

Del Derecho Comparado al Derecho Cosmopolita

(Texto revisado del discurso de aceptación pronunciado el 7 de diciembre de 2007 en Lima, con ocasión del otorgamiento del Doctorado Honoris Causa por parte de la Pontificia Universidad Católica del Perú)

Prof. Alessandro Pizzorusso
Ordinario di diritto costituzionale
Università di Pisa (Italia)

Es para mí un gran honor recibir el alto título que esta gloriosa Pontificia Universidad Católica del Perú ha querido concederme y deseo en primer lugar expresar mi gratitud a las autoridades que ha así lo han acordado, así como a las generosas palabras con las cuales el profesor Gorki Gonzales Mantilla ha tenido a bien presentarme. Precisamente, tomando como punto de partida, su referencia a mi actividad en el derecho comparado y para valorar adecuadamente el desarrollo que este ha conseguido en los últimos años, tanto en el ámbito de la investigación y en la educación legal, cuanto en la actividad de reforma legislativa y en la actividad judicial y forense, se hace necesario recordar cuál fue la situación de los estudios jurídicos y de la práctica del derecho existente cuando este proceso evolutivo tuvo inicio.

El punto de referencia es, entonces, el momento en el cual se pudieron completar el orden para las relaciones entre los Estados, realizado en la época de los tratados de Vestfalia (1648), a partir de los cuales cada monarca *superiorem non recognoscens* podía considerarse *in regno suo* como titular de la misma potestad legislativa de la cual hasta aquel momento, teóricamente al menos, se reconocía como titular únicamente el emperador.

En virtud de este orden, el poder de hacer leyes correspondía a cada Estado en relación con el territorio y el núcleo de personas sobre las cuales este ejercitaba su soberanía y, al interior de la organización estatal, al monarca reinante, de conformidad con el dicho según el cual *quod principi placuit*

legis habet vigorem (Justin. *Inst.*, 1.2.6). Consecuencia del reconocimiento a los Estados del monopolio de la producción jurídica fue asimismo la creación del «derecho internacional», como disciplina de las relaciones entre los Estados. Pero, según la posición originaria del derecho internacional, únicamente la adaptación del derecho interno a aquel podía comportar su aplicación a los ciudadanos, dado que los sujetos de este eran únicamente los Estados y no las personas físicas o jurídicas que eran reconocidas como tales sobre la base del derecho interno.

Desde el momento en que el derecho vigente en la esfera personal y territorial sobre la cual se ejercitaba la soberanía de cada Estado podía derivar únicamente de la ley, en virtud de las disposiciones por esta enunciadas, o bien en virtud del reconocimiento que esta hiciese otras fuentes del derecho, podía decirse que sobre la base de este orden, la ley constituía asimismo la «fuente de las fuentes» y algunos códigos se abrieron, en efecto, con una disposición que indicaba cuales fueron las fuentes del derecho constitutivas del ordenamiento jurídico de aquel Estado (como por ejemplo, el artículo 1 de las «disposiciones preliminares del código civil italiano de 1942 —hoy ampliamente modificado por la Constitución de 1947 y por otras leyes sucesivas— o el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil Español de 1889, también hoy extensamente modificado).

Esta evolución no se produjo en Inglaterra (ni en los países extraeuropeos que habían tenido su influencia política y cultural), donde más bien se continuó a considerar fuente del derecho el precedente judicial, es decir, una regla que fuese aplicada por un juez a un supuesto de hecho análogo al que se tenía bajo examen.

También en esta área (que fue llamada el *common law*), la legislación (esto es los *statutes* aprobados por el Parlamento) podían prevalecer sobre el precedente, pero también el derecho de origen legislativo estaba sujeto a la obra de la interpretación del juez, mediante la cual las reglas legislativas terminaban por ser recubiertas por un complejo de precedentes que armonizaban el derecho complexivamente considerado. En esta área al menos, se reformulaba entonces la duplicidad de las fuentes del derecho, ya notoria en la tradición romana según la cual a las *leges* se contraponían los *iura*.

Este orden del sistema de las fuentes del derecho, sea en la versión continental que en la versión anglosajona, fue aceptado por la doctrina,

que en aquel mismo período elaboró la moderna noción de la democracia como forma de gobierno preferente respecto de cualquier otra y encontró un importante sustento en el iuspositivismo y en el nacionalismo que consiguieron su máximo desarrollo entre el siglo XIX y la primera parte del siglo XX. En aplicación del principio democrático, el poder legislativo del monarca viene progresivamente transferido a las asambleas parlamentarias, cuyos ordenamientos retomaron en parte las soluciones ya experimentadas a fines de la antigüedad, adecuándolo a las nuevas exigencias manifestadas en la época moderna y esencialmente al principio de igualdad.

El rol que derivó de los Estados soberanos no fue modificado, al menos sobre el plano teórico, ni siquiera por el desarrollo que en los últimos dos siglos, han asumido las «organizaciones internacionales» (en particular la Sociedad de las Naciones y la Organización de las Naciones Unidas, las cuales se pusieron tendencialmente como objetivos la realización de un orden jurídico mundial). A la par del derecho internacional, en efecto, también estas instituciones constituyeron una derivación de los ordenamientos de los Estados, por las acciones de las cuales estas eran en diversos modos condicionadas.

La idea de la unidad del derecho pareció destinada a restar confianza a las proyecciones hechas por algunos filósofos, entre los cuales estuvo Emmanuel Kant, sin que todavía aquella lograra liberarse del carácter utópico que le fue atribuido por la mayor parte de quienes se ocuparon de este tema como objeto de estudio y como materia de elaboración teórica.

En la fase en la cual los estudios de derecho comparado comenzaron a desarrollarse (esto es, en la segunda mitad del siglo XIX), estos fueron condicionados por este estado de cosas, ya que la consciencia del derecho de los otros países, diversos de aquel que los juristas llaman «el ordenamiento de referencia» (el cual normalmente coincide con el país de origen del jurista que habla o escribe), no podía tener otro objetivo que aquel de proveer los elementos cognoscitivos utilizables en los casos de aplicación de las reglas del «derecho internacional privado» para la resolución de conflictos de leyes de diversos Estados, o bien para estimar las ventajas que podían derivar de las reformas legislativas que se hicieron, de *jure condendo*, a partir de experiencias de otros países, o todavía para la realización de formas de unificación legislativa que pudiese dar lugar a un «derecho uniforme» aplicable en más Estados.

Los estudios dedicados a los derechos extranjeros (y en particular aquellos relativos a los casos de «transplante de textos legislativos» de un país a otro) enriquecieron los estudios comparatísticos, pero fueron, de todos modos, considerados como factores de orden únicamente cultural, utilizables para una mejor comprensión del derecho vigente, a tener en cuenta más allá de la concreta actividad de interpretación o aplicación de aquel.

Por lo tanto, el estudio del derecho comparado no podía ir más allá de tales funciones instrumentales para el mejor conocimiento del derecho vigente o a la individualización de razones justificativas para la reforma de este (en forma análoga a cuanto se refiere a los estudios de historia del derecho, con los cuales los estudios de derecho comparado se presentaron casi siempre inextricablemente conexos, como ha sido demostrado sobre todo por Gino Gorla), y esto comportaba su ubicación en el plano de los estudios de las facultades universitarias en forma distinta a aquella propia de las disciplinas entre las cuales se articulaba el estudio del derecho nacional (tanto que, como se observa frecuentemente en los títulos de estas últimas se debía siempre ver sobre entendido el adjetivo que lo refería a la correspondiente nacionalidad): así, por ejemplo, en rigor estricto se tendría que haber dicho «derecho civil italiano», o también «derecho civil peruano», etcétera, en vez de «derecho civil» *tout court*).

Las vicisitudes que se han venido desarrollando en el período sucesivo a la Segunda Guerra Mundial, si bien no han provisto bases suficientes para adoptar hasta ahora, una diversa comprensión del problema relativo a la unidad del derecho a nivel mundial, sin embargo, han abierto algunas perspectivas, a partir de las cuales, el carácter absoluto de los poderes de los Estados en el ámbito de la esfera territorial y personal sobre la cual estos son legitimados para ejercitar su soberanía, no es más absoluta como se podía asumir sobre la base de la concepción del derecho afirmada en los tiempos de los tratados de Vestfalia.

Entre los nuevos hechos verificados en estos últimos tiempos se pueden considerar aquellos vinculados al fenómeno de la «globalización» económica y cultural, la cual ha modificado bajo muchos aspectos las relaciones entre las diversas poblaciones que viven sobre el planeta, transformando en cierta medida, algunos de los cánones sobre los cuales se han fundado los ordenamientos jurídicos de los Estados que en el curso de los últimos

cuatro siglos han terminado por dividirse entre ellos, todos los territorios emergentes (salvo la Antártida) y también amplias porciones del mar y de la atmósfera.

En efecto, particularmente en estos últimos decenios se ha comenzado a tener en cuenta, cómo el extraordinario desarrollo de la técnica ha determinado situaciones con referencia a las cuales, la concepción de soberanía estatal como un poder tendencialmente absoluto, resulta poco convincente, sea porque existen casos que ninguna autoridad dotada de poderes legislativos está en grado de controlar plenamente, sea porque los valores sobre los cuales este pudo fundarse, son en larga medida condicionados por reglas técnicas, cuya observancia tiene prácticamente un carácter mucho más vinculante de aquel que podrían asumir las reglas jurídicas, las cuales, también dotadas de la autoridad de la ley, vinieron a separarse de los resultados de las investigaciones de los científicos.

Casos de este género se constatan, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, cuyo enorme desarrollo ha impuesto el recurso a formas de resolución de controversias que se separan cada vez con más frecuencia de las reglas establecidas por los ordenamientos jurídicos de los Estados (e incluso también de las reglas internacionales) para dar vida a una suerte de nueva *lex mercatoria* formada, a la par que aquella operante en épocas históricas lejanas en el tiempo, de costumbres o de reglas establecidas mediante convenciones privadas, hasta ahora no escritas, pero observadas más rígidamente que aquellas derivadas de los ordenamientos estatales o del mismo derecho internacional.

Entre los ejemplos de ordenamientos formados en todo o en gran medida por fuentes constituidas por actos de derecho privado (y también de actos de derecho no estatal), los cuales prevalecen sobre las fuentes previstas por el derecho del país, sin que se recurra a los procedimientos que deberían seguirse para hacerlo operativo también sobre el plano internacional, se puede anotar antes que nada el caso de la informática, con referencia a la cual es difícil localizar los hechos que debieron dar lugar a las consecuencias de carácter jurídico de relevante entidad.

Otro ejemplo de este género es el que deriva de la actividades deportivas que son disciplinadas por las reglas establecidas y ejecutadas por sujetos privados o por instituciones extranjeras, cuyas decisiones producen efec-

tos también de carácter patrimonial que frecuentemente van mucho más allá de la esfera territorial y personal que un Estado puede concretamente controlar. Por ello el recurso a las formas de colaboración que raramente pasan por los canales de la diplomacia de los Estados deviene inevitable y la soberanía del Estado resulta redimensionada.

Además, si observamos las relaciones que más típicamente se pueden todavía considerar como reguladas por el derecho de los Estados y por el derecho internacional, encontramos siempre más frecuentemente que los principios y reglas establecidas mediante convenciones entre Estados o por parte de organizaciones internacionales, resultan inaplicables. Esto no solo por contraste entre los Estados sino también por los individuos en cuanto tales, los cuales resultan legitimados a recurrir a la autoridad judicial internacional, independientemente de estar en posesión de los requisitos que serían necesarios para adoptar un acto jurídico de este género según su derecho nacional. O bien, para lamentar las lesiones de derechos por parte de los órganos del Estado del cual estos son ciudadanos (como ocurre en el caso de los recursos a la Corte Europea de Derechos del Hombre).

Los años más recientes han demostrado con cada vez más frecuencia, la creación de órganos jurisdiccionales internacionales a los cuales se les ha reconocido la competencia de juzgar ciertos tipos de comportamientos que vienen configurados como delitos contra la humanidad, considerada como una entidad distinta de los Estados y de su organización de derecho internacional. También las actividades para las que estas cortes están legitimadas a desarrollar, comportan gruesas limitaciones a la soberanía de los Estados, la cual no puede más asumirse como absoluta en los términos del pasado.

Más recientemente, la doctrina y jurisprudencia de varios países han discutido la posibilidad de que los jueces nacionales (o a mayor razón, eventuales jueces internacionales) puedan o deban tener en cuenta, en el ámbito de la argumentación jurídica puesta en la base de sus decisiones, los puntos de vista adoptados por los jueces de otros países o, en el caso de los jueces internacionales, de la jurisprudencia de los jueces nacionales y de las discusiones doctrinales con tal motivo es ahora ampliamente admitido.

Peter Häberle ha extraído de este itinerario jurisprudencial su célebre afirmación según la cual, la comparación jurídica constituye un ulterior

método de interpretación del derecho que se agrega a los cuatro identificados en el pasado de la doctrina alemana.

Y, del resto, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la ONU desde hace un tiempo, establece (artículo 38, d) que tal juez debe considerar, como medios subsidiarios para la determinación de las reglas de derecho a aplicar, «las decisiones judiciales y las enseñanzas de los juristas más calificados de las diversas naciones».

Una experiencia importante, desde este punto de vista, es aquella que ha sido cumplida en el ámbito de la Unión Europea, donde han sido considerados como «principios generales del derecho comunitario», las «tradiciones constitucionales comunes» a los Estados miembros de aquella. De este modo, ha sido reconocida como fuente del derecho, antes que la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión y después de una precisa disposición contenida en los tratados institutivos de la Unión misma, una forma de producción normativa que supera las controversias, antes recordadas, las cuales llevaron en el pasado a la división de los principales sistemas jurídicos vigentes en el mundo, es decir, en el *common law* y en el *civil law*.

Estos hechos, que han tenido lugar con particular intensidad en la segunda mitad del siglo XX y en los primeros años del siglo actualmente en curso, en alguna medida han cambiado el papel del derecho comparado que, en virtud de los resultados obtenidos en el ámbito del mismo, no constituye más únicamente una disciplina cultural, sino que puede representar también un instrumento directamente utilizable por parte del juez, del abogado o de otros usuarios del derecho, en el ejercicio su funciones.

No solo el imponente desarrollo de los estudios comparatísticos ha permitido poner en evidencia cómo la contraposición entre los sistemas del *civil law* y del *common law*, que en una cierta fase histórica parecía dotada de una fuerza discriminante casi absoluta, sea en realidad mucho menos profunda de cuanto aparece a la luz de la perspectiva iuspositivista, cuando se ha intentado desvalorar lo más posible el rol del intérprete en favor del papel del legislador.

Sobre la base de las experiencias desarrolladas en el ámbito de la justicia constitucional y con referencia a los sistemas de las fuentes caracterizadas por una pluralidad de grados (a partir de las instituciones de Hans Kelsen

y de su escuela), si ha esclarecido como en los sistemas del *civil law*, la «jurisprudencia», sea judicial, sea doctrinal «transnacional», pueda asumir un rol cualitativamente no muy diferente del que tiene en los sistemas del *common law*.

El sistema de fuentes vigente en el ámbito del ordenamiento de la Unión Europea ha puesto en evidencia estos problemas, no solo porque resulta de la actividad de los juristas formados en el ámbito de ordenamientos pertenecientes a los sistemas de los dos diversos tipos, sino porque la evolución experimentada por el ordenamiento mismo ha puesto progresivamente en evidencia, cómo el sistema de fuentes vigente comprende alguna de estas dotada de caracteres propios de las fuentes legislativas junto con otras dotadas de caracteres de las fuentes jurisprudenciales. Y es notorio cómo la evolución que ha llevado a una gradual (y aún incumplida) «constitucionalización» del derecho de la Unión Europea ha tenido como su principal motor a la Corte de Justicia y su jurisprudencia.

Esto supone la necesidad de tener presente en el estudio de las fuentes del derecho vigente en el ordenamiento de la Unión Europea y de cada uno de los Estados miembros, no solamente la perspectiva tradicionalmente seguida respecto de los ordenamientos estatales pertenecientes al área del *civil law*, sino también los estudios de carácter histórico comparatístico dedicados a esta materia, los cuales buscaron tener presente la entera gama empleadas en los ordenamientos jurídicos del presente o del pasado, salvo para valorar en concreto cuales sean aquellas realmente aplicables con referencia a uno u otro ordenamiento jurídico.

Independientemente de estos desarrollos, manifestaciones sobre todo en el cuadro de la política internacional, la pluralidad de los ordenamientos jurídicos se realiza también en las relaciones que transcurren entre cada Estado y algunos tipos de entes diferentes de los estatales, según las líneas que fueron estudiadas por Santi Romano en su célebre libro *L'ordinamento giuridico* (Pisa, 1918).

En Europa, un desarrollo de este tipo, que presentó particular importancia también por sus reflexiones prácticas, fue aquel que en algunos países se desarrolla entre el Estado y la Iglesia católica, la cual se había ejercitado por muchos siglos el poder temporal (en virtud del cual esta se presentaba también como un Estado, a partir de la época en la cual

el mundo se organizó prevalentemente en Estados, pero manteniendo al mismo tiempo su faz de organización constitucional y administrativa de una religión) y, en cierta medida, lo conserva aún, en virtud del Tratado del Laterano del 1929. Las otras religiones no asumieron esta perspectiva, pero esto no ha impedido que estas se presentaran como ordenamiento jurídico, aunque ciertamente se estructuraran en modo diverso que los Estados.

Más compleja es la relación que se viene realizando entre los ordenamientos estatales y los ordenamientos jurídicos privados vigentes dentro de los límites fijados por la ley del Estado en el cual estos operan. Tal relación soportó la influencia de la evolución de los ordenamientos formados durante el feudalismo, después de que ellos se orientaran hacia la abolición de las clases sociales en nombre de la igualdad y la adopción de los principios del liberalismo (contrarios al reconocimiento de las «sociedades intermedias» entre Estado y ciudadano) y, por último, también en la búsqueda de un mayor equilibrio que afincase el reconocimiento de los derechos fundamentales de libertad (personal, cultural y también económica), así como la aceptación del papel de las formaciones de carácter asociativo y de base comunitaria.

A nivel de la organización de los poderes públicos, el modelo de Estado «federal» fue realizado con éxito en algunos países seguido por otros. En cada caso, en forma más o menos parcial pero de todos modos con consecuencias sobre el plano de las autonomías propias del ordenamiento jurídico del Estado, dando lugar a una experiencia del pluralismo diversa de la experimentada precedentemente, evidenciando el vínculo normalmente establecido entre estas autonomías y los principios democráticos.

La evolución sumariamente recordada ha permitido una serie de vínculos entre los ordenamientos estatales y entre estos y los ordenamientos jurídicos de otro tipo, los cuales suponen la aplicación siempre más frecuente de parte de los jueces y de otros operadores del derecho vigente en el ámbito estatal, de normas propias de ordenamientos de otros países mediante la técnica del reenvío elaborada por los estudiosos del derecho internacional privado, pero también formas de vinculación más estrecha entre el ordenamiento jurídico estatal y otros ordenamientos, de la Comunidad Internacional y de los Estados y sus eventuales agregados, de los ordenamientos propios de los entes públicos que fluyen de formas de

autonomía normativa y de los ordenamientos de los grupos y formaciones sociales o de otros ordenamientos privados.

Las relaciones antes referidas han complicado los sistemas de las fuentes del derecho vigentes en los diversos países en donde estas han tenido lugar. Pero también otras formas de evolución de las instituciones jurídicas de la humanidad que han asumido un papel creciente a partir de la fase iniciada luego de la Segunda Guerra han comportado una reducción del papel de los Estados y modificado el rol de las leyes estatales, tal como se había desarrollado en la época en la cual las tendencias nacionalistas lograron su apogeo.

El itinerario descrito ha permitido asumir que —una vez superada la época de la máxima afirmación del nacionalismo y del positivismo jurídico— para analizar las reglas y principios propios del sistema de fuentes vigente en el ordenamiento de referencia, no sea más suficiente referirse a las fuentes previstas como tales en este, sino que será extremadamente útil y necesario tener en cuenta los elementos provistos por una investigación de tipo histórico y comparatístico.

El futuro dirá donde nos llevará la evolución iniciada en la segunda mitad del siglo XX, actualmente en curso. Y también si la realización de un ordenamiento cosmopolita de base planetaria, como aquel imaginado por los filósofos antes recordados, aparece en el horizonte o si un fuerte redimensionamiento del rol de los Estados surge en el acto. El fin del equilibrio del terror que emergió como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, cuando el mundo era dominado por dos superpotencias, ha abierto una nueva fase, de la cual es aún difícil establecer bajo cualquier punto de vista de qué modo se establecerá esta. Pero lo que podemos decir ahora es seguramente que el mundo se ha hecho más pequeño y que la tarea de los estudiosos del derecho no puede ser más delimitada por las fronteras de los Estados.