</sup> El derecho comparado —nos recuerda Alpa, G., *L’Arcadia del comparatista. Un saggio di storia e di metodo*, ubicado en la introducción de Markesinis, B., *Il metodo de-*

Precedentemente, hemos advertido que, en los sistemas que están estructurados sobre base empírica y jurisprudencial, las reseñas comparadas son abundantes. En cambio, en los sistemas “doctos”, paradójicamente, escasean.<sup>153</sup> Asimismo, hemos intentado ofrecer alguna respuesta al interrogante acerca de por qué están totalmente o casi ausentes los reclamos comparativos en la jurisprudencia francesa. Ahora, sólo queda explicar cuáles son las razones por las que las cortes constitucionales europeas, que han sido tomadas en consideración, actúan con bastante cautela a la hora de utilizar el argumento comparado en las propias motivaciones con relación a las otras, aun cuando la investigación haya demostrado que no existe un *horror alieni juris* como ha sido denunciado por parte de la doctrina.<sup>154</sup> Parece que existen razones comunes al igual que motivaciones específicas, las cuales son individualizadas caso por caso.

Una primera motivación bastante obvia es que doquiera las decisiones tienen que ser adoptadas en función del sistema de fuentes de cada ordenamiento (a salvedad de alguna excepción esporádica como sucede en Sudáfrica, pues la misma Constitución autoriza a que se utilice complementariamente el derecho extranjero). Una vez que ha sido replicado que, sea como fuere, la *common law* representa un ordenamiento transnacional, lo cual justifica, ampliamente, la mayor circulación de las citas comparatistas, permanece el hecho de que también en los sistemas *civilian* el problema no atiene a la licitud de las referencias comparadas, sino a si es oportuno acogerlas para convalidar las decisiones adoptadas.

*lla comparazione, cit.*, nota 3, p. XVI— “no es un juego para confinar en los museos académicos, pues absorbe tareas de naturaleza social. Está expuesto al mundo de los operadores, los legisladores, los profesionales, los clientes, y sobre todo los jueces los cuales deben escoger la opción, y para hacer esto deben estar asistidos, orientados, anticipados, y también tienen que tomar en consideración lo que sucede en otras experiencias diversas a las suyas propias. A esta nueva realidad no se puede adaptar el viejo método de la comparación, que privilegia el modelo nacional de pertenencia, con alguna incursión hacia el exterior”.

<sup>153</sup> Con la posterior contradicción de que en Alemania, a pesar de la influencia de la escuela histórica y la existencia del mito que subordina el derecho a la historia particular del país, se encuentra un amplio uso de las citas comparativas extraestatales por lo menos en el nivel de la justicia constitucional. *Cfr.* Drobnig, U., *The Use of Foreign Law by German Courts*, pp. 127 y ss., espec. pp. 143 y ss., y Ponthoreau, M.-C., “Le recours à “l’argument de droit comparé” par le juge constitutionnel”, *cit.*, nota 1, espec. p. 183.

<sup>154</sup> La expresión, que se refiere a los jueces ordinarios italianos es de A. Somma, *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario, cit.*, nota 3, p. 16.

A parte de los motivos conexos al escaso conocimiento de las lenguas por parte de muchos jueces,<sup>155</sup> en algunos ordenamientos (Francia, Bélgica, Italia), una concausa del parco uso del derecho comparado podría ser imputable a la impersonalidad de las decisiones, a las que se contraponen el voto particular característico de las otras. La posibilidad de hacer florecer las diferentes soluciones de un caso expuestas por cada juez puede influir también en la actitud a usar argumentos retóricos, que en las sentencias únicas se disuelven y pasan a un segundo plano.<sup>156</sup>

Una segunda razón (que sin lugar a dudas sirve para Italia) podría ser individualizada en el influjo de las específicas disposiciones de leyes<sup>157</sup> o de la praxis que prohíbe citar la doctrina jurídica en las sentencias: disposiciones que condicionan a los jueces—inclusive los constitucionales, a causa del *continuum* que doquiera hemos registrado entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional— en la búsqueda de los materiales seleccionados para la solución de un caso. La prohibición aleja al juez, una vez inmerso en la profesión, de los estudios teóricos realizados en la universidad, los cuales prestan bastante atención a la doctrina, y lo induce a buscar dentro de la casuística el precedente útil. En los últimos tiempos ha crecido el interés hacia el derecho comparado por parte de la doctrina; sin embargo, este hecho no ha alcanzado al juez lo suficientemente.<sup>158</sup>

<sup>155</sup> Esta expresión es evocada por Vigoriti, V., “L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica”, *cit.*, nota 9, p. 22, la cual añade: “el derecho comparado es difícil, tiene un sello marcadamente académico, exige una preparación técnica y compleja, y requiere mucho tiempo. Por cierto, no se le puede imponer a los jueces, pues su utilización eventual representa el fruto de opciones culturales personales y voluntarias”. Ejemplos prácticos del escaso conocimiento de los idiomas por parte de los jueces ordinarios se encuentran en Somma, A., “Le corti italiane e l’uso complementare di modelli normativi extrastatali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario”, nota 3, pp. 33 y ss.

<sup>156</sup> Acerca de este elemento se detiene Ponthoreau, M. -C., “Le recours à ‘l’argument de droit comparé’ par le juge constitutionnel”, *cit.*, nota 1, p. 181. Las raíces históricas de la prohibición de citar la doctrina en nuestros tribunales son estudiadas por Gorla, G., “I «Grandi tribunali» italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d’Italia”, *Quad. Foro it.*, 1969, c. 629 ss. En general, acerca de la despersonalización de las sentencias véase también Somma, A., *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, *cit.*, nota 3, p. 11.

<sup>157</sup> En Italia, como ya se ha dicho, se trata del artículo 118 de las disposiciones de actuación del c. p. c.

<sup>158</sup> La influencia que ejercen los estudios realizados en la Universidad ha sido enfatizada por Drobnig, U. y Erp, S. van (eds.), *cit.*, nota 3, p. 13, con relación a los ordenamientos de Luxemburgo, Brasil, Quebec, y ha sido explicada a través de la influencia

Una razón posterior se podría individualizar en la escasa circulación de las actitudes mentales entre formante y formante, y en particular entre el formante cultural (universidad), jurisprudencial (foro) y legislativo. Si el derecho privado comparado goza de una gloriosa tradición tanto en Francia como en Italia, en cambio el derecho público comparado es una disciplina que, únicamente, se practica sistemáticamente en Italia. (En Francia y en Bélgica —recordamos— la materia enseñada en algunas de las facultades jurídicas es *droit public et institutions comparées* o similares.) En España son muy pocas las facultades que la contemplan como enseñanza opcional. A causa de que, en los tiempos modernos, buena parte de las decisiones de las cortes constitucionales vierten sobre los derechos, la escasa formación comparativa ofrecida por la universidad plausiblemente repercutirá en la formación de los jueces y los abogados, de cuyas filas (aunque Francia y Bélgica representan una excepción parcial) son elegidos una parte de los componentes de los tribunales constitucionales.

Este hecho también sucede en Italia, aunque la universidad contempla, desde decenios, la enseñanza del derecho constitucional italiano y comparado en la facultad de ciencias políticas, y el derecho público comparado, en alternativa al derecho privado comparado, es obligatorio en la facultad de jurisprudencia; a pesar de los numerosos cursos publicistas-comparados activados como disciplina opcional,<sup>159</sup> y las decenas y decenas de cátedras existentes dentro del gremio, la impresión es que el derecho privado comparado ha madurado bases metodológicas más sólidas y una mayor uniformidad disciplinar.<sup>160</sup>

ejercida por las codificaciones y los subsiguientes contenidos de las materias impartidas en las Universidades. Sobre los procedimientos metodológicos de los estudiantes, profesores, abogados y jueces véase el volumen de Gordillo, A., *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, rist. 1999.

<sup>159</sup> Entre las cuales resale hoy el derecho administrativo comparado; con relación a su importancia véase en particular el volumen de Recchia, G., *Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato*, Padova, Cedam, 2000, pp. 3 y ss.

<sup>160</sup> Acerca de la situación de las enseñanzas comparadas en las facultades jurídicas italianas (actualizada en 1997) véase Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 168 y ss. Sobre todo, véase Ponthoreau, M.-C., “Questions à Alessandro Pizzorusso”, *Rev. Int. Dr. Comp.*, núm. 4, 2005, pp. 986 y ss. (y para la relación entre el derecho público comparado y el derecho privado comparado, pp. 975 y ss.) En España, el acercamiento al derecho comparado es reciente, al respecto reenvío a mis escritos: “Diritto comparato ed evoluzione della giuspubblicistica spagnola”, en Pegoraro, L. et al. (eds.), *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*,

En particular, la aportación tendría que ser ofrecida por el derecho constitucional, empero raramente la da, debido a un malentendido acercamiento hacia el derecho público comparado que todavía hoy se encuentra, habitualmente, en la universidad.<sup>161</sup>

En el sector publicístico, frecuentemente, la enseñanza de la disciplina está confiada a constitucionalistas que improvisan ser comparatistas, quienes están convencidos de que el derecho público comparado se resuelve en el estudio del derecho extranjero, y que las bases metodológicas bien labradas y cultivadas por los privatistas, representan un mero accesorio opcional.<sup>162</sup> No se estudian (ni se enseñan) lo suficiente las técnicas de recepción, las relaciones con otras disciplinas, los presupuestos culturales, la lógica de las

Quad. giur. Dip. Sc. pol. Un. Trieste, Cedam, Padova, 2000, núm. 5 pp. 1 y ss.; “La giuspubblicistica spagnola e il diritto comparato a vent’anni dalla Costituzione del 1978”, *Studi in onore di A. Pensavecchio Li Bassi*, Torino, Giappichelli, 2004, vol. II, pp. 965 y ss.; “Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed «esportazioni»”, en Fernández Segado, F. (dir.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context-La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 523 y ss., traducción en lengua española, “El derecho comparado y la Constitución Española de 1978. La recepción y la exportación de modelos”, *An. Iberoamericano Just. Const.*, núm. 9, 2005, pp. 287 y ss., y en Pegoraro, L., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., nota 1, pp. 29 y ss.; y fundamentalmente, Segado, F. F., *Aproximación a la ciencia del derecho constitucional*, Lima, Ed. Jurídicas, 1995, y Punset, R., “Los primeros veinte años de la ciencia española del derecho constitucional”, *Rev. Est. Pol.*, núm. 108, pp. 225 y ss.

<sup>161</sup> La escasa atención hacia las experiencias extranjeras por una gran parte de los constitucionalistas italianos, o mejor, la indiferencia por parte de estos hacia el método comparativo (con algunas excepciones, naturalmente), ha sido testimoniada por la literatura acerca del método en el derecho constitucional en los últimos años (donde la comparación por regla general es ignorada): véase en particular Associazione italiana dei costituzionalisti, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale (Messina, 23 febbraio 1996)*, Padova, Cedam, 1997; Carllassare L., (cd.), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall’istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, Cedam, 1998.

<sup>162</sup> Se detiene, entre otros, sobre las marcadas diferencias que existen entre el derecho comparado y el derecho extranjero Vigoriti, V., “L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica”, cit., nota 9, p. 13, el cual denuncia, del mismo modo, el error opuesto, de “descender profundamente en el derecho extranjero, perdiendo la vinculación con el derecho propio, llegando a proponer indagaciones que no divergen sensiblemente de las que provienen del interior del sistema extranjero” (por mi parte añadido, aun cuando el sistema objeto de investigación sea extranjero, estamos hablando de investigaciones de derecho “interno”, las cuales siguen lógicas que están alejadas del método comparativo). Acerca del comportamiento de los constitucionalistas italianos véase una vez más la respuesta de A. Pizzorusso a Ponthoreau, M.-C., *Questions à Alessandro Pizzorusso*, cit., nota 160, pp. 986 y ss.

clasificaciones, la lingüística aplicada a la materia, las funciones prácticas de la comparación.<sup>163</sup> No es tan importante el método que se haya elegido, ya sea casuístico, ya sea teórico-general, como ha sido propuesto en los famosos seminarios de Cornell, los cuales, en ocasiones, han sido criticados por la doctrina.<sup>164</sup> Lo importante es que exista un método y que los publicistas comparatistas asuman responsablemente las consecuencias de cada elección metodológica. En cada caso, el acercamiento cultural es profundamente diverso: el constitucionalista se mueve dentro de un marco determinado, que interpreta a través de operaciones conceptuales exclusivamente internas (en suma, su trabajo es *top-down*, que no diverge de las realizadas por los jueces y los abogados),<sup>165</sup> al contrario del comparatista, el cual se mueve a partir de análisis empíricos, construye categorías conceptuales que le permiten clasificar e individualizar las analogías y diferencias (su trabajo es *bottom-up*).<sup>166</sup>

Confundir las cosas no es inocuo, al contrario, puede ser nocivo para las repercusiones que puedan manifestarse a largo tiempo incluso a fines prácticos.<sup>167</sup> No tiene por qué sorprendernos que el *gap* entre la universi-

<sup>163</sup> Sobre las mismas se detiene, con relación a nuestro tema, Somma, A., *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., nota 3, pp. 3 y ss. Como nos recuerda Alpa, G., *L'Arcadia del comparatista*, cit., p. XVI, "no es suficiente contentarse con comprender cómo los jueces han decidido, confrontando sus soluciones. También es necesario comprender porqué han decidido de esa manera, a través de una investigación histórica, económica, sociológica, antropológica".

<sup>164</sup> A modo de ejemplo, Markesinis, B., "Il ruolo della giurisprudenza nella comparazione giuridica", cit., nota 3, pp. 1351 y ss.

<sup>165</sup> Recuerda que "en la circulación de los modelos jurídicos el formante jurisprudencial constituye una excepción en el sentido de que, mientras generalmente los modelos circulan de formante a formante homólogo, la jurisprudencia requiere normalmente el filtro de la doctrina autóctona o bien el nexo con el formante normativo" Gambaro, A., *Il diritto comparato nella aule di giustizia ed immediati dintorni*, p. 8.

<sup>166</sup> El tema se conecta con la añeja cuestión del derecho comparado como ciencia o como método: para una reseña de las diversas posiciones, véase Constantinesco, L. -J., *Introduzione al diritto comparato*, traducción en lengua italiana, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 188 y ss. (véase Alpa, G., "Prospettive della comparazione", *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 1 y ss.). Se resalta el cambio de perspectiva que concurre entre quién encauza el estudio hacia la individualización de las analogías y diferencias y quién, por el contrario, se apoya en la comparación como instrumento para conocer el derecho interno Pizzorusso, A., *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1998, pp. 148 y ss.

<sup>167</sup> Los efectos negativos, que puede provocar una comparación realizada "sin precisión", son aclarados por Drobnig, U. y Erp, S. van (eds.), *op. cit.*, nota 3, p. 16, el cual denuncia "a disservice to the serious study of comparative law", y por Somma, A., *L'uso*

dad (donde la materia es practicada desde hace bastantes años) y el foro sea todavía profundo. Por consiguiente, la mentalidad cultural de los operadores no goza de una fuerte influencia académica ni siquiera para transferir en las motivaciones de las sentencias conocimientos que pertenecen a sistemáticas meramente ornamentales y ancilares al estudio del derecho público interno.

Como ha sido manifestado anteriormente, debido a que el *reasoning* de la Corte Constitucional participa del clima cultural del foro, tal vez éste pueda explicar, en cierta medida, tanto el “provincialismo” de las cortes de los países donde no se enseña o se enseña poco la comparación como el de la Corte Costituzionale italiana a causa de su parca utilización del derecho comparado para resolver los casos que se le presentan, frecuentemente, en términos similares a la de otros países.

*giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario, cit.*, nota 3, p. 314, el cual contiene ejemplos de malas interpretaciones que son consecuencias de los errores cometidos en la traducción de los textos extranjeros.