



ISSN 2618-4893

INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO
“DR. ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ” -
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CUADERNO DE DERECHO COMPARADO

TOMO I - 2018

ARTIGAS 74 (5000) - CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
2018

 **EDITORES**
FONDO EDITORIAL



Esta obra está bajo una
Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

Impreso en Argentina

Derechos reservados por la Ley N° 11.723

INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO
"DR. ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ"

DIRECTOR

JOSÉ DANIEL CESANO

SECRETARIO Y DIRECTOR DE PUBLICACIONES DEL INSTITUTO

CHRISTIAN G. SOMMER

COMITÉ CIENTÍFICO

ADRIANA S. DREYZIN

THOMAS DUVE

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

CARLOS JULIO LASCANO

HORACIO ROITMAN

MARCELO URBANO SALERNO

MIEMBROS TITULARES DEL INSTITUTO

DRA. MARÍA DEL C. PIÑA

DR. CHRISTIAN G. SOMMER

DRA. CAROLINA PRADO

DR. DIEGO PERETTI ÁVILA

AB. FERNANDO MIGUEL COMUÑEZ

MIEMBROS CORRESPONDIENTES DEL INSTITUTO

DR. IGNACIO AYMERICH OJEÁ (VALENCIA)

DR. JOHN CARTWRIGHT (OXFORD)

DR. MASSIMO DONINI (MODENA E REGGIO EMILIA)

DR. LUCIO PEGORARO (BOLOGNA)

DR. ALESSANDRO SOMMA (FERRARA)

DR. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (MADRID)

COMITÉ CIENTÍFICO

JOSÉ DANIEL CESANO

ADRIANA S. DREYZIN

THOMAS DUVE

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

CARLOS JULIO LASCANO

HORACIO ROITMAN

MARCELO URBANO SALERNO

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

JOSÉ D. CESANO.....	9
---------------------	---

CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNAS DE LAS FUNCIONES DEL DERECHO COMPARADO

JOSÉ D. CESANO.....	13
---------------------	----

LA TEORÍA DE LAS CONSECUENCIAS NATURALES Y PROBABLES EN EL EXCESO DE AUTORÍA

Ensayo sobre derecho norteamericano

DIEGO A. PERETTI ÁVILA.....	35
-----------------------------	----

DERECHO COMPARADO

Algún dato desde sus orígenes

MARÍA DEL CARMEN PIÑA.....	57
----------------------------	----

LA EJECUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A SITUACIONES DE DÉFICIT LEGISLATIVO NACIONAL

El caso de España y las escuchas telefónicas

CAROLINA PRADO.....	81
---------------------	----

RUOLO DELLA DOTTRINA, COMPARAZIONE E "LEGAL TOURISM"

LUCIO PEGORARO.....	101
---------------------	-----

STATO DEL BENESSERE O EMANCIPAZIONE?

Lavoro e diritto negli stati uniti della prima metà del novecento

ALESSANDRO SOMMA.....	133
-----------------------	-----

ENTREVISTA A LUCIO PEGORARO

JOSÉ D. CESANO.....	173
---------------------	-----

Presentación

JOSÉ D. CESANO

El Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba inicia, con este número, su publicación oficial.

A través de esta publicación habrán de darse a conocer las exposiciones realizadas por sus miembros titulares e invitados especiales, durante las sesiones ordinarias que, en forma regular, se llevan a cabo durante cada año académico.

Asimismo, también se pretende difundir artículos de Derecho Comparado, realizados por juristas extranjeros; algunos de ellos, como ocurre en este primer número, miembros correspondientes de este Instituto.

Es también nuestro propósito incluir en éste Cuaderno (y en los números subsiguientes) entrevistas a destacados comparatistas, con el propósito de que, a través de una encuesta dirigida por escrito, den respuesta a tópicos relevantes para nuestra materia; que nos permitirán conocer aspectos relevantes tales como: el estado de la disciplina en diversos países; el grado de desarrollo; las funciones que se le asignan; las perspectivas metodológicas; su enseñanza; etcétera.

De esta forma el Instituto pretende no sólo revitalizar las investigaciones y desarrollos doctrinarios que se desarrollen en su propio ámbito sino, además, conformar redes intelectuales, con otros Institutos y colegas extranjeros, que nos permitan tener una visión actualizada de las principales cuestiones que son objeto de análisis y debate.

Para finalizar creemos cumplir con un deber de gratitud si recordamos a dos ilustres miembros de nuestra Academia: los Dres. Enrique Martínez Paz y Luis Moisset de Espanés.

El primero de ellos, fue el primer catedrático de nuestra Facultad de Derecho, de la asignatura Derecho Civil Comparado y, luego, director de los Institutos de Derecho Civil Comparado y Derecho Comparado, en la misma casa de estudios. Nada pues más justo que el nombre de nuestro Instituto lleve el nombre de tan ilustre perso-

El primero de ellos, fue el primer catedrático de nuestra Facultad de Derecho, de la asignatura Derecho Civil Comparado y, luego, director de los Institutos de Derecho Civil Comparado y Derecho Comparado, en la misma casa de estudios. Nada pues más justo que el nombre de nuestro Instituto lleve el nombre de tan ilustre personalidad.

Por su parte, el Dr. Moisset de Espanés fue mi antecesor en la dirección de este Instituto y, durante años, el principal promotor de su culto.

Sea pues, este recordatorio, un modesto homenaje para quienes realizaron aportes tan significativos.

Consideraciones sobre algunas de las funciones del derecho comparado

JOSÉ D. CESANO*

* *Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Director del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Contacto: danielcesano@gmail.com.*

I. Introducción

Los usos del Derecho comparado son variados. Sin embargo es posible señalar, entre las más frecuentes, cuatro posibles utilidades: a) como elemento auxiliar para realizar la formulación de la política legislativa de un Estado; b) como saber necesario para que un operador jurídico pueda interpretar o aplicar un derecho extranjero; c) como un método para interpretar el derecho local del propio operador; y d) como conocimiento útil en los procesos de armonización y unificación legislativa entre diversos Estados¹.

Seguidamente nos referiremos a cada uno de estos usos.

II. Las funciones del Derecho comparado

II.1. El Derecho comparado como elemento auxiliar para realizar la formulación de la política legislativa de un Estado

La comparación adquiere relevancia para la formulación de la política legislativa de un Estado. En efecto, la soberanía estatal, a la hora de crear el derecho nacional, no es cerrada ni absoluta, sino que se muestra abierta y relativa. “Las normas nacionales se crean (...), con mucha frecuencia, bajo la influencia, el trasplante, (...) la copia o la imitación a la tradición de materiales jurídicos extranjeros y comparados”². Cuando se asume la necesidad de regular sobre determinada cuestión (trátase de introducir una institución novedosa o de modificar una ya existente) se acostumbra a tomar, como punto de partida, lo que previamente han establecido los ordenamientos jurídicos extranjeros; en especial, primeramente, respecto de los Estados pertenecientes a la misma familia jurídica y previa

¹ Cesano, José Daniel, *Derecho Penal Comparado. Una aproximación metodológica*, Ed. Brujas, Córdoba, 2017, pág. 65 y siguientes.

² López-Medina, Diego, “El nacimiento del Derecho Comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: Instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Vol. 13, Núm. 27 (2015), pág. 120.

evaluación del prestigio intelectual que los productos normativos³; para, más tarde, extender el relevamiento a los demás sistemas jurídicos que comparten similares valores y una concepción general sobre la forma de entender el rol que el derecho desempeña en una sociedad⁴. Por ello, en la actualidad, un legislador responsable⁵, no puede prescindir “del trabajo comparativo previo (...), pues sólo mediante el conocimiento completo de lo que tiene vigor en el extranjero, se obtiene el ‘acopio de provisiones’ (...) disponible para una determinada tarea social”⁶.

Una buena muestra de esto lo representan los trabajos previos de Derecho comparado que precedieron a la 2ª Ley para la reforma

³ Dubois Léa, “Propos introductifs sur la circulation des modèles normatifs: tentative de définitions”, en *La circulation des modèles normatifs*, Sous la direction de PAUL BOURGUES et CAMILLE MONTAGNE, Presses Universitaires de Grenoble, 2017, pág. 23. En igual sentido se pronuncia Somma, Alessandro, *Introduzione al Diritto comparato*, Editori Laterza, Roma, 2014, pág. 125: “In letteratura si suole dire che la scelta del modello da imitare dipende prevalentemente da ‘una qualità che non sappiamo come chiamare, se non con il nome prestigio’”.

⁴ Serra, Francisco, “La actualidad del derecho comparado”, en Pedro Aullón Haro (Editor), *Metodologías comparatistas y Literatura comparada*, Clásicos Dykinson, Madrid, 2012, págs. 185-186.

⁵ El adjetivo se justifica porque las investigaciones sociológicas sobre el proceso de formación de las leyes penales ponen en evidencia, cada vez más, que los grupos de expertos suelen ser marginados en esa actividad, siendo reemplazados por ciertos grupos de interés (v.gr. la prensa, que reproduce discursos de víctimas del delito); con lo cual, las bondades que se pueden derivar de la mayor capacitación que aquellos grupos tienen para esta faena (entre ellos, la conciencia de la importancia de investigaciones empírico criminológicas y de derecho comparado) terminan por privar, al producto legislativo final, de esa experiencia. Este fenómeno, y su impronta sobre la teoría de la legislación, es analizado por Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, págs. 34-35. El autor enfatiza el carácter negativo que suelen tener, en este aspecto, los mass media al expresar: “Se da por buena una visión simplificada y superficial de la realidad social y de las consecuencias de su intervención en ella, lo que supone un notable descenso de las exigencias relativas al grado de análisis y reflexión de los problemas sociales preciso para poder justificar una intervención legislativa penal (...)”.

⁶ JESCHECK, HANS – HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4ª Edición, Ed. Comares, Granada, 1993, pág. 38.

del Derecho Penal Alemán, del 4 de julio de 1969, que modificó integralmente la Parte General del Derecho Penal material. En efecto, La preparación de esta reforma comenzó en 1953, bajo la iniciativa del entonces Ministro Federal de Justicia, Thomas Dehler. Él dio principio a esta gran empresa pidiendo informes a los principales penalistas alemanes acerca de los problemas fundamentales de la reforma, y encargado al Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg “la elaboración de amplios informes comparativos de la parte general y de la parte especial del Derecho penal”⁷.

Ahora bien, el estudio de experiencias foráneas no implica la simple importación de soluciones ni la imposición de sus figuras, “si no el estudio de la idoneidad de instituciones extranjeras a las necesidades o problemas nacionales”⁸. Por eso, acertadamente, se ha señalado que un estudio comparativo no pretende copiar soluciones de propuestas extranjeras, sino adquirir ideas que puedan traer una solución de instituciones similares, susceptibles de ser trasplantadas y adaptadas a las condiciones locales⁹.

⁷ BERISTAIN, ANTONIO, “La reforma del Código penal alemán”, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Año 1969 - Número 2, Madrid, pág. 372.

⁸ Mancera Cota, Adrián, “Consideraciones durante el proceso comparativo”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N°121, Enero de 2008, pág. 222.

⁹ En este sentido se pronuncia TALLON, DENIS, “Comparative Law: Expanding Horizons”, The Journal of the Society of Public Teachers of Law, vol. X, 1968-1969, London págs. 265-272. MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, “El cambio social y el Derecho Comparado”, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, año XLIV, Córdoba, Enero – Diciembre de 1980, págs. 209-210, lo ha señalado con claridad: “Ese es el gran valor del Derecho Comparado, que nos permite contemplar las grandes corrientes de evolución jurídica, y aprovecha el ejemplo de las experiencias vividas en otros países, sin descuidar de ninguna manera los particularismos propios de la idiosincrasia de cada pueblo, cuya tradición tiene peculiaridades que harán que esas figuras reciban matices diferentes (...)”. La precaución es natural por cuanto las experiencias jurídicas extranjeras son conceptos que se trasladan sin sus contextos y que, por tanto, la recepción de las mismas, tiene particularidades que no pueden ser ignoradas.

De lo expresado hasta aquí se puede inferir que este uso del Derecho comparado, en estos casos, está íntimamente vinculado con el fenómeno de la circulación de los modelos normativos y, en consecuencia, con las delicadas cuestiones que dicho concepto supone.

La circulación se produce en diferentes escalas; pudiendo concretarse en la inspiración que, respecto de un determinado sistema receptor, produce una institución jurídica extranjera en particular¹⁰. Sin embargo, como lo plantea Dubois, esta situación genera innumerables preguntas; las que traducen dificultades diversas. En efecto: “¿Cuáles son los instrumentos por los cuales se lleva a cabo esta circulación? ¿Cuáles son los factores que pueden explicarlas? ¿Cómo se imponen ciertos modelos normativos a los demás? ¿Cómo pueden participar los intercambios legales para mejorar o instrumentalizar la ley? ¿Cómo y por qué un Estado elige importar un nuevo modelo? ¿Cómo se adapta ese modelo?”¹¹; son algunos de los interrogantes que un legislador atento debiera formularse y responder, antes de hacer su propuesta normativa, inspirada en preceptos extranjeros.

A lo recién expresado debe añadirse otro recaudo no menor, agudamente señalado por Somma: “No hace falta decir que la imitación de la ley extranjera, si no toma en cuenta el contexto en el que sus principios y reglas han madurado, o si lo hace de manera superficial, está destinada a resultar en una falla o al menos está condenado a producir resultados muy distantes de aquellos prefigurados por los imitadores”¹².

II.2. La comparación y la aplicación del derecho extranjero

La comparación también es útil para los operadores jurídicos locales que, por diversas razones, deban interpretar o aplicar un derecho extranjero. En este sentido los usos que puede hacerse del Derecho

¹⁰ MURE, AURÉLIE, “La circulation des modèles normatifs: la class action à la française”, en *La circulation...*, op. cit., pág. 36.

¹¹ DUBOIS LÉA, “Propos introductifs sur la circulation des modèles normatifs: tentative de définitions”, en *La circulation des modèles normatifs*, op. cit., pág. 31.

¹² SOMMA, *Introduzione...*, op. cit., pág. 54.

comparado son plurales. A continuación –sin ánimo de ser exhaustivos– visualizaremos algunos casos:

a) Las normas jurídicas que reglan la extradición suelen incluir, entre los requisitos necesarios para que ésta resulte procedente, la necesidad de que se verifique el denominado principio de doble tipicidad o reciprocidad de la incriminación¹³. Por tal se entiende que, el hecho por el que se solicita la extradición, esté tipificado como delito, tanto en la legislación del Estado requerido como en la del Estado requirente. El principio en cuestión –que se encuentra receptado en la ley de cooperación penal internacional argentina (arts. 6 y 7, Ley N° 24.767)– exige comprobar la tipicidad de los hechos, de conformidad al derecho de ambos Estados. Y tal comprobación exige conocer el derecho extranjero¹⁴. Desde luego que no se trata de un somero conocimiento formal de aquel derecho. En efecto, dicho principio requiere esclarecer, en primer lugar, el punto de vista de cada uno de los derechos extranjeros involucrados en el proceso de extradición y, a partir de allí, un esfuerzo por determinar las coincidencias y discordancias en las estructuras jurídicas en

¹³ Pradel, Jean, “El derecho penal comparado. Breves reflexiones sobre una disciplina del futuro”, en Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coordinadores), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Vol. 1, 2001, pág. 480. Esta exigencia, sin embargo, se ha visto relativizada en ciertos ámbitos jurídicos. Así, el art. 2º, apartado 2º, de la Decisión marco relativa a la euro-orden suprime el control del requisito de la doble tipificación. La Decisión, sin embargo, generó ciertos cuestionamientos, los que fueron desestimados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, a través de la sentencia de 3 de mayo de 2007, en el asunto *Advocaten voor de Wereld v. Leden van de Ministerraad* (as. C-303/05). Al respecto, cfr. Sánchez Legido, Ángel, “La Euro-Orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, en Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), ISSN-e 1697-5197, N° 14, 2007. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/185603>. Accedido: 26/7/2016.

¹⁴ De hecho, algunas legislaciones imponen que la solicitud formal de extradición vaya acompañada de una copia de los textos legales que resulten aplicables. Así, por ejemplo, en España, el art. 7,1 c), de la Ley de Extradición Pasiva (N° 4/1985, del 21 de marzo), de forma paralela al art. 12,2 c), del Convenio Europeo de Extradición.

cuestión. En tal sentido, lo verdaderamente relevante es que la conducta delictiva sea subsumible en algún tipo penal de la legislación del Estado requerido, sin que sea necesaria la coincidencia terminológica de la figura, aunque sí es menester que concurran todos los elementos –tanto objetivos como subjetivos– de los tipos incluidos en ambos ordenamientos jurídicos. Se trata de un verdadero trabajo de microcomparación¹⁵.

La profundidad que exige esta indagación y, en consecuencia, el valor que, a su respecto, tiene la utilización del método comparativo, se torna evidente frente a algunos supuestos problemáticos.

Veamos algunos ejemplos.

El derecho penal material de los Estados encuadrados en la tradición del common law, no está contenido, por regla, en leyes en sentido formal (statutes, Acts of Parliament). En estos casos se ha considerado que “el requisito de la doble incriminación se cumple cuando el hecho resulta punible conforme a una norma en vigor (incluyendo los correspondientes precedentes jurisprudenciales) y, consecuentemente, (...) [se exige] un informe jurídico sobre todo el derecho extranjero que resulte aplicable, tanto si es escrito como si no lo es”¹⁶.

Otra situación que requiere del auxilio de nuestra disciplina sucede cuando los hechos delictivos por los que se solicita la extradición constituyen varios delitos autónomos en el derecho interno del Estado requirente, mientras que en la legislación penal sustantiva del otro Estado se configuran como un subtipo agravado de un único delito. Tal sucedería, en opinión de García Moreno, con el delito de tráfico de estupefacientes agravado por haberse cometido por un grupo organizado –arts. 368 y 369,1, 2ª CP Español– que

¹⁵ Al respecto, Cesano, *Derecho penal comparado...*, op. cit., pág. 34.

¹⁶ García Moreno, José Miguel, “Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio Europeo de Extradición”. Disponible en: http://www.elder echo.com/ penal/consi deraciones-E spana-Conven io-Europe o-Extra dicion_1 1_54643 0003.html. Accedido: 26/7/2016. En sintonía con lo expresado, en la jurisprudencia española, la Audiencia Nacional Sala de lo Penal, sec. 4ª, A 5-2-1999, nº 5/1999, señaló: “Los hechos constituyen en el Reino Unido un delito de asesinato de definición jurisprudencial británica y, en España, un delito del art. 406.1ª del Código Penal (...) vigente cuando los hechos ocurrieron, o en los arts. 138 y 139 del Código Penal [del Código vigente al momento del requerimiento]”.

constituye dos delitos distintos en la legislación sustantiva italiana y de otros estados europeos: tráfico de drogas y asociación ilícita para la comisión del tráfico de drogas. “En estos casos la jurisprudencia española ha evolucionado desde una posición inicial que, al amparo del principio de doble incriminación, consideraba inviable la concesión de la extradición por el delito no tipificado por el ordenamiento español de forma independiente hasta una corriente más reciente (y consolidada) que considera suficiente, a los efectos de conceder la extradición, que los distintos hechos que fundamentan la petición de extradición estén tipificados en ambos ordenamientos, independientemente de que no exista identidad de tipos, y aunque en el derecho español dichos hechos integren un subtipo respecto del tipo básico de la figura delictiva correspondiente”¹⁷. Indudablemente, tales constataciones sólo pueden arribar a soluciones satisfactorias con ayuda de una evaluación de los preceptos en juego, con el método propio de la comparación.

b) El comparatismo resulta, también, de gran utilidad cuando el órgano jurisdiccional de un Estado, en caso de conflicto entre normas, deba aplicar preceptos de un ordenamiento jurídico extranjero¹⁸.

Ejemplificaremos este uso a partir de sendos ejemplos, tomados del ámbito jurídico penal y del Derecho privado.

Desde la óptica del Derecho penal, se ha indicado que los problemas actuales “exigen que el derecho se nutra de los principios vigentes en todas sus instituciones, cualquiera fuera la rama de la ciencia jurídica que las contenga. En ese marco, el examen de casos en los que puede postularse real o eventualmente la aplicación de distintos ordenamientos jurídicos nacionales obliga a reparar en el sistema de solución de conflictos y aplicación de leyes que utiliza la ciencia del derecho internacional privado”¹⁹. Ante tal caso surge la

¹⁷ García Moreno, “Algunas consideraciones (...)”, op. y loc. cit. en nota anterior.

¹⁸ Cashin Ritaine, Eleanor (et. Al. Eds.), *Legal Engineering and Comparative Law*, Schulthess Verlag, Zurich, 2009, pág. 11

¹⁹ Antonini, Mónica A., *Aplicación extraterritorial de la ley penal y derechos humanos. Un nuevo sistema de reconocimiento e integración de órdenes jurídicos para la regulación de casos penales extranjeros como garantía de derechos*, Ed. Ad. Hoc, Bs. As., 2014, pág. 333.

cuestión de cómo debe resolverse la aplicación de la ley extranjera: la remisión que haga la ley al derecho extranjero ¿supone el llamado a la aplicación literal de la regla jurídica foránea o la convocatoria a todo el orden jurídico que la integra? A nuestro ver, la respuesta debe construirse a partir de la segunda opción. Por tanto, la remisión no debe limitarse a la exclusiva letra de una norma incluida en la ley penal, “sino a todo el sistema jurídico que la integra, es decir: comprende también la remisión a las garantías constitucionales y judiciales en las que dicha ley penal foránea se integra (...)”. Es, lisa y llanamente, la aplicación de la teoría del ‘uso jurídico’ en el contexto de un sistema penal de relaciones entre ordenamientos jurídicos²⁰. Este criterio, a su vez, necesita del auxilio del método comparativo, en la medida en que el concepto de uso jurídico supone que cuando un operador judicial declara aplicable a una controversia un derecho extranjero, deberá darle el mismo tratamiento de fondo que, con el máximo grado asequible de probabilidad, le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable²¹.

Por su parte, desde la perspectiva del Derecho privado también puede apreciarse el valor del método comparado. En este sentido Zweigert y Kötz ejemplifican este uso en la “aplicación de sistemas extranjeros indicada por las leyes de conflicto del sistema nacional”²². “Supóngase” –continúan los autores alemanes– “que en un testamento regido por la ley inglesa, se designa a una viuda ‘propietaria vitalicia’, o bien, un tercero es nombrado ‘fiduciario’. De alguna forma es necesario traducir estos términos al lenguaje del sistema legal que rige el destino de la herencia”²³.

²⁰ Antonini, Aplicación extraterritorial..., op. cit., pág. 363.

²¹ Mosciati Olivieri, Piero Bruno, “La aplicación del derecho extranjero. Teoría del uso jurídico”, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 20, N° 1 (Enero-Abril 1993), pág. 39. Y, enseguida, el autor señala: “Por consiguiente, la norma de conflicto ordena no el aplicar un Derecho extranjero, sino imitarlo, puesto que, al referirse la norma de colisión a la sentencia probable del juez extranjero, ‘exige del juez nacional que compruebe lo que los jueces extranjeros declaran como Derecho en su patria respectiva’ (...)”.

²² Zweigert, Konrad - Kötz, Hein, Introducción al Derecho comparado, Oxford University Press, México, 2002, pág. 8.

²³ ZWEIFERT - KÖTZ, Introducción al Derecho comparado, op. cit., pág. 8.

II.3. El Derecho comparado y la interpretación del derecho local

También el método comparado puede utilizarse como canon interpretativo del derecho propio del operador.

Alexy señala que en los argumentos comparativos “se toma como referencia, en lugar de un estado de cosas jurídico anterior, uno de otra sociedad. La forma de argumento recién mencionada puede transformarse, mediante una pequeña modificación, en una de tipo comparativo. Una forma tal de argumento comparativo incluye, precisamente como en la del argumento histórico, además de numerosas premisas empíricas, al menos una premisa normativa”²⁴.

Desde luego que esta forma argumental no puede utilizarse para pasar por alto principios legislativos locales inequívocos: en ningún sistema legal puede contravenirse el principio del respeto a su legislación vigente²⁵. Sin embargo, cabe plantear esta cuestión cuando existen algunas dudas interpretativas; especialmente cuando estos argumentos se emplean en conjunción con los métodos de interpretación usuales, con lo cual se confirman o refuerzan los resultados que se alcanzan por la vía tradicional²⁶. Veamos, a través de un ejemplo, la forma en que puede utilizarse esta forma argumental.

Al interpretar el 1º párrafo, del art. 55 de la Ley Nº 24.051, que prevé, en Argentina, el delito de contaminación, adulteración o envenenamiento doloso mediante la utilización de residuos peligrosos²⁷, el operador jurídico concluye que la figura analizada constituye un tipo de peligro concreto. Para llegar a esta afirmación argumenta haciendo referencia al texto del viejo art. 347 bis del Código Penal español; el cual, al exigir la “puesta en peligro grave (de) la salud de las

²⁴ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 230-231.

²⁵ ZWEIGERT - KÖTZ, Introducción al Derecho comparado, op. cit., pág. 19.

²⁶ ZWEIGERT - KÖTZ, Introducción al Derecho comparado, op. cit., pág. 20.

²⁷ Dispone dicha norma: “Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”.

personas”, estructuraba, según la doctrina prevaleciente de la época, un tipo de aquella modalidad (peligro concreto). Cuando se razona de esta manera se está haciendo uso del método comparado, ya que la interpretación de la norma se vale un modo argumental empleado, en situaciones semejantes, en otros sistemas jurídicos²⁸ (en el caso el español), partiendo de una premisa normativa (el viejo art. 347 bis y la interpretación que de él realizara la doctrina) para aplicarlo a la tarea hermenéutica de una figura doméstica, cuya estructura lingüística resulta semejante (art. 55 de la Ley N° 24.051)²⁹.

El Derecho comparado, asimismo, suele ser utilizado en la interpretación del derecho constitucional propio. Se trata de una práctica bastante extendida³⁰. En este sentido, se observa un proceso de dialogo entre Cortes o Tribunales Supremos en virtud del cual los jueces, cada vez más, tienen en cuenta los enfoques adoptados por otros tribunales respecto de problemas similares, especialmente en materia de derechos humanos³¹. Este uso del derecho constitucional

²⁸ Serra, “La actualidad...”, op. cit., pág. 186.

²⁹ Hicimos esta interpretación, apelando al argumento comparativo, en Cesano, José Daniel, “Consideraciones político criminales y dogmáticas en torno a la ley de residuos peligrosos”, en Fabián I. Balcarce (Director), Derecho Penal Económico. Parte Especial, T° 2, Ed. Mediterránea, Córdoba, pág. 352 y nota 42.

³⁰ Al respecto, cfr. Pegoraro, Lucio, “La utilización del Derecho Comparado por parte de las Cortes Constitucionales: un análisis comparado”, en EDUARDO FERRER MAC-GREGOR – ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coordinadores), La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T° II, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto Mexicano de Derecho procesal Constitucional – Marcial Pons, México, 2008, págs. 385 / 436, quien analiza los casos de Canadá, Israel, Sudáfrica, España, Italia, Bélgica y Francia. Específicamente para el caso de España, cfr. Santana Herrera, María Soledad, “El Derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, Revista de Derecho Constitucional europeo, Instituto Andaluz de Administración Pública, N°. 14, 2010, pág. 429.

³¹ Una cuestión diversa es el de la utilización, por parte de los tribunales locales de doctrina producida por tribunales supranacionales (V.gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; etcétera). Al respecto, Pradel, Jean, Droit Pénal Comparé, 4e. édition, Dalloz, Paris, 2016, pág. 857, califica este diálogo como “parfois

extranjero en la interpretación constitucional –señala Rivera– “ha contribuido a generar un proceso de migración de ideas constitucionales a través de los distintos sistemas legales. Este proceso de migración (...) ‘está rápidamente emergiendo como una de las características esenciales de la práctica constitucional contemporánea’³².

En Argentina, la Corte Federal suele argumentar a partir del Derecho constitucional comparado. Así es frecuente observar en sus fallos citas pertenecientes a la Corte Suprema de Estados Unidos, al Tribunal Constitucional Alemán, al Tribunal Constitucional Español, a la Cámara de los Lores del Reino Unido, a la Corte Suprema de Canadá, a la Corte Constitucional de Italia, a la Corte Constitucional de Colombia, a la Corte de Casación francesa y al Tribunal Constitucional de Perú³³.

En materia penal, la Corte Federal evidencia estas prácticas. Limitándonos al Derecho penitenciario, ejemplificaremos esta técnica interpretativa con un precedente dictado por nuestra máxima instancia judicial.

En “Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus”³⁴, la Corte tuvo que resolver la siguiente situación: un interno interpuso hábeas corpus por considerar que el Servicio Penitenciario Federal había agravado ilegalmente sus condiciones de detención al violar su correspondencia y afectar sus derechos a la intimidad, privacidad y a una pena con fin resocializador. En tal sentido señaló, como fun-

difficile”.

³² Rivera (h.), Julio César, “El uso del derecho comparado en la interpretación jurisprudencial”, en Julio César Rivera (h.) – José Sebastián Elías – Lucas Sebastián Grosman – Santiago Legarre (Directores), Tratado de los Derechos Constitucionales, Tº I, Ed. Abeledo – Perrot, Bs. As., 2014, pág. 200.

³³ Rivera (h), “El uso del derecho...”, op. cit., págs. 203/205, y notas 17 a 26, en las que se menciona los fallos de la Corte Federal en donde se utilizan los precedentes de los tribunales extranjeros.

³⁴ Decisorio de fecha 19 de octubre de 1995. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-s uprema-just icia-nacion-fede ral-ciudad-autonom a-buenos-aires- dessy-gustav o-gaston-habe as-corpus -fa95000 316-19 95-10-19 /1234567 89-613-0 005-9ots-eu pmocsollaf>. Accedido: 27/7/2016.

damento de su presentación, que el personal penitenciario le había rechazado una pieza postal que pretendía enviar; precisando, luego, que le eran devueltas sistemáticamente las piezas cerradas que entregaba para su expedición. Sostuvo, asimismo, que la obligación de entregar abiertas las cartas que se proponía despachar, para permitir a las autoridades del penal ejercer la censura de su contenido, contravenía la Ley Penitenciaria Nacional, que sólo prescribe la supervisión de las cartas recibidas pero no las remitidas; todo lo cual viola los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. En sendos votos concurrentes, la mayoría de los ministros de la Corte, al hacer lugar al recurso, diseñaron la trama argumental en derredor a dos coordenadas: a) que los penados conservan todos aquellos derechos que no son expresamente limitados por el contenido de la pena que se ejecuta, de acuerdo a la privación de derechos que define la ley para esa sanción y b) que el fin resocializador que persigue la prisión no puede realizarse adecuadamente si se priva a los internos de toda forma de comunicación con el medio libre. En la fundamentación de ambas premisas se utilizaron fallos de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica; especialmente el precedente “Procurier v. Martínez”. Así, con cita textual de aquel fallo, se dijo: “Los prisioneros son, no obstante ello, ‘personas’ titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso”³⁵; añadiéndose, además: “(...) ‘La correspondencia proporciona uno de los escasos vínculos que los detenidos retienen con sus comunidades o familias, vínculos esenciales para el éxito en su posterior retorno al mundo exterior’ (...)”³⁶.

Indudablemente, el uso de esta técnica interpretativa constituye una forma de argumento de autoridad. En efecto, cuando un juez nacional se encuentra frente a un enunciado normativo de su propio ordenamiento, al poner en práctica una argumentación comparativa, está dotando de significado a ese enunciado a partir del

³⁵ Voto concurrente de los ministros Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano, considerando N° 9.

³⁶ Fundamento Jurídico N° 10, del voto concurrente de los jueces Eduardo Moliné O'Connor, Guillermo A. F. López y Gustavo A. Bossert.

significado que él considera que posee otro enunciado normativo que regula la misma materia pero que pertenece a un ordenamiento jurídico diferente del suyo. “Y la única razón por la que se apela a la regulación establecida en otro sistema jurídico es porque ese sistema es tomado como ‘autoridad’. La fuerza persuasiva de este tipo de argumentación es en principio más bien escasa, aunque depende, como sucede en todas formas del argumento de autoridad, de la autoridad invocada”³⁷. Quizá por esto, la doctrina viene señalando ciertos reparos en relación a la importación de estándares constitucionales delineados por tribunales extranjeros; reparos que exigen una indagación de compatibilidad con el texto constitucional interpretado; debiendo tener presente, en todo caso, el contexto histórico-político e institucional en donde se desarrolla aquella tarea hermenéutica³⁸.

II.4. Los usos del Derecho comparado en los procesos de armonización y unificación legislativa

El comparatismo resulta de gran importancia para los procesos de armonización legislativa³⁹ y, cuando fuese factible, en la conformación de una legislación unificada.

En efecto, ante el alcance de los fenómenos de integración económica y jurídica⁴⁰, el derecho comparado ha adquirido una dimensión esencial y preeminente en el panorama legislativo cotidiano, y no sólo en términos cualitativos, sino también cuantitativos. De hecho, asistimos hoy en Europa a una difícil labor de reactivación académica del derecho comparado, que está íntimamente vinculada a las exigencias de

³⁷ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La Argumentación en la Justicia Constitucional y Otros Problemas de Aplicación en Interpretación del Derecho*, Edición Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, pág. 346.

³⁸ Rivera (h), “El uso del derecho...”, op. cit., págs. 205-206.

³⁹ Se trata de una opinión pacífica. Al respecto, entre otros, cfr. Pradel, “El derecho penal (...)”, op. cit., pág. 480 y Sánchez Lorenzo, Sixto, “El Derecho Comparado en el siglo XXI”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, número conmemorativo 1948-2008, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pág. 1103.

⁴⁰ Fenómeno que, desde luego, no está exento de tensiones si reparamos en el apartamiento de Gran Bretaña de la Comunidad Europea.

construcción de estos espacios jurídicos armonizados⁴¹. La armonización presupone cierta compatibilidad y el Derecho comparado es el medio más importante para realizarla⁴².

Esta tendencia a la armonización, en lo que atañe al derecho penal europeo, ha sido descrita por Pradel al señalar que “[c]on el aumento del crimen, especialmente en su forma internacional, y con el desarrollo de las relaciones entre los Estados, la etapa de recepción parece, por lo tanto, superada. Dado que los legisladores ya no están dispuestos a confiar en otras experiencias específicas para hacer valer sus derechos, también planean establecer una cierta armonización entre aquéllos, basada en la existencia de un ‘fondo común’, que es en sí mismo un reflejo de una verdadera identidad cultural. Pasamos de la recepción, lo que implica una supuesta superioridad de un derecho sobre otro, a una sana armonización consentida libremente por todos los Estados interesados con un espíritu de igualdad”⁴³.

Por su parte, Von Bar, al analizar el rol que pueden cumplir los tribunales de justicia en pos de estos procesos de armonización, explica que: “[s]e daría un inmenso paso si las instancias supremas de los estados que componen la Unión Europea aceptaran la idea de la autoridad persuasiva, si se sintieran compelidos a investigar si el caso que se les presenta no ha sido ya dirimido en otro país de la Unión, y si, suponiendo que hubiera una ‘idea europea dominante’ al respecto, tuvieran que confesar que se vieron impedidos de adoptarla debido al estado actual de sus leyes. Si nuestros tribunales se imbuyeran de un espíritu europeo, su capacidad de discernimiento se vería enriquecida notablemente, y si el derecho, al igual que otras disciplina dignas del nombre que reciben, se abrieran al mundo, se generaría una posibilidad mucho mayor de recuperar a la élite intelectual de cada país”⁴⁴.

⁴¹ Sánchez Lorenzo, “El Derecho Comparado (...)”, op. cit., pág. 1102.

⁴² Pradel, “El derecho penal (...)”, op. cit., pág. 480.

⁴³ Pradel, Jean, *Droit Pénal Comparé*, op. cit., pág. 1047.

⁴⁴ Von Bar, Christian, “Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, págs. 221–232. En idéntica Dirección, ZWEIGERT - KÖTZ, *Introducción al Derecho comparado*, op.

La unificación legislativa (como, v.gr., sucede con algunas instituciones de la Unión Europea)⁴⁵ constituye una aspiración de un grado superior a la aludida armonización; aspiración que, en oca-

cit., pág. 22, expresan que: “Cuando los magistrados de una instancia superior enfrentan un problema de principio difícil, lo más probable es que se equivoquen al desechar soluciones y argumentos que se han propuesto o adoptado en otros países simplemente porque parecen emanar de tribunales y autores extranjeros. El presidente Odersky, de la Bundesgerichtshof, estaba en lo correcto cuando señaló lo siguiente: ‘Al emitir una opinión, el magistrado nacional no sólo tiene derecho a considerar los conceptos de otros tribunales y sistemas jurídicos; también puede, al aplicar sus propias leyes y, en consecuencia, brindar prioridad a la elaboración y el desarrollo de éstas, tener en mente que una solución particular conduce a la armonización del derecho europeo. En los casos apropiados, este argumento le permite, a fin de cuentas, adoptar las soluciones de otros sistemas legales, por lo que se trata de un argumento al que deberá recurrir con frecuencia cada vez mayor a medida que avance la integración europea’”.

⁴⁵ Señala Serra que el todavía “no concluido proceso de construcción de una Unión Europea con un ordenamiento propio, que aspira a convertirse en el punto de partida de los sistemas jurídicos de los Estados nacionales y que se ha servido para ello de la utilización del método comparatista está en relación con una pretensión más amplia, que es la de llevar a cabo una auténtica unificación jurídica, que ya ha empezado a realizarse sobre todo en el ámbito del derecho privado” (Serra, “La actualidad...”, op. cit., pág. 188). En el ámbito del derecho público, sin embargo, esta tentativa parece más difícil. Tales dificultades, empero, no han impedido que ya se ensayen algunos espacios comunes en el derecho europeo. Así, por ejemplo, La Constitución Europea determina (art. III-172) que a través de las leyes marco europeas se pueden establecer normas mínimas para la determinación de los tipos y de las penas en ámbitos de criminalidad especialmente graves, que tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Por tales ámbitos de criminalidad se entiende: el terrorismo, tráfico de personas, tráfico ilícito de drogas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y criminalidad organizada, entre otros (Hirsch, Hans Joachim, “Internacionalización del Derecho Penal y de la Ciencia del Derecho Penal: Ciencia del Derecho Penal nacional y universal”, *Revista penal*, ISSN 1138-9168, N° 17, 2006, pág. 166. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/272/262>. Accedido: 24/7/2016).

siones, se torna difícil por razones diversas⁴⁶. En este sentido, la unificación legislativa no puede alcanzarse simplemente invocando un derecho ideal respecto de cualquier tema y esperando que se le adopte. Primero que nada, “hay que identificar los elementos comunes de las jurisdicciones a fin de integrarlos al derecho uniforme. Cuando haya diferencias en determinadas áreas, hay que reconciliarlas, ya sea adoptando la mejor variante de que se disponga o ingeniendo, con métodos comparativos, una solución que resulte mejor y se aplique con más facilidad que las opciones existentes”⁴⁷.

Detengámonos un instante para ejemplificar la situación con el Derecho penal económico.

Actualmente, en ciertos Estados Europeos, es posible observar el nacimiento de una auténtica red normativa compleja, nacional, comunitaria e internacional. “Se asiste así a un entrelazado reticular de fuentes de producción normativa (...) y a un pluralismo horizontal y vertical de esas mismas fuentes y de sus respectivos universos culturales. Fuentes – derecho, fuentes – hecho y fuentes – institución se encuentran en la *law in action*: ley y derecho, y, por tanto, también judicatura, Tribunal Constitucional, Derecho comunitario, y por tanto, reglamentos, directivas, decisiones marco, etc., y, además, tratados y jurisprudencia internacional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Tribunales penales internacionales, práctica y categorías extranjeras, derechos extranjeros utilizables en la actividad de comparación cultural y judicial, etc.”⁴⁸.

Esta diversidad y pluralismo actual del sistema de fuentes con respecto al pasado, introdujeron un perfil particular en relación al papel de la comparación, que se ilustra con la función que estamos analizando. Donini, para el caso Europeo, define la especialidad de este rol: la función del derecho comparado ya no es tanto la de co-

⁴⁶ Pradel, “El derecho penal (...)”, op. cit., pág. 480.

⁴⁷ ZWEIGERT – KÖTZ, Introducción al Derecho comparado, op. cit., pág. 26.

⁴⁸ Donini, Massimo, “¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico”, Nuevo Foro Penal, N° 65, 3ª época, Año I, Mayo – Agosto 2003, Universidad EAFIT, Medellín, pág. 106.

nocer los sistemas de otros países por motivos de carácter dogmático (interpretación del propio sistema) o de política legislativa, sino que, hoy, la “comparación se ha convertido en la base epistemológica necesaria para la construcción de un derecho europeo común, es decir, para la armonización jurídica”⁴⁹.

Desde luego, que estos procesos de armonización resultan complejos.

En efecto, en primer término, no podemos dejar de señalar las profundas diferencias que existen entre las distintas regiones geográficas en que pretenda llevarse a cabo. No es lo mismo, por ejemplo, la Unión Europea que el Mercado Común del Sur⁵⁰.

Pero, además, se han señalado diversas dificultades para poner estos procesos en práctica; dificultades que comprenden aspectos tan variados como: a) la coexistencia de ordenamientos positivos que responden a familias jurídicas diversas (tal como sucede en Europa con el Derecho penal anglosajón y Romano-Germánico); b)

⁴⁹ Donini, Massimo, “Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI”, en Santiago Mir Puig – Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores) – Víctor Gómez Martín (Coordinador), *La política criminal en Europa*, Ed. Atelier, Barcelona. 2004, pág. 47.

⁵⁰ Las diferencias entre ambas regiones son muy marcadas. En efecto, los métodos de acción utilizados por la Unión Europea representan la experiencia más avanzada en materia de formación de una voluntad política y legislativa común en el seno de un grupo de Estados sólidamente estructurados. En tal sentido, en el plano institucional “la Unión Europea realiza una combinación entre las técnicas de intergubernamentalidad y supranacionalidad. En el plano estrictamente jurídico, la integración europea se caracteriza por un ordenamiento jurídico autónomo, basado en la primacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales y en la posibilidad de recurrir a la jurisdicción para la aplicación de esas normas (invocabilidad en justicia)” (Cfr. Ventura, Deisy, *Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional*, Edición Konrad Adenauer Stiftung -Oficina Uruguay-, Montevideo, 2005, pág. 54). Estas grandes líneas del derecho comunitario Europeo no encuentran ningún eco en los contornos jurídicos del Mercosur, básicamente por dos razones: en primer lugar, porque el Mercosur adopta una estructura institucional visiblemente minimalista y, en segundo término porque el bloque no es dotado de un ordenamiento jurídico autónomo; con lo cual constituye más bien un fenómeno de derecho internacional público clásico (Ventura, *Las asimetrías...*, op y loc. cit.).

tensiones constitucionales entre los Estados miembros (v.gr. con relación al diferente valor asignado a la norma comunitaria con relación a la ley constitucional de los Estados que integran la región, como sucede en el Mercosur)⁵¹ y c) el diferente estado de evolución en lo concerniente a las mismas materias por parte de las legislaciones de los Estados que conforman la región⁵².

Sin desconocer estas dificultades, es también innegable que el Derecho comparado constituye, en estos procesos, un elemento central. Robert y Usunier describen, en este sentido, lo que han denominado *Du bon usage du droit comapré*⁵³; explicando, con lucidez, el rol que se reserva a esta disciplina en los procesos de integración. En la opinión de estos autores, el Derecho comparado puede ser utilizado en dos momentos: uno, vinculado con la necesidad de la integración, anterior a que los Estados tomen una decisión favorable a este proceso y, un segundo, que se relaciona con la elaboración de aquella decisión –esto es, con su concreción–, colaborando en la determinación de las modalidades de realización⁵⁴.

⁵¹ Como ocurre, por ejemplo, en el Mercosur, con la estructura constitucional argentina en donde, ciertas garantías constitucionales vinculadas con el sistema penal no podrían ser desconocidas por la legislación comunitaria. Al respecto, cfr. Cesano, José Daniel, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2008, págs. 52/58.

⁵² Piénsese, por ejemplo, en la regulación de la criminalidad informática entre los distintos Estados que conforman el Mercosur. Al respecto se ha señalado que la protección penal en este ámbito “presenta una serie de asimetrías entre los estados miembros (...). Esto se visualiza desde lo formal, en el distinto modo en que se aproximarán a las necesarias actualizaciones legislativas y, desde lo material, en la diferente consideración de algunos problemas o la directa ignorancia de ellos” por parte de algunos de los países socios (Cfr. Riquert, Marcelo Alfredo, “Protección contra la delincuencia informática en el Mercosur”, en David Baigún – Nicolás García Rivas, Directores, *Delincuencia económica y corrupción*, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, pág. 343).

⁵³ Robert, Véronique – Usunier, Laurence, “*Du bon usage du droit compare*”, en *Critique de l'intégration normative. Sous la direction de Mireille Delmas – Marty*, PUF, Paris, 2004, pág. 227.

⁵⁴ ROBERT – USUNIER, “*Du bon usage du droit compare*”, op. cit., págs. 227-228.

En la primera etapa, el comparatismo deberá, por una parte, revelar las diversidades que pueden subyacer en los ordenamientos jurídicos que pretenden integrarse, en tanto dicho proceso supone “el deseo de coordinar, más o menos estrechamente, la diversidad de los derechos”⁵⁵. Asimismo, el Derecho comparado constituye un valioso instrumento para evaluar la oportunidad de aquella integración⁵⁶.

Una vez que la necesidad de la integración se ha decidido, debe determinarse la modalidad para que ésta se efectivice. Y aquí, nuevamente, el Derecho comparado cumple una tarea relevante “porque puede usarse para guiar la elección de las modalidades de la integración. Más que una simple herramienta de información, es una herramienta real de evaluación crítica que se supone debe garantizar que las modalidades de integración se adaptarán a los ordenamientos jurídicos integrados, respetando su diversidad”⁵⁷. En este sentido, la intervención del comparatismo se proyecta sobre dos ámbitos que se complementan: a) la determinación del grado de integración deseable (esto es: una armonización o una unificación)⁵⁸ y, en su caso, b) la elaboración de la norma comunitaria⁵⁹.

III. Reflexiones conclusivas

Si la ciencia jurídica pretende aumentar el conocimiento del Derecho, en tanto fenómeno normativo regulador de la vida social, las utilidades que reporta el Derecho comparado son muy significativas. En efecto, la ciencia jurídica comprende no sólo las técnicas de interpretación,

⁵⁵ ROBERT – USUNIER, “Du bon usage du droit compare”, op. cit., pág. 228.

⁵⁶ ROBERT – USUNIER, “Du bon usage du droit compare”, op. cit., pág. 229.

⁵⁷ ROBERT – USUNIER, “Du bon usage du droit compare”, op. cit., pág. 232.

⁵⁸ ROBERT – USUNIER, “Du bon usage du droit compare”, op. cit., pág. 233.

⁵⁹ ROBERT – USUNIER, “Du bon usage du droit compare”, op. cit., pág. 235.

los principios, las reglas y las normas de un sistema nacional, sino que también se orienta al descubrimiento de modelos para prevenir o resolver conflictos; y en esta última dirección, el valor que representa el uso del método comparado se torna evidente. Es que, a través de los métodos propios de esta disciplina se puede detectar una “gama de soluciones mucho más amplia que una ciencia consagrada a un solo país, por la sencilla razón de que los diferentes sistemas del mundo pueden aportar una mayor variedad de soluciones de las que podría concebir, en toda una vida, el jurista más imaginativo y especializado en su propio sistema”⁶⁰. Dicho en otras palabras: “[e]l derecho comparado es una école de vérité que intensifica y enriquece la ‘oferta de soluciones’ (...), pues proporciona al estudioso con talento crítico la oportunidad de hallar la ‘mejor solución’ a las situaciones de su tiempo y su lugar”⁶¹.

Desde luego, que esta tarea no es sencilla y que tiene una serie de resguardos y cuidados que deben respetarse para que el uso del comparatismo produzca resultados apropiados. Los aspectos que se han analizado en este trabajo, constituyen no sólo una sistematización de aquellos principales usos sino que, además, ha pretendido remarcar ciertas cuestiones que se vinculan con las prudencias propias que requiere el análisis comparativo.

⁶⁰ ZWEIGERT – KÖTZ, Introducción al Derecho comparado, op. cit., pág. 17.

⁶¹ ZWEIGERT – KÖTZ, Introducción al Derecho comparado, op. cit., pág. 17.

La teoría de las consecuencias naturales y probables en el exceso de autoría

Ensayo sobre derecho norteamericano

DIEGO A. PERETTI ÁVILA*

* Abogado, Doctor en Derecho de la U.N.C., Profesor de Derecho Penal – Parte General– y miembro titular del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Dirección electrónica: diegoperetti09@hotmail.com.

Palabras preliminares

El trabajo con el que se encontrará a continuación, estimado lector, consta en su desarrollo de partes fundamentales a saber: la primera es una traducción llevada a cabo del trabajo de Sean Wilkins, en virtud del comentario que éste realiza del caso “Robinson”, resuelto por la Corte Suprema del Estado de Michigan en el que se aplicó – a los fines de analizar la participación en el delito de homicidio de Kevin Robinson– el criterio pronóstico de “las consecuencias naturales y probables”.¹ La primera etapa concluye con la transcripción del nombre del autor al pie del escrito, como figura en la obra original en idioma inglés. La parte segunda, que consiste en un intento de llevar a cabo un análisis y encuadramiento general de la resolución comentada en el sistema del Common Law que Wilkins, evidentemente, al momento de realizar su trabajo, da por supuesto. Consideré que dicha tarea deviene útil para el lector que desconoce el desarrollo doctrinario general de este sistema tan distinto, pero a la vez tan similar al nuestro –netamente continental–. Finalmente en la tercera parte de este trabajo concluiremos con la expresión de algunas conclusiones finales, a modo de corolario.

Respecto de esta primera sección, he utilizado un criterio de traducción no estrictamente literal de las frases y expresiones empleadas por el autor; pero esto no es más que a los fines de intentar preservar el sentido jurídico de las mismas –ruego a Ud. comprensión si es que encuentra algún vocablo inglés que podría haber sido expresado de una mejor manera en nuestro idioma castizo–. He elegido este método, puesto que considero que es el mejor a los fines prácticos, al decir de San Jerónimo –patrono de mi querida ciudad de Córdoba– quien en el momento de llevar a cabo sus traducciones desarrollaba su tarea “no expresando palabra por palabra, sino sentido por sentido”.

¹ Es mi intención resaltar que se habrá de analizar sólo el fallo correspondiente a la Corte Suprema del Estado de Michigan, dejándose afuera algunos elementos de tipo procesal del Derecho Norteamericano, que, si bien resultan muy jugosos en su análisis y exposición, exceden los fines “sustantivos”, por así decirlo, de esta obra.

En la sección de este trabajo trataremos de realizar un encuadramiento jurídico de la institución en el sistema penal en que se desenvuelve, dejando deslizar, finalmente, algunas conclusiones respecto a su posibilidad de incorporación o utilización en nuestro universo jurídico.

I. Derecho penal – responsabilidad del cómplice – un acusado que tiene la intención de ayudar, facilitar, aconsejar o procurar la comisión de un crimen, es responsable por dicho crimen de acuerdo a las naturales y probables consecuencias del mismo. *People v. Robinson*, 715 N.W. 2D 44 (Michigan 2006)²

Introducción

En el caso *People vs. Robinson* la Suprema Corte de Michigan encontró al Sr. Kevin Robinson culpable en segundo grado del delito de homicidio, basándose en los dos postulados de la participación criminal como son la “ayuda” y la “incitación”: en primer lugar, bajo la teoría de las naturales y probables consecuencias –natural and probable consequences theory–, el Acusado fue encontrado culpable atento a que ayudó a su compañero a cometer asalto agravado en contra de la víctima y, luego, bajo la teoría de las ofensas deliberadas –intended offenses theory–, el Acusado fue encontrado culpable debido a que, en el momento de los hechos, éste obró con la clara intención de infligir grave daño corporal sobre la persona de la víctima.

Bajo la dirección de Samuel Pannell, Kevin Robinson se dirigió en auto, junto al nombrado, hasta la casa de Bernard Thomas, con la intención de “reventarlo a trompadas” –f*** him up–. Una vez que llegaron a la casa, Pannell llamó a la puerta principal. Cuando

² La primera sección de este trabajo es una traducción al español del siguiente artículo: WILKINS, SEAN: “Criminal Law –Accomplice liability– A Defendant who intends to aid, abet, counsel or procure the commission of a crime, is liable for that crime as well as the Natural and Probable Consequences of that crime. *People vs. Robinson*, 715 N. W. 2D 44 (Mich. 2006)” ; publicación: www.heinonline.com –de 85 U. Det. Mercy L. Rev 69 (2007-2008)–.

Thomas abrió, Robinson lo golpeó, desde ese momento Robinson y Pannell continuaron castigando a Thomas hasta que Robinson le dijo a Pannell que “ya era suficiente” y comenzó a caminar hacia el coche en el que habían venido, en el momento en que Robinson llegó al vehículo, escuchó el estampido de un disparo de arma. Thomas falleció como resultado de las heridas producidas por ese disparo.

El Tribunal colegiado –Bench Trial– entendió que Sr. Robinson había cometido asalto agravado sobre la persona de Thomas y lo condenó como responsable de homicidio en segundo grado –second degree murder–, “teniendo en cuenta solamente el elemento del grave daño corporal”, siguiendo la teoría la teoría de la ayuda y la incitación –aid and abetting theory–. La Corte de Apelaciones, por el contrario, revocó el fallo de primera instancia, por entender que existía en la causa insuficiente evidencia que demostrara que Robinson compartía o era consciente de las intenciones homicidas de Pannell. La Corte Suprema de Michigan admitió el recurso interpuesto ante ella –granted leave to appeal– a los efectos de determinar los elementos de la responsabilidad del partícipe y la “mens rea” requerida para basar una intención de “ayuda e incitación” necesaria para configurarse en el caso concreto el homicidio en segundo grado.

Antecedentes –Background–

El Estatuto de “Ayuda e Incitación” –aid and abetting statute–, que forma parte del Compilado de Leyes del Estado de Michigan en su sección 767.39 dispone:

“Toda persona involucrada en la comisión de un delito, ya sea que ésta haya cometido directamente el acto que constituye la ofensa o que haya procurado consejos, ayuda o incitación en la comisión del mismo puede, desde ese momento, ser perseguido, acusado, juzgado y condenado como si éste fuera el que hubiese cometido en forma directa dicho delito”.

Bajo las reglas de este Estatuto “ayuda e incitación” no representa una ofensa sustancialmente distinta, sino que es una teoría de la persecución que permite la imposición de responsabilidad indirecta a los cómplices.

Aplicando este estatuto en los casos precedentes, la Corte Suprema Michigan bosquejó los tres elementos necesarios para condenar a una persona bajo la teoría de la “ayuda y la incitación”: 1) El crimen que es objeto de la acusación fue cometido por el encartado o por alguna otra persona; 2) El acusado llevó a cabo actos o dio apoyo psicológico –give encouragement– que ayudaron en la comisión del crimen; y 3) El acusado –defendant–, en el momento en que estaba prestando su ayuda o apoyo psicológico, tenía voluntad cometer el crimen o era consciente que el principal tenía intenciones de llevar a cabo ese acto delictivo.

Análisis

A. Opinión mayoritaria

La Sección 767.39 fue promulgada a los fines de abolir las distinciones establecidas en el Common Law entre conductas delictivas principales y accesorias.³ La Corte de Michigan determinó que cuando la Legislatura abolió la distinción entre “principales” y “accesorios”, la finalidad fue la de establecer la misma pena para todos los partícipes del hecho delictivo, conforme la finalidad pretendida, en este caso de asalto agravado, la consecuencia natural y probable es (o puede ser)

³ En el Common Law existen cuatro categorías de ofensores por delitos que son, a saber: (1) el Principal en “primer grado” que es quien se encuentra “comprometido en la conducta delictiva” –sería el autor–; (2) el Principal en “segundo grado” que es quien, habiendo estado presente en el momento en que el delito se cometió, prestó su ayuda o indujo a la comisión del mismo; (3) el Accesorio “antes del hecho”, que es quien no se encontraba presente en el momento de la comisión del hecho, pero que prestó su ayuda o llevó a cabo su tarea de inducción antes de la perpetración del delito y, (4) el Accesorio “después del hecho”, que es quien, no se encontraba presente en el momento de la comisión del hecho, pero que prestó ayuda con posterioridad con la finalidad de proteger al delincuente o de facilitar el escape.

la muerte de la víctima. Aplicando esta interpretación del Estatuto, la corte encontró suficiente evidencia respecto del análisis de “ayuda e incitación” a los efectos de revocar el fallo de la corte de apelaciones y postular en su lugar la responsabilidad por convicción de Robinson por el delito de homicidio.

A.1. Las consecuencias naturales y probables

De acuerdo a la teoría de las consecuencias naturales y probables se sostiene que “no puede existir responsabilidad criminal por un hecho si éste no se encontraba previsto dentro de la empresa común ni tampoco en los casos en que se puede prever que acontezca si ocurre un caso fortuito”. En la sentencia de la corte “la consecuencia probable y natural de un plan de asalto agravado es que uno de los actores pueda perfectamente intensificar ese asalto, transformándolo en homicidio”. A pesar de que Robinson dijo “es suficiente” y se retiró de la escena antes del disparo, “la consecuencia probable y natural de dejar solo al enfurecido Pannell con la víctima es que Pannell podría finalmente dar muerte a la víctima”. Aún más, la muerte es una natural y probable consecuencia del asalto agravado, por lo que resulta irrelevante si ésta se produjo como consecuencia de un disparo de arma de fuego o de una paliza. Por lo tanto, Robinson sería responsable por el homicidio en orden a que la muerte es una natural y probable consecuencia del asalto agravado, crimen que Robinson cometió y ayudó a perpetrar.

A.2. Delitos intencionales

A los fines de anular el veredicto de la Corte de Apelaciones, la Suprema Corte halló que el tribunal inferior había malinterpretado el antecedente jurisprudencial relacionado con el significado de la ofensa intencional. La Corte de Apelaciones se basó en la doctrina fijada por el caso “People v. Kelly”⁴ en el que se consagra que “el acusado es responsable por la ofensa que él tuvo intenciones de cometer o ayudar o instigar”, entendiendo con esto que el encartado debe

⁴ People v. Kelly 378 N. W. 2d. 365 (1985).

tener la misma intención del principal. De todos modos, la mayoría del tribunal de alzada entendió que la Corte de Apelaciones malinterpretó la regla sentada en el antecedente “Kelly”, dado que: “simplemente, la regla significa que, como mínimo, el ayudante o instigador es responsable por el crimen que él o ella tenía intenciones de cometer”. Es por esto que, aún bajo la teoría de la ofensa intencional, la convicción debe ser reafirmada a pesar que Robinson no tuvo la intención de dispararle a la víctima, debido a que Robinson tuvo la intención de infligir un grave daño corporal sobre el occiso, lo que es suficiente para configurar una intención de homicidio en segundo grado.

B. Voto en disidencia del Juez Cavanagh

El Juez Cavanagh en su voto está de acuerdo con lo anterior, excepto en lo referente a que “el acusado que tiene la intención de ayudar, inducir, aconsejar o procurar la comisión de un crimen es responsable por el injusto, así como también por las consecuencias naturales y probables que conlleva dicho crimen”. El juez Cavanagh habría afirmado el fallo de la corte de apelaciones debido a que “las naturales y probables consecuencias de esta paliza y la intención del acusado y sus acciones no causaron, en sentido delictivo, esta muerte”. El Juez Cavanagh entendió que el voto mayoritario pasó por alto la determinación de los hechos llevada a cabo por el Tribunal en lo Criminal: el acusado sólo quiso dar una paliza a la víctima, la causa de la muerte fue una herida provocada por disparo de arma de fuego, por lo tanto el acusado no tuvo intención ni supo, en el momento, que Pannell iba a dispararle a la víctima. Más aun, la teoría de las naturales y probables consecuencias de la mayoría “destruye completamente” – “utterly destroys” – el principio que expresa que “no puede existir responsabilidad criminal sin culpa individual”.⁵ Además, a pesar que el elemento “malicia o intención” se encontró satisfecho a los efectos del delito de homicidio en segundo grado, las heridas ocasionadas con la intención de causar grave daño corporal no fueron la causa de la muerte.

⁵ “There can be no criminal liability without individual culpability”.

C. Voto en disidencia del Juez Kelly

El Juez Kelly manifestó en su voto que “un acusado no puede ser condenado como responsable de homicidio en segundo grado según la teoría de la ayuda y la incitación si dicho acusado no tuvo la intención de llevar a cabo el acto que terminó causando la muerte”. El Juez Kelly afirmó que el único modo por medio del cual la mayoría podría llegar a condenar a Robinson es a través de introducir agregados impropios al texto del Estatuto. Aún más, en igual sentido que la corte de apelaciones, el Juez Kelly se habría basado en la determinación de los hechos llevada a cabo por el tribunal en lo criminal para demostrar que Robinson ni sabía ni tuvo intenciones de disparar el arma.⁶ La mayoría extendió en forma impropia el criterio de las naturales y probables consecuencias del acto de golpear a otro al incluir en estas consecuencias a la muerte por disparo de arma de fuego, lo cual se encuentra en conflicto directo con la determinación de los hechos llevada a cabo por el tribunal en lo criminal, puesto que Robinson sólo tuvo la intención de causar grave daño corporal y nada más. Jamás existió la empresa común de matar a la víctima, solamente “reventarlo a trompadas”, lo cual no comporta esencialmente el delito de homicidio.⁷ El Juez Kelly concluyó que, conforme la ausencia de prueba en el sentido que Robinson tuvo la intención de matar a la víctima, la condena por homicidio en segundo grado debió haber sido revocada.

Conclusión

¡Ayudantes e instigadores, tengan mucho cuidado! La actuación de la Corte Suprema de Michigan en el caso “Robinson” es un golpe en la cara a todos aquellos que han estado combatiendo la aplicación –

⁶ Robinson “estuvo de acuerdo” y “entendió” que irían allí sólo a golpear a la víctima, por lo tanto el disparo fue más allá del alcance de lo que Robinson entendió que tenía que pasar; puesto que Robinson solamente tuvo la intención de ocasionar grave daño corporal”. Id. 56.

⁷ “La empresa común fue dar una paliza. El hecho de que Pannell eligió disparar a la víctima en vez de golpearlo hasta la muerte, es dispositivo”. Id. at 59.

en abstracto— de la regla del homicidio en el estado de Michigan. Esta decisión determina como cómplice a quién tiene la voluntad de participar en grupo de una conducta criminal, aun hasta el límite del capricho o antojo de sus consortes delictivos. Una vez que un actor cruzó la línea en función de dirigir su actividad hacia la ayuda o incitación de otro en una conducta delictiva, parecería ser que no puede volver atrás, y el resultado imprevisto de las ayudas prestadas a las partes que puedan caer dentro de las naturales y probables consecuencias de la originaria intención criminal, puede llevar a que el actor tenga que afrontar cargos criminales por resultados no queridos directamente por él mismo. El hecho del por qué las naturales y probables consecuencias se produjeron en la realidad del caso concreto resulta irrelevante (continuar golpeando o disparo de arma de fuego). Esta interpretación del Estatuto de la ayuda e incitación dispone una estricta aplicación que representa una durísima regla de responsabilidad por homicidio. La cruda realidad de este estatuto se traduce en el hecho que aun cuando falte el requisito de la intención de matar en el actor que es un ingrediente normalmente exigido para la configuración del homicidio en segundo grado, éste, de igual manera, puede llegar a resultar condenado.

SEAN WILKINS

II. Análisis del caso de acuerdo a la estructura del derecho penal norteamericano

En esta segunda sección trataremos, como hemos hecho referencia en la introducción, de unirnos al análisis llevado a cabo por el colega Sean Wilkins, a la luz de la teoría de la complicidad que forma parte del esquema jurídico vigente en el Derecho Norteamericano.

Es importante señalar de antemano, que, de acuerdo al sistema constitucional en vigor, en los Estados Unidos de América cada estado tiene la facultad soberana de dictar sus normas penales de fondo y sus correspondientes reglas de procedimiento, siempre con respeto de los principios generales sentados por la constitución de ese país; es por esto que pueden existir, en las diversas ramas del

derecho, profundas diferencias entre las legislaciones correspondientes a los diversos estados sobre un mismo punto.

Si bien esto es así, en relación con la determinación de la responsabilidad del cómplice, la “teoría de las naturales y probables consecuencias” a la que se hace referencia en este trabajo, se encuentra fuertemente arraigada en la práctica de algunos estados de los E.U.A.

Este sistema teórico se ve incluido dentro de lo que es la “aid and abetting theory” –la teoría de la ayuda e incitación– que es un enfoque distinto de la institución de la participación criminal, que elimina el sistema cuatripartito proveniente del Common Law –como ya se desarrolló supra– y que se encuentra contemplado y regulado en diversos estatutos y normas penales vigentes de los estados que adoptan este principio teórico –podríamos citar, a mero título ejemplificativo, junto con el del estado de Michigan, al que ya hizo referencia Wilkins, el de California, que lo regula en la Sección 31 de su Código Penal vigente (Penal Code of California)–.

La teoría de la “ayuda e incitación”, según la Corte Suprema de este último estado norteamericano –in re: “McCoy”–: “sólo determina la responsabilidad de ayudantes e incitadores de acuerdo a las acciones de complicidad llevadas a cabo por ellos mismos. Esto elimina la necesidad de decidir quién fue el ayudante e incitador o cuál era la extensión del rol desempeñado por cada uno”⁸.

Según este punto de vista el partícipe –aider and abettor– responde en un plano de igualdad junto con el autor; a diferencia del sistema tradicional del Common Law, en el cual la responsabilidad del cómplice se distinguía de la del autor material –primary perpetrator–.

Larry M. Lawrence II, al respecto expresa: “La doctrina de la responsabilidad del partícipe establece que el ayudante e incitador responde del mismo modo en que lo hace el principal por las acciones

⁸ “PEOPLE V. MCCOY”, 25 Cal 4th 1111, 1120, 24 P.3d. 1210, 1216, 108 Cal. Rptr. 2d. 188, 195 (2001), citado por LAWRENCE, LARRY M. II: “Accomplice Liability: Derivate Responsibility”, publicado en: Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 36: 1524-1540, California, 2004, pág. 1524; cita extraída de página web: <http://llr.lls.edu/volume/s/v36-issu/e4/documents/7accompliceliability.pdf>.

llevadas a cabo por sus cómplices. Esta es una forma de responsabilidad derivada –un método que deriva la responsabilidad delictiva tomando como base la ofensa criminal llevada a cabo por otra persona–. Es precisamente por este carácter derivado que –esta responsabilidad– depende completamente del crimen que cometa el actual perpetrador. La responsabilidad del partícipe, por ende, no es considerada una ofensa criminal separada. Es una forma alternativa de establecer la responsabilidad por la ofensa que se imputa”⁹

Ahora bien, una vez determinada cuál es la teoría de la participación criminal aplicable al caso que analizamos, debemos agregar que también en este enfoque teórico, para que se configure la responsabilidad del socio delictivo, se necesita de la existencia de dos elementos fundamentales que son el “actus reus” y la llamada “mens rea”.

El Actus reus se define como: “la voluntaria e injusta acción u omisión que constituye el componente físico de un crimen. Puesto que una persona no puede ser castigada sólo por malos pensamientos, no puede existir responsabilidad delictiva sin éste”¹⁰

El segundo componente de la estructura del delito, como referimos, es la Mens rea, que se encuentra definida como: “La intención criminal o conocimiento que un acto es injusto. Es considerado un componente de la ofensa criminal, algunas faltas menores pueden ser castigadas con prescindencia de ésta”¹¹

La teoría de las llamadas “consecuencias naturales y probables”, se desenvuelve, junto con sus objeciones, fundamentalmente en la actividad de valoración del elemento subjetivo del partícipe.

La pregunta que se impone es la de si resulta legítimo, en el acto de realizar el juicio de reprochabilidad, el hecho de ir más allá del resultado representado y querido “in concreto” por el agente delictivo.

La respuesta a esta pregunta, podría parecer a simple vista afirmativa, a lo largo de este trabajo, intentaremos probar que esto no es así; que la teoría de “las consecuencias naturales y probables” no

⁹ LAWRENCE, LARRY M.II, Op. cit., págs. 1525-1526.

¹⁰ WEBSTER'S NEW WORLD LAW DICTIONARY; definición publicada en la página de internet: <http://webcache.googleusercontent.com>.

¹¹ Definición extraída de: www.thefreedictionary.com/mens+rea.

puede ni debe ser analizada como un elemento aislado e independiente de un sistema jurídico –como estimo que se ha hecho en el caso Robinson–; sino que ha sido diseñada para operar como parte integrante de una estructura compleja y superior como lo es el conjunto del ordenamiento legal.

Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo anterior, nada impide que se realice un análisis particularizado de esta construcción jurídica, como venimos haciendo hasta ahora.

La teoría de las consecuencias naturales y probables resulta ser uno de los llamados en doctrina “criterios pronósticos” y, como todos ellos, hace referencia a condiciones de previsibilidad que debe tener en cuenta el “hombre razonable” como posibles consecuencias de sus actos que se derivan en forma “natural y probable” de la producción de los mismos.

Respecto de esta posición se dice que: “...A los fines de probar las intenciones, la imprudencia o temeridad –recklessness–, malicia o negligencia, la ley presume que las personas entienden las razonables y previsibles consecuencias de sus actos intencionados y deliberados. Estas presunciones deben confirmarse de la evidencia presentada en la corte... El intento de homicidio y de asalto con intención de causar serio daño corporal o la muerte, son ejemplo de crímenes que requieren de la prueba del elemento subjetivo del acusado. Esta intención puede ser inferida de la conducta del acusado y de la doctrina del ‘arma mortal’ si el encartado usa una clase de objeto que es capaz de causar la muerte o grave daño corporal”.¹²

Como podemos ver, de acuerdo a este punto de vista, parecería ser que existen ciertas situaciones en las que el cómplice delictivo puede ser encontrado responsable de participación aunque el mismo no haya tenido la intención concreta de producir el resultado histórico injusto, si es que este último viniere a ser una consecuencia del curso natural y probable de las cosas.

La pregunta que ahora se impone, seguramente, es la de establecer cuándo se puede afirmar que las consecuencias de una acción injusta derivan en forma natural y probable de ésta.

¹² GARDNER, THOMAS J. – ANDERSON, TERRY M.: *Criminal Evidence –Principle and Cases–*, 7th Edition, Wadsworth, Cengage Learning, Belmont –CA–, U.S.A., 2007, pág. 69.

A los efectos de dar respuesta a la pregunta planteada en el párrafo anterior, Larry M. Lawrence, haciendo alusión a la jurisprudencia del Estado de California, explica los criterios rectores de esta teoría de la siguiente manera: "...En la causa *People V. Brigham*, la corte explicó que cuando se trata de determinar si las acciones llevadas a cabo por el principal perpetrador habrían sido razonablemente previstas por el cómplice, la responsabilidad se basa en un objetivo análisis de causalidad, no en un punto de vista subjetivo acerca de qué es lo que el cómplice pensó que podía ocurrir. Bajo un análisis objetivo, el jurado debe determinar si una persona razonable, bajo similares circunstancias del acusado, habría reconocido que el crimen cometido por el perpetrador primario sería una consecuencia razonablemente previsible del acto en el cual el acusado estuvo ayudando e incitando. Este resultado dependerá de las circunstancias que rodearon las conductas de ambos, el perpetrador y el cómplice. El jurado puede considerar no (sólo) las circunstancias reinantes antes de -prior to- o al comienzo del intento (criminal); sino que debe incluir todas las circunstancias que preceden al último acto en el cual directa o indirectamente el partícipe ayudó o incitó al principal en la comisión del crimen".¹³

Con esto no se quiere decir que el conocimiento o "intención de acompañar" que pueda llegar a tener el cómplice a los fines delictivos del principal perpetrador sea irrelevante, este último es uno de los elementos que habrá de ser inferido, como dijimos, de las evidencias recolectadas en la causa y de su propia conducta.

El fundamento de este enfoque teórico que establece un parámetro "objetivo" a los efectos de determinar la "naturalidad" y "probabilidad" -esto es la previsibilidad- de las consecuencias de las acciones, es el criterio del "hombre razonable en similares circunstancias".

Tal es así que la Corte de Apelaciones del Tercer distrito del Estado de California in re: "*People V. Nguyen*" estableció: "...el conocimiento del propósito criminal de otro no es suficiente para que se configure la ayuda e incitación: el acusado debe también compartir este propósito o tener la intención de cometerlo, alentar o facilitar la comisión del delito".¹⁴

¹³ LAWRENCE, LARRY M. II, Op. Cit., pág. 1534.

¹⁴ *People v. Nguyen*, 21, CAL App., 4th 518, 26 Cal. Rptr. 2d. 323 (1993),

De lo expresado hasta aquí se deduce que el parámetro “objetivo” de la previsibilidad del resultado “natural” y “probable” se trata de un presupuesto establecido de manera convencional, que, según la postura que defienden Sean Wilkins, juntamente con los Jueces Cavanagh y Kelly, no se da verdaderamente cuando la “cadena causal” se corta en algún momento –broken chain of causation– de la secuencia histórica de los hechos; ya sea: a) por la intervención de una acción u omisión que quiebra el nexo causal entre la conducta del agente y el resultado –intervening cause o novus actus interveniens– (podría ser el caso del disparo de Pannell) o, b) por la aparición de la llamada “concausa” –independent sufficient cause–.

Para quienes sostienen ese punto de vista, el postulado de las “naturales y probables consecuencias” es un principio complementario, entre otros, del “but for test”,¹⁵ que es, más o menos, la versión anglosajona de nuestra conocida “teoría de la equivalencia de las condiciones”; lo que implica que el resultado dañoso, a pesar de revestir la calidad de natural y probable “ex ante” del hecho delictivo, no puede ser analizado de manera independiente de la cadena causal de los acontecimientos.

El “but for test” hace referencia a un análisis “ex post facto”. Michael S. Moore en su obra “Causalidad, Facilitación, y el Exceso de la Participación Criminal”; se refiere a dos modos diversos de enfocar la teoría de las “naturales y probables consecuencias” en los siguientes términos: “...Existen dos rutas que uno puede tomar en búsqueda de establecer el sentido normativo de la intervención causal en la doctrina de la responsabilidad del partícipe. Una que busca asentar la doctrina legal en la causación de los hechos. Puesto que

fallo citado en el voto del vocal de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, Juez BREYER in re: “Alberto r. Gonzales, Attorney General, Petitioner v. Luis Alexander Duenas-Alvarez –On Writ On Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit–”, January 17, 2007, N° 05-1629, 176 Fed. Appx. 820.

¹⁵ La fórmula de este test lleva insito el requisito de la supresión mental de la acción a los fines de la producción del resultado “but for the action the result would not have happened”, para nosotros sería: “Si no hubiese sido por la acción el resultado no habría acontecido”. Esta estructura utiliza el mismo método de supresión mental “conditio sine qua non”, que conocemos desde la Teoría de la Equivalencia de las condiciones, en nuestro esquema penal continental.

la principal política de la ley criminal es la de castigar solamente aquellos hechos que son moralmente reprochables y en proporción al grado de esta responsabilidad y porque el grado de responsabilidad moral se mide en parte por el grado de responsabilidad causal (...) La segunda ruta para dotar de sentido normativo a esta doctrina legal, es completamente diferente. Esta vía admite el hecho que sólo puedan ser condenados los actores –en principio– cuando no se haya quebrado la cadena causal; de hecho, los cómplices pueden causar daño a través de la actividad de sus principales. Pero existen, sin embargo, razones de política criminal que justifican la intervención de la ley en tratar los casos de actores cuando se ha quebrado la cadena causal, del mismo modo que cuando esto no ha ocurrido en la realidad”.¹⁶

Alan Norrie en su obra “Crime, Reason and History”, refiriéndose al criterio pronóstico de las “naturales y probables consecuencias” hace notar la ambigüedad del término “natural”, escollo que tiene no pocas connotaciones prácticas; el autor de mención expresa: “...De acuerdo a la vieja presunción el hombre entiende que en las naturales y probables consecuencias de sus actos, la palabra más importante es “natural”. El vocablo expresa la idea que en el curso ordinario de los acontecimientos ciertos actos llevan a determinadas consecuencias excepto aquellas inesperadas o sobrevenidas que han sido imposibles de prever. Del mismo modo uno puede decir que si una consecuencia es natural, deviene ocioso hablar de esta también como probable. Dado que “natural” significa certeza virtual... “probable”, en la vieja frase “consecuencias naturales y probables” deviene verdaderamente redundante, debido a que la certeza virtual necesariamente incluye y subsume cualquier grado de probabilidad incluida en ésta... De todos modos existe una ambigüedad respecto de lo que el término ‘natural’ puede significar, además de una virtual certeza o seguridad –certainty–, puede referirse –también– a una ininterrumpida cadena que parte desde (un) evento inicial (Hancock and Shankland, 1986, 644). Cuando la palabra es usada en este sentido, esta no puede, en modo absoluto, comprender un alto grado de probabilidad, exige solamente certeza. La conexión causal que existe entre dos eventos puede ser ‘natural’

¹⁶ MOORE, MICHAEL S.: “Causing, Abetting and the Superfluity of Accomplice Liability”, artículo publicado en: www.Law.Berkeley, pág. 15.

en este último sentido (causal) y altamente improbable. Una conexión causal entre dos eventos puede ser, al mismo tiempo, “natural” en este último sentido y altamente imprevisible o no querida”.¹⁷

Como vemos, según el esquema de Norrie, existen dos modos de interpretar “natural y probable consecuencias”.

Si a la palabra “natural” se le da el sentido “virtual certeza”, el término “probable” deviene redundante en la fórmula, debido a que es un concepto comprendido dentro del término natural y si, por otro lado, se entiende el vocablo en sentido de cadena causal inexorable, la palabra “probable” también podría resultar excluida por contraponerse lógicamente a “natural”.

No participamos de esta interpretación, debido a que, adoptando el segundo punto de vista respecto del término “natural” –cadena causal– la conjunción copulativa “y” implica que debe ser también “probable” –dando a este segundo vocablo la acepción de representabilidad en la mente del “hombre medio”–.

Visto del modo que acabamos de referir no existe ninguna contradicción o conflicto alguno entre las dos expresiones de la vieja fórmula, sino que ambos se encuentran unidos por una relación de complementariedad lógica, que hace que ambas condiciones se tengan que dar para que la regla sea válidamente aplicable.

En base a lo que hemos expresado y, teniendo en cuenta los elementos acumulados a lo largo de este trabajo, creo que ha llegado el momento de comprometer nuestra posición un poco más respecto del fallo que hasta aquí estamos intentando analizar y comentar.

A los fines de realizar la labor crítica no se debe perder de vista el enfoque del “Derecho” como un verdadero fenómeno humano y la idea originaria del fin de la pena que ha sido desde los albores del mismo, la función retributiva.

Esta función retributiva –esta consecuencia, prevista de antemano, que se deriva de la violación reprochable de un bien jurídico protegido por la norma represiva, íntimamente vinculada con el principio de causalidad– ha sido tratada de manera magistral por

¹⁷ NORRIE, ALAN: *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2001, pág. 52.

el eminente Hans Kelsen en su obra “¿Qué es justicia?”, en donde refiere que el principio de la causalidad tuvo su origen en los pueblos primitivos, a través del proceso de proyección en la naturaleza que estas comunidades originarias realizaron de las bases de su organización política, apoyados en el esquema mental de la retribución.

El célebre maestro desarrolla su pensamiento de la siguiente manera: “...Esta idea de la causalidad recuerda, en otros aspectos, la concepción primitiva de la retribución. La causa atrae al efecto de la misma manera que el mal o, más exactamente, el hombre a través de un mal acto atrae consigo el castigo... La tesis según la cual sólo lo semejante puede afectar a lo semejante, y la causa debe ser igual a su efecto, forma bajo la cual esta idea seguía subsistiendo en la física decimonónica, toma su origen en el principio de la retribución. Aquí adquiere su sentido específico, a saber, que entre el castigo y el mal, entre la recompensa y el mérito, se da una especie de igualdad. Esta igualdad es sobre todo cualitativa, ya que lo malo engendra el mal, y lo bueno el bien... Pero la semejanza entre el mal y el castigo, entre el mérito y la recompensa, no es únicamente cualitativa, sino también cuantitativa, ya que, cuanto mayor sea el mal, mayor debe ser el castigo, y cuanto mayor el mérito, mayor la recompensa... En otro aspecto, la idea de semejanza contenida en la noción de arché se asemeja a la de equilibrio, que, en la medida en que puede identificarse con la Justicia, cumple la función específica de retribución, que relaciona el mal con el castigo, y el mérito con la recompensa, como una balanza y establece un equilibrio entre ellos”.¹⁸

Independientemente del hecho que alguien pueda estar de acuerdo o no acerca de cuál es el origen de la noción de causalidad y cuál es la función esencial del derecho, no se puede soslayar el hecho de que la “retribución” es uno de los pilares esenciales de todo ordenamiento jurídico existente.

El sistema “bipartito”, por así decirlo, de la acción delictiva considerado en el Common Law como la unidad integral e insoluble

¹⁸ KELSEN, HANS: ¿Qué es justicia?, traducción realizada por Walter Calamiglia, Editorial Planeta - De Agostini S.A., Barcelona, 1993, págs. 198-199.

constituida por el “actus reus” –aspecto objetivo– y la “mens rea” –aspecto subjetivo–, está ligado en modo directo a la idea de retribución por el hecho injusto reprochable, tal es así que este primer elemento unido al segundo significan, nada menos, que la base del sistema de responsabilidad penal directamente proporcional al daño causado y a la intención, conocimiento o culpa del agente.

Este razonamiento abonaría la tesis de aquellos que sostienen que, etimológicamente, la fórmula “guilty”, que es la que se utiliza para establecer la responsabilidad penal por un hecho delictivo, usada sacramentalmente en el esquema jurídico anglosajón, es un derivado del vocablo perteneciente al sistema lingüístico proto-germánico “gieldan”, en el cual significa “pagar por una deuda” o, también restaurar.¹⁹

Dijimos previamente que esta “deuda” es una unidad que no implica sólo el aspecto objetivo, sino que también comprende el subjetivo o mens rea, esto se debe al íntimo e insoluble lazo que existe entre los cuatro elementos que componen lo que he dado en llamar el “cuadro” jurídico-metodológico- valorativo occidental, que son, a saber: a) pensamiento-volición, b) causalidad c) reprochabilidad y d) retribución, que implican cuatro aspectos diferentes, pero inseparables, del abordaje del delito como acción humana perteneciente a la realidad fenoménica de nuestros pueblos.

Georg Henrik Von Wright, partiendo de esta clara inseparabilidad que existe entre los elementos subjetivo y causal de las acciones humanas, sentencia con toda concisión y criterio: “...La distinción entre razón y causa no es clara ni en el lenguaje ni en el nivel de los conceptos...”²⁰

¹⁹ Etimología de la palabra guilty, extraída de la página: www.ety.monlin.com. Asimismo, guilty, puede derivar de la palabra del inglés antiguo “gyltan”, que significa: ser culpable, tener una deuda o cometer algún pecado. En todos los casos, resulta muy difícil no asociar el término fonéticamente con “gold”, en inglés, o, más precisamente, con “Geld”, en idioma alemán.

²⁰ WRIGHT, GEORG HENRIK –VON–: Sobre la libertad humana, traducción Antonio Canales Serrano, ediciones Paidós Ibérica S.A., I.C.E. De la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2002, pág. 76.

Este desarrollo teórico que acabamos de exponer abona nuestra convicción coincidente con el voto del juez Cavanagh, cuando afirma que la opinión mayoritaria aplica mal la teoría de las consecuencias naturales y probables, en función a que no se puede extraer, como conclusión expresa el magistrado, que el homicidio haya representado la consecuencia natural y probable de la paliza recibida, por lo que sostiene con razón que de la intención del agente, así como también de sus acciones no puede decirse que hayan causado “en sentido delictivo” la muerte de la víctima –In sum, because this death was not the natural and probable consequence of this beating and defendant’s intent and actions did not criminally cause this death–.²¹

Del mismo modo, compartimos el voto disidente de la juez Marilyn Kelly, en cuanto a que el voto mayoritario quebró la regla de interpretación según la construcción teórica de “las consecuencias naturales y probables” no puede en modo alguno sustituir al elemento intencional constitutivo de la teoría de enjuiciamiento de la ayuda e incitación –“Natural and probable consequences” cannot substitute for requisite intent under an aiding and abetting theory of prosecution–.²²

III. Algunas conclusiones finales

Ni en el Derecho Penal Norteamericano, ni en el Argentino, así como en ningún ordenamiento jurídico basado en un Estado de configuración liberal, así como no puede prescindir del elemento objetivo de la acción, al llevarse a cabo el proceso de imputación de un hecho, tampoco puede soslayarse la causalidad ni el elemento subjetivo del agente.

En el sistema norteamericano, un claro ejemplo de lo que decimos llevado al plano normativo está representado por el art. 401,

²¹ Cita extraída del voto del Juez Cavanagh in re: “People v. Robinson”, 715 N.W.2d 44 (2006), fallo de la Corte Suprema del Estado de Michigan publicado en la página web: www.leagle.com.

²² Cita extraída del voto de la Juez Kelly in re: “People v. Robinson”, 715 N.W.2d 44 (2006), fallo cit. en la nota inmediata anterior. En el documento referido la frase completa se encuentra destacada con letras mayúsculas.

referido a la participación delictiva, del Libro de Instrucciones para los jurados criminales del Estado de California, el cual consagra que, a los fines de probar la culpabilidad del acusado de un delito basado en ayuda o incitación, resulta necesario acreditar: 1. Que el autor principal cometió el delito; 2. Que el acusado supo que el autor principal tenía intenciones de cometer ese delito; 3. Que el acusado quiso colaborar con el autor principal en la comisión del delito antes o durante la realización del mismo.²³

Los llamados criterios pronósticos que apelan en a la posibilidad o probabilidad, resultan ser tan antiguos como la ciencia misma del Derecho. Ya Feuerbach, citando a Bartolo de Saxoferrato, en los albores de la dogmática penal afirmaba que, según el práctico italiano, así como la responsabilidad del homicida culposo se fundaba en el hecho que este, conociendo la posibilidad –*Möglichkeit*– o probabilidad –*Wahrscheinlichkeit*– de la consecuencia lesiva de su acción se arriesgaba a llevarla a cabo, lo mismo sucedía en la omisión, por lo que se deducía que, a fin de cuentas, la culpa del agente se terminaba fundando inmediatamente en la exterioridad de la acción.²⁴

En lo personal, no nos manifestamos en forma tajante respecto a la inconveniencia de la utilización de los criterios pronósticos

²³ 401. Aiding and Abetting: Intended Crimes.

“To prove that the defendant is guilty of a crime based on aiding and abetting that crime, the People must prove that: 1. The perpetrator committed the crime; 2. The defendant knew that the perpetrator intended to commit the crime; 3. Before or during the commission of the crime, the defendant intended to aid and abet the perpetrator in committing the crime”. Cita extraída de: www.justia.com.

²⁴ Man denke ich, der culpose Totschläger (Totschläger) der vorigen Anmerkung habe die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer Tödtung (Tödtung), als Folge seiner Handlung eingesehen und auf Gerathewohl (Gerathewohl) die Begehung der Handlung gewagt.– So wie in den vorhergehenden Fällen, der unterlassene Erkennt missakt unmittelbar das Verschulden begründete, so wird das Verschulden hier unmittelbar durch die äußere Handlung selbst begründet. Ausgeführt ist – dieses alles in den Betrachtungen über Dolus und Culpa. Bart. IX.-FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM RITTER (VON): Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, Georg Friedrich Heyer, Griesen, 1801, § 65 –nota–.

como el que hemos; sino que, al estilo de la Corte di Cassazione italiana, estimamos que resultan insuficientes por sí solos para fundar la responsabilidad penal del agente.²⁵ Este tipo de concepciones pueden resultar de mucha utilidad a la tarea de definir los límites del campo de prohibición de la norma penal, mas debe apelarse a ellos siempre con cautela, prevenidos de los efectos que puede generar, al igual que cualquier construcción teórica de la ciencia penal del Derecho, el mal uso jurídico que se lleve a cabo de los mismos.

El voto mayoritario de la Corte Suprema del estado de Michigan en el caso “Robinson”, resulta ser un claro ejemplo y advertencia de lo que acabamos señalar en el párrafo precedente de este breve trabajo, es por ello que, como corolario de todo lo afirmado, hago más las palabras finales del colega angloparlante Sean Wilkins, válidas para cualquier sistema jurídico de base liberal y garantista, al comentar la sentencia que hemos abordado en este trabajo, cuando expresa: “Esta decisión determina como cómplice a quien tiene la voluntad de participar en grupo de una conducta criminal, aun hasta el límite del capricho o antojo de sus consortes delictivos”. Esto último deviene decididamente inaceptable.

²⁵ El alto Tribunal italiano, en el caso “Mannino”, al respecto dijo: “...no es, en efecto, suficiente que la contribución atípica –con prognosis de mera peligrosidad ex ante– sea considerada idónea a los fines de aumentar la probabilidad o el riesgo de concretización del hecho delictivo, donde luego, a través del juicio ex post, se manifieste, por el contrario, irrelevante o, aún más, contraproducente para la verificación del evento lesivo. La tesis opuesta que pretende prescindir del paradigma etiológico, tiende a anticipar arbitrariamente el umbral de punibilidad en contraste con el principio de tipicidad y la citada inadmisibilidad de la tentativa de participación criminal” –...non sia affatto sufficiente che il contributo atipico – con prognosi di mera pericolosità ex ante – sia considerato idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, qualora poi, con giudizio ex post, si riveli per contro ininfluyente o addirittura controproducente per la verifica dell’evento lesivo. L’opposta tesi, che pretende di prescindere dal paradigma eziologico, tende ad anticipare arbitrariamente la soglia di punibilità in contrasto con il principio di tipicità e con l’affermata inammissibilità del mero tentativo di concorso–. Conf. CASSAZIONE PENALE, Sez. Un., n.33748/2005, Sentenza del 12 luglio 2005, depositata il 20 settembre 2005; Sezioni Unite Penali, Presidente N. Marvulli, Relatore G. Canzio.

Derecho comparado

Algún dato desde sus orígenes

MARÍA DEL CARMEN PIÑA*

* *Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Diplomada en Derecho Comparado (Universidad Atila Josep en Sèged, Hungría). Profesora de Metodología de la Investigación Jurídica (UCC). Profesora de Derecho Comparado en Especialidades y Carrera de Doctorado (UNC, UCC y Universidad Siglo21). Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Contacto: mcpina@hotmail.com.ar.*

I. Introducción

El acto de comparar es innato a la persona. No hay nada que la mente humana haga con mayor frecuencia que comparar. Bernardin Saint-Pierre lo dice en forma expresa. Desde siempre, ésta ha efectuado comparaciones. Para elegir, para desechar, para mejorar lo que tiene, para la innumerable cantidad de conductas que se pueden identificar en el comportamiento humano.

Discernir implica por cierto y de forma inmediata, establecer analogías, entrever razones y esbozar razonamientos.

Al adentrarse con este presupuesto en el mundo jurídico, es verificable que la apelación a la comparación muestra una vieja tradición.

Desde la antigüedad se ha pensado siempre que el conocimiento de los derechos extranjeros era de primordial importancia para el legislador.

Ya en la Grecia clásica, con motivo del característico interés de los pensadores griegos, asiduamente fue empleado el estudio de modelos jurídicos foráneos para su posterior aplicación en la polis y aquí es donde aparecen las primeras investigaciones comparativas.

Licurgo en Esparta y Solón en Atenas, viajaron por el mundo entonces conocido para conocer las instituciones antes de legislar e incluso los decemvirs encargados de redactar la Ley de las XII Tablas se habrían informado de leyes extranjeras, particularmente leyes griegas, cuya influencia es visible en la primera legislación escrita de Roma. Todavía se cita a Platón en cuya obra Las Leyes hace la comparación y a Aristóteles, quien discutió las constituciones existentes, principalmente la de Cartago.

En el Imperio Romano en cambio, no se verifican ejemplos de especulaciones respecto del derecho comparado.

Será necesario esperar el siglo XVIII y especialmente L'Esprit des Lois (1748) para encontrar un recurso sistemático a las enseñanzas sacadas de otras legislaciones. El mismo Montesquieu tiene el mérito de comprender la palabra loi en su sentido físico, lo que conduce a investigar las relaciones existentes entre fenómenos ju-

rídicos, históricos, políticos y aun climáticos. En este título, se ha podido ver en él al primero de los comparatistas.¹

Puede resultar ocioso y por cierto hartamente incompleto para esta exposición formular un rastreo histórico. Más útil parece remarcar algunos trazos para afirmar que el término Derecho Comparado, comienza a utilizarse en forma asidua a partir del año 1900, en oportunidad de llevarse a cabo en París el primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, bajo los auspicios de la exposición mundial simbólicamente representada por la Torre Eiffel.

El congreso de París intenta encontrar su *droit commun* legislativo en la legislación positiva de la Europa continental mediante la comparación de códigos y textos.

Los mejores juristas de la época participan y las repercusiones son considerables. Uno de los principales animadores, Raymond Saleilles, presenta en la síntesis de su informe los progresos realizados en los últimos treinta años.

Lambert, otra de las figuras señeras de aquel evento, cuyo sueño era un “*droit commun de l’humanité*”, refiere que el derecho comparado debía resolver las accidentales e indivisas diferencias en los sistemas jurídicos de los pueblos que se encontraran en etapas de desarrollo cultural y económico similares, así como reducir la cantidad de divergencias en materia legal, que podían atribuirse no tanto a las características políticas, morales y sociales de los diferentes países, cuanto al accidente histórico o a circunstancias temporales contingentes.²

Con el mismo motivo, cabe señalar como dato histórico, que el primer congreso de Derecho comparado se celebró en La Haya en 1932 y posteriormente en el mismo lugar ocurrió en 1937.

En esos tiempos constituye materia de discrepancia la propia noción de existencia del Derecho Comparado. Lo fue también el hecho de que se confundiera el derecho comparado con la legislación comparada y perdura hasta la actualidad el intento de demostrar queno se trata de la misma cuestión.

¹ Ancel, Marc, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*. Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971, págs. 10, 12.

² Zweigert Konrad- Kötz Hein, *Introducción al derecho comparado*, Colección Estudios Jurídicos, Oxford University Press, México, 2002, pág. 4.

Surge de la indagación que desde aquel congreso primero, el derecho comparado ha mostrado un ininterrumpido desarrollo pese a los cambios verificados en las actitudes humanas hacia la existencia.

Si bien las guerras mundiales debilitaron y casi por completo destruyeron la fe en un derecho mundial y pese al escepticismo que prevalece entre cosmovisiones diferentes, resulta claro el desarrollo y enriquecimiento de la disciplina en análisis.

No obstante lo dicho, el derecho comparado sigue ocupando un lugar bastante modesto en los programas académicos.

Al encarar en la universidad y fuera de ella la investigación jurídica, hay antigua alerta de no descuidar la investigación comparativa. Gutteridge ha dicho que el problema de la investigación comparativa está íntimamente ligado con el de la investigación jurídica en general.³

En referencia a la primera, sostiene que el derecho comparado ofrece oportunidades inmejorables para trabajos de creación. Que el terreno es virgen y casi nunca se corre el riesgo de que unos trabajos se anticipen a otros. Que cualquier operador jurídico halla en el uso del método comparativo nuevos caminos para la investigación y un escape a la rutina.

Pese a que importantes juristas tanto europeos como americanos a lo largo del siglo XX pusieron de relieve ese papel, la especialidad de derecho comparado no ha tenido un interés especial en la actividad universitaria y docente de algunos países de Europa como España y Portugal, pero es algo diferente lo que se ha verificado en países como Gran Bretaña, Francia, Italia y Alemania, que dan cuenta de la existencia de un estudio sistemático dentro del currículo de las carreras como una materia especial de estudio y en casos particulares como Italia, tienen incluida en cada asignatura un apéndice que refiere su estudio desde el Derecho comparado.

En los últimos treinta y cinco años, tanto en Europa como en América, se percibe un notable resurgimiento del Derecho comparado que se evidencia en equipos investigadores consolidados, institutos científicos y programas de formación jurídica.

³ H. C. Gutteridge, *El derecho comparado*, págs. 213-214.

Por su parte, el derecho político ha tomado el modelo constitucional contemporáneo para exportarlo a los estados democráticos y de derecho actuales.

El derecho penal alemán e italiano, han servido de referencia básica a muchos sistemas penales.

Otro ejemplo comparatista clásico lo constituye la codificación como modelo desarrollado en el seno de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental.

En cuanto al derecho mercantil, se advierte que está fuertemente vinculado a la comparación como medio para el desarrollo y expansión de sus instituciones. Tanto imperialismos como colonialismos han servido de cauce para trasladar o exportar sistemas jurídicos ajenos cuya influencia en la era post colonial no ha desaparecido y más bien, se ha arraigado a consecuencia de las estructuras económicas capitalistas y el proceso de globalización mercantil contemporáneo.

Como herramienta jurídica, el derecho comparado se ha mostrado también como instrumento valioso e indispensable en la actividad judicial y procesal. Y un ejemplo paradigmático lo constituyen los Tribunales de la Unión europea, donde los jueces, vinculados a su propia formación y sistema jurídico, requieren del conocimiento y evaluación de otros sistemas jurídicos, para, eventualmente, aplicar soluciones viables y efectivas en sus decisiones.

Con notables excepciones, los comparatistas han tendido a concentrarse en el derecho privado. Las razones históricas para este énfasis son obvias. El derecho comparado moderno, tomó forma como una disciplina a fines del siglo XIX en los momentos exitosos del derecho privado y del *laissez faire*. Tuvo su existencia principalmente para servir a una variedad de fines prácticos, en especial en el dominio del derecho privado. Sin embargo, este énfasis conduce principalmente a examinar áreas fructíferas para el estudio comparado. También impide el análisis del derecho privado mismo y de sistemas legales como un todo en funcionamiento, por fallar al tomar suficiente razón del rol de la regulación moderna y del derecho administrativo en las áreas primitivas del derecho privado.

Varias teorías sobre cómo agrupar sistemas legales en familias dependen de los conceptos de derecho privado. Tales agrupaciones se ve-

rían completamente diferentes si fueran hechas, si fueran realizadas sobre la base de separación de poderes, revisión judicial, gobierno parlamentario, procedimiento adverso o no adverso, y así por el estilo.

II. Presupuesto de existencia del Derecho Comparado

Numerosos autores señalan que el derecho comparado sólo ha tenido éxito en ser identificado como tal y por su propio nombre, recién a fines del siglo XIX y es el Congreso de 1900 el que se puede considerar como punto de partida de elaboraciones teóricas concernientes a ese objeto de estudio.

La diversidad de ordenamientos y sistemas jurídicos vigentes en el mundo y la interrelación cultural y jurídica de los pueblos, constituyó un presupuesto de existencia de esta nueva disciplina.

Marc Ancel sostiene que recién en esa fecha, el derecho comparado comenzó a ser reconocido como tal y bajo la apelación propia y que el mencionado congreso de París fue “el acto de nacimiento del derecho comparado moderno” según expresión de H. C. Gutteridge.⁴

Refiere además las principales críticas que se levantaron en contra de toda investigación jurídica comparativa

En menos de tres cuartos de siglo, este Derecho comparado debía conocer un desarrollo considerable. No obstante, al mismo tiempo, según Marc Ancel, pasó por tres fases sucesivas que es necesario distinguir bien, porque en cada una de ellas, el porqué de la investigación comparativa había sido comprendido de manera diferente.

II.1. La fase constitutiva de la ciencia jurídica comparativa

Aquí se observa que la base de sustentación de esta actividad está constituida sólo por el derecho privado y dentro de este espacio, únicamente se habla de la comparación germano latina.

En esta etapa se releva el punto de partida de una serie de obras, siendo la primera en fecha y tal vez en importancia, aquella que

⁴ Ancel, Marc, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*. Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971, pág. 18.

Édouard Lambert consagra en 1903 a *La fonction du droit civil comparé*.

Importantes congresos tuvieron lugar y alguno de ellos fue patrocinado notablemente por los profesores franceses Édouard Lambert y Raymond Saleilles.

La idea fundamental de los comparatistas de la entonces nueva Escuela es, que se debe enfatizar en la comparación de derechos científicamente organizada, debe clarificar bajo la diversidad de soluciones nacionales y la advertencia de la legislación existente, un fondo común del cual Saleilles había proclamado la existencia. Este fondo común sobre el cual se discutirá mucho está, en definitiva constituido por “los principios generales del derecho reconocidos por los países civilizados”.

La comparación metódica de las legislaciones y de las instituciones jurídicas debe hacer solamente aparecer que, bajo las formulaciones quizás diferentes, ciertas normas del derecho positivo se reencuentran, de un sistema al otro y ellas, según expresión de Lambert, constituyen entonces las reglas de derecho común legislativo.

La función esencial del derecho comparado consiste, precisamente, en identificar aquellas reglas comunes de una realidad jurídica múltiple.

Los comparatistas de 1900, en su inmensa mayoría, son adeptos del positivismo jurídico.⁵

II.2. El Derecho Comparado entre las dos guerras mundiales

La segunda fase del desenvolvimiento comparatista, siguió la primera guerra mundial. El mapa político de Europa estaba profundamente modificado. Los viejos estados desaparecen, los estados nuevos se constituyen y otros se reconstituyen o absorben territorios nuevos. Se detecta que hubo una considerable tarea legislativa a cumplir.

En esta etapa se registra una búsqueda por la unificación de los derechos.

Los comparatistas de 1900 querían solamente investigar, descubrir o constatar similitudes ya existentes entre las legislaciones y

⁵ Ancel, Marc, op. cit., págs. 21, 22.

constantes jurídicas entre los sistemas. Aquellos de 1925 van mucho más lejos, afirmando que ha llegado el tiempo de construir el derecho mundial del siglo XX y este nuevo universalismo encuentra pronto nuevos medios de expresión.

En 1924 se constituye la Academia Internacional de Derecho Comparado en La Haya, agrupando a todos los grandes comparatistas de la época.

Muchos fueron los importantes acontecimientos históricos que concurrieron al desenvolvimiento del comparatismo, pero las dificultades políticas, financieras y sociales de los Estados europeos, el advenimiento de la gran crisis económica y sobre todo el advenimiento de los regímenes autoritarios, comprometieron el clima de la cooperación internacional.

El período que precedió a la segunda guerra mundial, fue menos favorable que nunca a las confrontaciones comparatistas que son por esencia, pacíficas: el cataclismo de 1939-1945 marca el eclipse del derecho comparado.⁶

II.3. El Derecho Comparado después de la segunda guerra mundial

Una vez más los eventos políticos vienen a transformar la posición respectiva de los sistemas.

A la comparación germano latina de 1900 y a la oposición entre sistema continental y sistema anglo americano de 1925, sucede una nueva separación entre derecho occidental y derecho socialista.

Un régimen jurídico nuevo ha tomado lugar en la geografía jurídica moderna: y el empleo que hace de ciertos métodos romanistas de exposición o aún de desenvolvimiento no debe ilusionar; es su estructura económico social, radicalmente diferente de aquella de los países occidentales la que los puede explicar.

A estos problemas de geografía jurídica, se agrega desde 1949, un problema metodológico considerable que relega a un segundo plano las controversias doctrinales, tradicionales desde 1900 sobre la naturaleza y la función del derecho comparado.

⁶ Ancel, Marc, op. cit. pág. 25.

En su célebre obra *Comparative Law*, publicada en 1946, H. C. Gutteridge sostiene que el derecho comparado no es, como se afirmara hasta entonces una rama autónoma de la ciencia del derecho: consiste únicamente en el empleo de un método particular, “el método comparativo” el cual puede o debería utilizar en todas las ramas del derecho. Esta doctrina gana un éxito considerable. Se nota por sus consecuencias lógicas que tiene el efecto de eliminar con el comparatista, el derecho comparado mismo.

El problema gira en torno a saber si ese derecho comparado existe o si será necesario contentarse con invitar a cada especialista de una disciplina jurídica a preocuparse al lado de las soluciones de su derecho nacional, de las soluciones o las doctrinas extranjeras.

La controversia se explica en gran medida en el mismo campo de la investigación comparativa por los reveses a los que condujo la práctica comparativa anterior. Por un lado, la línea del Congreso de 1900 y de la obra de Édouard Lambert una literatura de alto valor científico, había continuado discutiendo en abstracto la función del derecho comparado, pero ella había terminado de perder contacto con el derecho vivo, que ella no obstante pretendía explicar.

Por otra parte y contrariamente, el exagerado interés por el derecho extranjero concreto, había suscitado ciertos estudios apresurados sobre las instituciones de los diversos países y favorecido las aproximaciones superficiales. Ese fue identificado como el tiempo de reaccionar contra las querellas metodológicas y la insuficiencia de un cierto diletantismo comparatista.

Es verificable en esta etapa, que los juristas comparatistas hicieron una severa autocrítica y se reconoce este período como de crisis del derecho comparado, también conocida como la “crisis de la literatura comparada”.

En atención a ello se plasma el interrogante en torno a si es una crisis de conciencia o de creencia.⁷

Aquel evento iluminado por la Torre Eiffel, abrió la puerta a los consiguientes congresos internacionales de derecho comparado que desde entonces, se han celebrado periódicamente, cada cuatro años, en distintas capitales del mundo.

⁷ Ancel, Marc, op. cit., pág. 28.

Como una buena noticia para la comunidad jurídica global, se ha difundido en la actualidad el lanzamiento de la nueva página web de la Academia Internacional de Derecho Comparado, quien la estrena el 13 de abril de 2015, Academia Internacional de Derecho Comparado, AICD, IACL.

El mencionado instituto fue fundado en 1924 y es dicha Academia, una de las instituciones de mayor prestigio internacional en el ámbito del Derecho.

Sus actividades están llamadas a jugar un rol de creciente importancia en el mundo globalizado de hoy, que requiere el encuentro entre las distintas culturas y familias jurídicas, para diseñar soluciones normativas adaptadas a las realidades actuales de la convivencia humana. Un dato que hoy luce de interés lo constituye la promoción del XX Congreso Internacional 2018 por parte de la Academia Internacional de Derecho Comparado, en Fukuoka, Japón el 25 de julio de 2018.

Puede aseverarse además, que a partir de aquel primer congreso parisino, el derecho comparado ha evolucionado notablemente en su concepto, métodos y fines, verificándose esto en la temática y conclusiones de los distintos congresos internacionales. Sin embargo, la cualidad de ciencia o de disciplina autónoma del derecho comparado ha sido por mucho tiempo extensamente cuestionada.

Desde una visión optimista, hubo la pretensión en sus inicios de acceder a un derecho común para la humanidad. Luego y en forma gradual, se orientó a una aproximación más realista en la que el derecho comparado tiene un papel propio en el ámbito internacional e interestatal.

III. Derecho comparado y el problema lingüístico

Enfrentar el estudio del Derecho Comprado no es una propuesta nada fácil. La primera gran dificultad que entraña este derecho, no es de índole puramente jurídica sino también lingüística y cultural, ya que aunque haya un acabado conocimiento cierto del idioma y perteneciendo a un entorno cultural próximo, las dificultades en la

comprensión de terminología, conceptos e instituciones jurídicas suponen una auténtica barrera inicial para afrontar el estudio y conocimiento de un sistema jurídico ajeno.⁸

Otro punto que se impone de inmediato, es delimitar su concepto, determinando en primer lugar qué es y qué no es derecho comparado.

Si esta empresa resultara viable, se podría responder a preguntas tales como: ¿cuáles son sus elementos esenciales? –propiedades relevantes–, ¿cuál es su función?, ¿cuál su finalidad?

También podría distinguirse, si todo ello resulta posible, del estudio y conocimiento de los derechos extranjeros, así como de otras disciplinas como la sociología, la ciencia política, la historia del derecho e incluso, observar cómo afecta al mundo jurídico la aplicación del método comparativo.

Hubo por mucho tiempo interrogantes tales como cuál era su utilidad en la docencia y en la investigación del Derecho, e incluso, si había alguna.

Al intento de delimitar su concepto, la primera pregunta que se impone a cualquier estudioso del derecho, es la relativa a su naturaleza. ¿Se trata de una rama del derecho tal como lo puede ser el derecho civil, penal, constitucional o el derecho administrativo? Y en otro orden el interrogante gira en torno a si la disciplina en estudio pertenece al ámbito del derecho público o al privado.

Las definiciones en el derecho han constituido desde antaño una tarea ardua y también contribuido a la ceremonia de la confusión, pero nadie prescinde en un texto jurídico de emitir alguna, aún incluso, eligiendo una de modo arbitrario y demostrando a todas luces la propia estipulación e ideología.

Visto que no hay ajenos a esta tentación, y a partir de un comparatista de la talla de Rodière, siempre es útil referir algunas de sus aseveraciones, en especial las vertidas hace más de medio siglo en su obra clásica.

“De la misma manera que los hombres se sienten estrechos, incluso amándolo, en las fronteras del Estado, también los juristas sienten oscuramente que las fronteras de su derecho na-

⁸ Morán, Gloria M., op. cit., pág. 507.

cional, de su derecho positivo, no son ya suficientes para dar una idea satisfactoria del mundo jurídico”.⁹

Sostiene allí que el desarrollo del derecho comparado atestigua la decadencia del nacionalismo jurídico, o más precisamente del estatismo jurídico y que con ello se expresa una nueva fe. Pero que esta fe permanece oscura y no se define más lo que es el derecho comparado.

Afirma que la definición de este concepto, debe hacerse sobre el triple plano del objeto, del fin y del método.

a) En cuanto al primero, expone que el derecho comparado se propone confrontar el conjunto de reglas de derecho y de las prácticas judiciales o extrajudiciales del mundo y enfatiza: “No son las leyes las que constituyen el objeto, sino el conjunto de las fuentes del derecho”.

b) Concerniente a la finalidad, expresa que ésta consiste en encontrar las corrientes del pensamiento humano en sus relaciones con las instituciones y determinar las reglas generales de los estados y de los movimientos de este pensamiento. Concluye en que por esto, el derecho comparado es una ciencia. Que no se limita a descubrir los derechos extranjeros, sino a encontrar las constantes de la evolución general del derecho o de las relaciones estatales de las instituciones entre sí, o entre las instituciones y la política general de los pueblos, incluso, más ampliamente, entre las instituciones y la política general de las agrupaciones humanas.

c) Explicita en tercer lugar que su método nace a partir de una confrontación continua de las reglas nacionales y extranjeras, cada una de ellas considerada como el producto de una cierta evolución histórica y del conjunto de las necesidades materiales, así como de las tendencias espirituales de la época en el país considerado. Con notable lucidez afirma que las reglas de derecho no interesan a los comparatistas en su expresión normativa, sino porque manifiestan una cierta posición política y que la ambición del derecho comparado es abrir un nuevo ciclo de estudios científicos.¹⁰

⁹ Rodière, René, *Introducción al Derecho Comparado*, Instituto de Derecho Comparado del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona, 1967.

¹⁰ Rodière, René, *Introducción al Derecho Comparado*, Instituto de De-

Respecto a la conceptualización del tema en estudio, reciente labor de investigación señala que una primera y elemental definición de derecho concibe a éste como un conjunto ordenado o sistematizado de normas aplicables a la sociedad y sus individuos, y se pregunta ¿cuáles de éstas compondrían el conjunto denominado Derecho Comparado?

Agrega que la expresión derecho comparado, es relativamente reciente en el mundo jurídico, aunque es posible afirmar que el derecho, desde sus orígenes ha tenido un componente comparatista, y hay quienes afirman que ha nacido con vocación comparatista, puesto que siempre el derecho ha estado sometido a influencias recíprocas en la coexistencia con otro derecho.

Por todo eso, la expansión del derecho, consecuencia de procesos invasores y colonizadores y la integración de otros modos de hacer y vivir el derecho, han sido siempre las pautas del desarrollo y evolución del derecho y sus instituciones.¹¹

Una prevención importante al momento de emitir una definición, sería tener presente cuáles son las propiedades relevantes que indican la identificación con el concepto. Ello fundamentalmente para evitar las disputas meramente lingüísticas.

Es antigua advertencia de los comparatistas que el Derecho Comparado no es un catálogo de normas extranjeras sino un conjunto de experiencias no nacionales. La mera referencia a normas extranjeras no implica un correcto uso del método comparado y más bien se constituye en un modo acientífico de referir el derecho.

Por otra parte, sobre el uso de las definiciones negativas, a menudo utilizadas en el derecho comparado, existe prevención reiterada entre los estudiosos del tema. Implica, ni más ni menos que clarificar el pequeño foco de lo que no es, pero deja un universo enorme y difuminado de lo que podría ser, en cuanto a criterios de relevancia.

recho Comparado, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona 1967, pág. 7.

¹¹ Morán, Gloria M., El derecho comparado como disciplina jurídica: La importancia de la investigación y la docencia del Derecho Comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico, Anuario da Facultade de Dereito, da Universidade da Coruña, 2002, pág. 503.

Si es posible retomar algún trazo en la reconstrucción histórica de esta disciplina, sirve interrogarse sobre qué significa el derecho comparado al final de ese período marcado como de formación.

El Vocabulario jurídico, publicado en París en 1936 dirigido por Henri Capitant, definió el derecho comparado como “la rama de la ciencia del derecho cuyo objeto es la conciliación sistemática de las instituciones jurídicas de los diversos países”. Esta definición corresponde a la emitida por la Academia internacional de derecho comparado de La Haya, en sus estatutos, el día de su fundación y obrante en sus dos primeros congresos internacionales de 1932 y 1937.

Puede decirse que esta es la fase constructiva de la doctrina comparatista moderna, pero esta fase será seguida de una fase crítica, sino negativa.

III.1. Las controversias metodológicas de la primera mitad del siglo

Marc Ancel señala que la definición, la delimitación y la evaluación científica de la disciplina comparativa, ha suscitado durante cincuenta años una abundante y destacada literatura.

A fin de ilustrar con un trazo importante, es suficiente citar la monumental Introducción al estudio del derecho comparado, una colección de estudios en honor de Édouard Lambert, publicada en 1938, donde colaboraron los más grandes comparatistas de la época. Esta obra contiene lo que significaba la ciencia jurídica comparada en vísperas de la última guerra.

La obra mencionada permite percibir cuántas de estas construcciones doctrinales y las controversias que entrañaban, parecen hoy en cierto modo gratuitas.

La diversidad y a menudo las oposiciones entre estas doctrinas, provienen de lo que la mayoría de los autores han buscado a definir y a construir el derecho comparado en función del propósito que ellos les asignan: es por la finalidad que al estudio comparativo se le asignó su naturaleza y su método.

Aparece planteado el interrogante en torno a si el derecho y no sólo el derecho comparado constituye una ciencia y que en el mo-

mento que se afirma con mayor firmeza como disciplina científica, el derecho comparado se presenta, al menos implícitamente como un arte, tanto como ciencia, ya que se establece como un objetivo más que el conocimiento sistemático desinteresado, siendo este el gran punto de discusión.

Señala Marc Ancel que la expresión derecho comparado ha sido legítimamente criticada porque no hay un derecho en comparación con los sonidos con los que hablamos de derecho civil, derecho penal o derecho procesal. La fórmula es equívoca y en este sentido, la expresión alemana de *Rechtsvergleichung* es ciertamente preferible. Pero explica que los términos *droit comparé*, derecho comparado, comparative law, diritto comparato, voire sravnitelnoie pravo, son tan comunes y aceptados que no puede haber ninguna cuestión de modificarlos o incluso cuestionarlos.¹²

La comparación o confrontación de derechos puede ser entendida de múltiples formas y para situar la gran discusión metodológica de la primera mitad del siglo, el autor distingue tres direcciones principales de la sistemática comparativa.

1. Una primera tendencia o concepción consiste en proceder al estudio del conjunto de derechos positivos en su evolución y en su realidad efectiva. Algunos aquí se inspiran en las posiciones etnológicas de Post y de Kohler para tender con Lambert a “la historia comparativa de las instituciones”.

El derecho comparado encarado primero como una historia universal del derecho buscará definir sistemas o tipos de derechos (principalmente con Gabriel Tarde, luego Lévy-Ullmann en Francia, o con Wignore en Estados Unidos) para identificar las causas y el desarrollo de los derechos nacionales (Sauser Hall), lo que conduce a un doble uso del método histórico y el método sociológico que acerca el derecho comparado a la sociología jurídica (Ascarelli, Rheinstein, Jerome Hall) u oponiendo la dogmática jurídica al estudio comparativo del fenómeno jurídico y de su evolución (Rotondi).

2. Otra tendencia se inclina hacia un derecho comparado normativo, pero adopta aspecto diverso. Roguin en las obras célebres de principio de siglo, Arminjon, Nolde y Wolff en su Tratado de 1950,

¹² Ancel, Marc, op. cit., págs. 30, 31.

proceden a la confrontación de los conceptos jurídicos clasificados por categorías revisando las diferentes ramas del derecho, al menos del derecho privado en los diversos sistemas jurídicos.

Son muchos los que se esfuerzan por identificar los principios comunes de las naciones civilizadas, siendo este el verdadero objeto de la Escuela universalista francesa de la primera mitad del siglo. Este todavía sigue siendo el objetivo de Rabel y muy preocupado por aprender el derecho vivo en todo sus elementos constitutivos para de eso extraer las nociones jurídicas generales. Este sigue siendo el caso de autores como Martínez Paz y A. Schnitzer en obras de muy diferentes tipos y culturas.

Llevando más lejos esta forma de ver, se lanzará la idea de una science universelle du droit, alcanzada por el derecho comparado y tendiente a considerar el fenómeno jurídico como expresión de la unidad fundamental del espíritu humano (G. Del Vecchio y Safatti) o como una investigación a través de sistemas positivos de un ideal común de justicia (Yntema).

3. La tercera tendencia identificada por Marc Ancel, la ilustra particularmente Roscoe Pound, quien ve primero en la comparación de los derechos nacionales una superación sistemática del particularismo nacional, que luego puede proporcionar la base para un sistema legal universal. En este lugar, señala que lo importante a destacar es que él hará menos por la unidad de sus reglas positivas que por la coordinación de esfuerzos y la creación de un nuevo clima internacional.

Es en este sentido también que Édouard Lambert se aleja del derecho común legislativo de 1900 y apunta al Congreso de la Academia de Derecho Comparado de 1932 a poner las diversas fuentes del derecho en cooperar eficazmente con la aproximación progresiva de las leyes nacionales, particularmente en el campo de los derechos de las transacciones comerciales y el derecho mercantil.

Aquí observa Marc Ancel, se verifica un cambio que tiene lugar en la doctrina comparativa. Este parece menos preocupado ahora de especulaciones metodológicas que por realizaciones concretas.

Después de la segunda guerra mundial, la teoría del derecho comparado va a tomar una fase nueva, para la supervivencia de una Escuela crítica o contestataria.¹³

¹³ Ancel, Marc, op. cit., págs. 31, 32.

III.2. Las teorías críticas después de 1945

Esta teoría ha sido afirmada en la obra de Gutteridge a la cual antes refiriera y retomada en Francia por M. René David (*Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1960), en Inglaterra por M. Hamson (*The Law; its Study and Comparison*, 1955) y en Italia por Tullio Ascarelli (*La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, 1949).

El punto de partida de la misma es la doble constatación que desde hace cincuenta años no se ha llegado a formular una definición aceptada por todos del derecho comparado y que las discusiones metodológicas sobre la función, la naturaleza y la posición del derecho comparado en frente a otras ciencia jurídicas, no han terminado más que en una gran confusión.

Resulta de sumo interés hacer una revisión de los argumentos vertidos por los defensores de esta nueva doctrina. Ellos expresan que se habrían evitado estas discusiones estériles, si hubieran admitido inmediatamente que el derecho comparado no era ni una ciencia especial ni siquiera una rama de la ciencia del derecho y que consistía solo en el uso de cualquier rama de la ciencia del derecho y que consistía solamente en la utilización por no importa cuál rama del derecho del método comparativo.

Los nuevos seguidores subrayan lo que consideran una verdad de evidencia. Que por una parte, cada rama del derecho (civil, comercial, penal) está constituida por un conjunto de reglas positivas metodológicamente coordinadas y que en este sentido no existe “una provincia del derecho comparado”. Se resalta que el derecho comparado no es una rama del derecho.

Por otra parte, el derecho comparado, es decir la investigación comparativa, es inseparable de su objeto y se ha visto que las concepciones que se presentan, se definen en función de la finalidad que se le atribuye al derecho comparado y concluyen en que el derecho comparado no es pues, una ciencia.

El derecho comparado sostiene René David, no es otra cosa que “el método comparado aplicado al domino de las ciencias jurídicas”.

Esta doctrina, a la vez realista y coherente, pone fin a las controversias estériles y al mismo tiempo, comporta tres consecuencias de extrema importancia.

En primer lugar, el método comparativo, esencia y substancia del nuevo derecho comparado, debía ser definido, profundizado e incluso enseñado por él mismo. Su uso requiere una iniciación previa y también desaparecía el diletantismo comparativo que conforme se viera, había servido entre las dos guerras.

En segundo lugar, el método comparado supone el conocimiento exacto de dos términos de la comparación, es decir, del derecho nacional del cual naturalmente parte el jurista, pero también del o de los derechos que se proponen comparar con él y este conocimiento no se compone de reglas de derecho aisladas, que se yuxtaponen, sino del conjunto del sistema extranjero encarado en su estructura, en sus fuentes y en su funcionamiento efectivo.

De ahí la importancia primordial reconocida al estudio de sistemas de derecho extranjero, que devendrá en objeto primero, o incluso, aun puede ser el único objeto del derecho comparado en esta nueva concepción. Ello entraña que bajo esta forma, el derecho comparado comporta una nueva orientación. Y ella implica la apertura sobre los sistemas extranjeros.

Esta nueva visión conduce al desapego de los problemas de orden teórico o filosófico para enfocarse en los problemas concretos del derecho viviente.

Marc Ancel afirma que el éxito de la teoría crítica ha sido grande, sobre todo después de aquellos que, por diversas razones, desconfiaban de todo cotejo unificador de la legislación. Los *common lawyers*, dice, educados en una tradición insular y en la defensa de un sistema substancialmente extranjero a las concepciones y a las categorías romanas, han encontrado un mejor modo de rechazar los acercamientos que arriesgaban alterar su derecho y sobre todo, las tentativas de unificación del derecho.

Los juristas de los países del Este, por su lado, han visto la ocasión de retomar contacto con los sistemas extranjeros, sin pactar con el derecho burgués y sin aceptar ellos también, un acercamiento de los derechos o de las instituciones incompatibles con la irreduc-

tibilidad y la superioridad afirmadas a priori del sistema de derecho socialista.¹⁴

Quedará aquí una pregunta sin responder: ¿dónde está la doctrina comparatista moderna?

IV. Hacia un deber ser del Derecho Comparado en la actualidad

Cuando al inicio de este escrito se habla de trazos sobre el origen del derecho comparado, la vocación es exhibir algunas misceláneas de esta polémica y poco estudiada disciplina.

El buen artista dedicado a la pintura, tiene de seguro dos condiciones: paciencia y talento o viceversa. Para exponer más sobre los orígenes del derecho comparado, sin duda haría falta mucho de la primera virtud y aun cuando la hubiere, es difícil pensar que tendrá algún interés práctico, salvo el inefable.

En cuanto al talento, de seguro no es un don atribuible a cualquier mortal. Sin embargo, para los que no lo tenemos, es posible tentar al lector, mostrando alguna tendencia actual del derecho comparado, que lleve a generar inquietud en cuanto a su utilidad efectiva y su destino, especialmente en atención a la extensa cronología que llevara su construcción y deconstrucción reiterada. También para indagar porqué algún autor habla de ella como de una disciplina subversiva.¹⁵

B. Markesinis, indica que los comparatistas del siglo XX, permaneciendo fieles al concepto de soberanía del Estado heredado del siglo XIX y sobre la base de un Derecho estatal fundado en la jurisprudencia, se han abocado sobre todo a sugerir las incontestables diferencias entre los sistemas estatales, más que a apuntar las convergencias que resultan igualmente trascendentes, anclándose celosamente en los instrumentos heredados de su propio sistema.

Agrega este autor, que no es esto lo que exige el siglo XXI frente al movimiento emergente de regímenes legales transnacionales, ya

¹⁴ Ancel, Marc, op. cit., págs. 33, 34.

¹⁵ Fletcher, G. P., Comparative Law as a Subversive Discipline, AJCL, 1998, págs. 683 y ss.

sea en el ámbito de los derechos humanos o en el propio del derecho comercial. Este nuevo mundo que nace y cuyos elementos son interdependientes, no puede funcionar a través de una ciencia jurídica excesivamente tributaria de estructuras superadas o de usos comerciales locales. Hacen falta espíritus jurídicos abiertos y flexibles para importar lo que es útil y exportar aquello que, en su propio país, ha dado los mejores resultados. Con ese motivo, deben identificarse y afrontarse las cuestiones esenciales y tomar conciencia de que atraviesan las fronteras nacionales ofreciendo enormes posibilidades de circulación de las ideas jurídicas.¹⁶

Europa muestra hoy dificultad en la reactivación académica del Derecho comparado, circunstancia que se vincula directamente con las exigencias que conlleva la elaboración del Derecho privado europeo, fenómeno cuya delimitación sólo aparece definida en la última década del siglo XX.

Observa Sánchez Lorenzo que esta carrera europea hacia el Derecho comparado debería ilustrar a las sociedades y a los juristas de otras latitudes, cuyos procesos de integración jurídica, irremediables a corto plazo, aún son incipientes o incluso inexistentes.¹⁷

Emerge como valiosa la advertencia de A. Riles respecto a que: “En muchas partes del mundo, recientemente, el Derecho comparado es considerado relevante al efecto de proyectar constituciones o códigos o para la armonización jurídica. Incluso los tribunales norteamericanos, último bastión del “parroquialismo”, empiezan a tener en cuenta el valor de los materiales comparativos en el proceso de adopción de sus decisiones”.¹⁸

¹⁶ Markesinis, B., *Unité ou divergence: à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain*, RIDC, 4-2001, pp. 826 y 827, citado por Sixto Sánchez Lorenzo en “Necesidad y virtud del Derecho Comparado en el siglo XXI”, *elDial.com Biblioteca Jurídica on-line*, Lunes, 5 de junio de 2006.

¹⁷ Sixto Sánchez Lorenzo, “Necesidad y virtud del Derecho comparado en el siglo XXI”, *elDial.com Biblioteca Jurídica on-line*, Lunes, 5 de junio de 2006, año XI.

¹⁸ Riles, A., *Introduction. The Projects of Comparison, Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2001, pág. 2. Citado por Sánchez Lorenzo, Sixto, op. cit.

Hay una muestra acabada de que los procesos de integración no sólo reclaman al Derecho comparado su función “legislativa”, en una necesaria labor previa de comparación entre sistemas, determinación de puntos comunes y diferencias reales, y aproximación de criterios y expresiones. El fruto de la integración jurídica es un texto o tratamiento legal compartido, quizá no en un mismo idioma, pero siempre en la aspiración de un único sentido. Y tales textos y sistemas legales apátridas, referidos a sistemas que son supranacionales, deben ser interpretados por jueces tanto nacionales como supranacionales de forma uniforme y ajena, en la medida de lo posible, a las idiosincrasias jurídicas nacionales.

En esta labor de interpretación autónoma o uniforme, el derecho comparado vuelve a desplegar una función determinante. Pero esta función no sólo sirve a la cobertura de lagunas, la calificación de cuestiones jurídicas, o la solución de complejos problemas técnico-jurídicos y arduas cuestiones interpretativas.

Mucho más allá de los problemas de mera interpretación, a los que se ve abocado cualquier sistema jurídico y, con mayor razón, un sistema transnacional menos acabado y definido, la función del derecho comparado como instrumento interpretativo en un marco jurídico integrado apunta a lo que M. Kiikeri denomina “función mediadora”. Dicha función, que el autor confirma tras el estudio de varios “casos difíciles” o “hard cases” en mención terminológica que alude a la teorización de R. Dworkin, consiste básicamente en alcanzar un delicado equilibrio que permita la coexistencia pacífica de ordenamientos jurídicos nacionales muy dispares y obedientes a diferentes culturas, de forma que la interpretación y aplicación del derecho uniforme no inflija daños irreparables a los ordenamientos nacionales, estimulando una evolución y profundizando la integración en un marco de confianza y convivencia entre los sistemas nacionales afectados.¹⁹

En cuanto a esta tendencia, es impactante lo expuesto por Samuel en una obra reciente, donde habla de “Problemas y promesas del Derecho Comparado” y consigna allí que el primero se relaciona

¹⁹ Kiikeri, M., *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Dordrecht-Boston-Londres, Kluwer, 2001, esp. págs. 303-306, citado por Sanchez Lorenzo, Sixto, op. cit.

con la definición del mismo, ya que se trata de un tema jurídico colmado de controversia y dificultad, en distintos niveles. En el caso ejemplifica con interrogantes: La mera descripción de sistemas jurídicos extranjeros ¿es derecho comparado o hace falta ir más allá? ¿Se trata de un simple método o de algo más? ¿El único método útil es el funcionalista o se deben considerar otros? ¿Se debe presumir la similitud o la diferencia? El comparatista ideal ¿debería convertirse en un iniciado o debería mantenerse como forastero?

Resalta este autor que en un nivel epistemológico, los interrogantes incluyen: ¿Cuál es el propósito de la comparación en los estudios jurídicos comparativos? ¿Qué se debería comparar? ¿Qué se entiende por comparación? ¿Qué se entiende por Derecho? Finalmente, respecto de la teoría del derecho comparado se pregunta, ¿este se debe fundar en un compromiso con la teoría o constituye una simple técnica? La teoría de las familias o tradiciones jurídicas ¿resulta útil? En la afirmativa, ¿cómo se deberían distinguir una de la otra?

Dentro de este tembladeral de cuestionamientos, Samuel asevera que la definición del derecho comparado es ambigua y enumera los siguientes interrogantes; ¿Qué significa exactamente la comparación en el contexto del derecho comparado? ¿Es meramente indicar cómo un área o problema es tratado normativamente en dos o más sistemas? ¿O se debe ir más profundamente en la historia, sociología, economía y política de los sistemas y países en cuestión? ¿Qué implica la comparación y qué es capaz de lograr en cuanto a progreso del conocimiento?

Entiende este jurista que el conocimiento de otro sistema es un paso previo fundamental de la comparación jurídica, pero no es comparación. Del mismo modo, la historia, la teoría y la sociología del derecho constituyen insumos fundamentales de la comparación, pero no se deben confundir con esta.

Aconseja que para comprender lo que se entiende por derecho comparado, conviene mirar otras disciplinas comparadas, como la literatura comparada. Comparar es indispensable para el progreso del conocimiento. El derecho comparado es un proceso en el cual el comparatista toma varios objetos para estudiarlos en un marco

científico en el cual el objeto es estudiado desde el punto de vista del otro. El marco dialéctico genera conocimiento.

Con una visión lúcida y optimista, señala que la búsqueda de legitimidad del derecho comparado y el intento de justificar la comparación jurídica por su utilidad práctica roza a lo ridículo, de acuerdo a Sacco, y muchos trabajos han sido superficiales y medio-cres. Pero esto ya ha cambiado y existen muchos trabajos de alta calidad. Para no ser superficial, la comparación jurídica se debe fundamentar en esta literatura más reciente.²⁰

Retomar el punto inconcluso de los orígenes es una tarea próxima, mientras tener presente las grandes tendencias evolutivas a las que magistralmente refiriera Mauro Capelletti, puede iluminar el camino.²¹

²⁰ Samuel G. (2014). *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

²¹ Capelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Editorial Porrúa S.A., México, 1993, pág. 22.

**La ejecución de la doctrina del Tribunal Europeo de
Derechos Humanos frente a situaciones de déficit legislativo nacional**

El caso de España y las escuchas telefónicas

CAROLINA PRADO*

* *Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, España, y Máster Europeo en Sistema Penal y Problemas Sociales por esa misma universidad. Profesora de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro y Secretaria del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Funcionaria del Poder Judicial de la Nación.*

I. Introducción

El tema del derecho a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones, en especial frente a intervenciones telefónicas, constituye un claro ejemplo de cómo un pronunciamiento negativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o el Tribunal) sobre el ordenamiento español se ha visto corregido a través de la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

A propósito de ello, es sabido que los tribunales españoles se hallan obligados a interpretar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española (en adelante CE) a la luz de su art. 10¹, aplicando así los mandatos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante Convenio) e incluyendo el referido a la fuerza de cosa interpretada de la jurisprudencia del TEDH.

En razón de ello, la jurisprudencia del TEDH constituye un instrumento imprescindible a la hora de interpretar el sistema español de derechos². Entre las razones que avalan esta afirmación pueden destacarse:

a) La integración del Convenio a nivel interno a partir de su publicación oficial impuesta por el art. 96.1 de la CE³.

b) El mandato constitucional del citado art. 10.2 CE acerca de la necesidad de interpretar los derechos y libertades conforme a los tratados internacionales sobre estas materias ratificados por España.

¹ El art. 10 de la Constitución Española establece: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

² Que, al cabo, obliga a examinar la jurisprudencia del TEDH si se pretende efectuar una correcta interpretación de los derechos reconocidos en la CE.

³ Art. 96, párrafo 1, de la CE: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

c) La configuración del TEDH como órgano de aplicación e interpretación del Convenio, a tenor lo dispuesto en el art. 46 del Convenio⁴.

d) El reconocimiento explícito del Tribunal Europeo como órgano de aplicación e interpretación del Convenio Europeo, formulado por España⁵.

En efecto, puede afirmarse que la integración del sistema europeo de derechos en el sistema de derechos de la Constitución española se realiza desde un doble nivel. Por una parte, el sistema europeo pasa a ser un subsistema dentro del sistema español, que adquiere un carácter interactivo con respecto a los derechos cons-

⁴ Con respecto al reconocimiento de la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar y aplicar el Convenio Europeo, el art. 46 CEDH establece que cada estado signatario puede declarar, en cualquier momento, que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial, la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio de Roma. Este reconocimiento, según el mismo art. 46 CEDH, puede efectuarse pura y simplemente o bajo condición de reciprocidad con respecto a determinados estados signatarios, o por períodos de tiempo determinados.

⁵ Ya en el instrumento de ratificación del Convenio constaba que España reconocía tal competencia por un período de tres años a partir del 15 de octubre de 1979, declaración que en consecuencia mantenía su vigencia hasta el 14 de octubre de 1982. La primera renovación de este reconocimiento tuvo lugar con la Declaración del Ministerio de Asuntos Exteriores de fecha 24 de setiembre de 1982, por la que se reconocía la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para conocer asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de 1950 y sus Protocolos adicionales, por un período de tres años, período que finalizaba el 14 de octubre de 1985. Este reconocimiento fue renovado en la Declaración del Ministerio de Asuntos Exteriores de 18 de octubre de 1985, a través de la cual se ratificaba nuevamente la jurisdicción del TEDH respecto de la interpretación y aplicación del Convenio Europeo por un período de cinco años a partir de la fecha de la declaración, estando ésta vigente hasta el 17 de octubre de 1990. La última declaración del reconocimiento de la competencia del Tribunal realizada hasta la fecha es la efectuada mediante la Declaración del Ministerio de Asuntos Exteriores de fecha 10 de octubre de 1990, por la que se renueva el reconocimiento de la jurisdicción del TEDH para interpretar y aplicar el Convenio Europeo por un período de cinco años a partir del 15 de octubre de 1990 estableciendo, además, una cláusula de reconducción tácita.

titucionales. Este carácter interactivo tiene dos vertientes: de un lado, la integración del sistema europeo producido caso a caso en cada uno de los derechos coincidentes en ambos sistemas; de otro, el sistema europeo configura una serie de interpretaciones de alcance general para todos los derechos (por ejemplo, el test de la igualdad o el test de los límites, que son aplicables a todos los derechos). Por otra parte, hay que tener en cuenta que el sistema europeo comprende tanto la letra del Convenio como la interpretación que el TEDH realiza de dicho Convenio, al estar el Tribunal configurado por el Convenio como órgano de interpretación y aplicación del mismo⁶.

En atención a dicho esquema, resulta de interés revisar cómo el TEDH, al efectuar su labor de control sobre la aplicación del Convenio Europeo en relación con los derechos allí contemplados, configura construcciones generales aplicables al sistema europeo de derechos en su conjunto. Es decir, se impone el examen del conjunto de la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Estrasburgo a los efectos de sistematizar los criterios interpretativos generales que de ella pueden extraerse.

Un repaso de las sentencias dictadas por el TEDH, desde sus orígenes hasta el presente, da cuenta de la elaboración de construcciones generales aplicables a todos los derechos del Convenio, con motivo de sus pronunciamientos en casos concretos.

Es importante considerar que tales construcciones jurisprudenciales, emanadas del conjunto de casos sentenciados por el TEDH, no se configuran en relación con un derecho en concreto sino que, por el contrario, presentan un ámbito o alcance general que impregna a todo el sistema de derechos derivado del Convenio. De tal modo, actúan como criterios hermenéuticos aplicables tanto a los derechos reconocidos por el Convenio cuanto a los sistemas inter-

⁶ Freixes Sanjuán, Teresa; "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa", trabajo presentado en: Proyecto DGICYT (Integración europea y derechos fundamentales: Integración de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias del Tribunal Constitucional" (PB93-0851).

nos de derechos, en razón de la consideración del Convenio como estándar mínimo general exigible a los Estados europeos⁷.

En términos generales, dichas construcciones interpretativas refieren a diversas cuestiones, tales como el modo de entender el derecho a la igualdad y a la no discriminación; los límites al ejercicio de los derechos; la forma en que los Estados pueden ejercer el llamado derecho de derogación; entre otras atinentes, por ejemplo, a la extensión de los derechos a los extranjeros; la obligación de los poderes públicos de hacer efectivos los derechos y la exigencia de respeto a la naturaleza o esencia de cada derecho.

II. Interpretación del TEDH sobre los límites a los derechos

Desde sus primeras sentencias, el Tribunal de Estrasburgo ha configurado una teoría sobre la aplicación de límites a los derechos. El Tribunal parte del carácter del Convenio Europeo como estándar mínimo previsto para los estados signatarios, todos ellos en la línea de la tradición política propia de los sistemas democráticos.

El Tribunal afirma que el Convenio atribuye una función a los derechos consistente en impedir la injerencia de los poderes públicos en una esfera de autonomía determinada previamente, aunque esta afirmación debe ser matizada si se repara en la función del Convenio como estándar mínimo, que impone, por una parte, ciertas obligaciones a los estados como garantes de la efectividad de los derechos y, por otra, a los particulares el deber de no violar los de-

⁷ El estándar o nivel mínimo del Convenio deriva del art. 60 del mismo, que dispone que “ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en que ésta sea parte”. También el Preámbulo del Convenio Europeo insiste en este nivel mínimo afirmando que los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, pretenden “tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal” (se refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1948).

rechos reconocidos por el Convenio. Estos presupuestos y previsiones del Convenio Europeo –cuyos artículos establecen límites concretos para determinados derechos– han conducido al TEDH a generalizar una serie de condiciones aplicables a todo supuesto de limitación de cualquier derecho del Convenio.

En esencia, las condiciones impuestas por el Tribunal para que las injerencias sean compatibles con el Convenio pueden sintetizarse en: a) que los límites estén previstos en la ley; b) que los límites sean necesarios en una sociedad democrática para conseguir un fin legítimo; c) que los límites sean proporcionales con relación al fin legítimo perseguido.

A propósito de tales condiciones, la jurisprudencia del TEDH se ha ocupado de definir, en concreto, el concepto de ley, a los efectos del Convenio; cuándo puede considerarse que existe necesidad de limitar los derechos en la sociedad democrática y cómo hay que apreciar el principio de proporcionalidad con la finalidad legítima que se persigue con la imposición de los límites.

Ya en el caso “Handyside” sobre el famoso “pequeño libro rojo del colegio”, el TEDH indaga acerca de si la injerencia de la autoridad, al prohibir la venta del libro, resulta justificada a la luz del art. 10.2 del Convenio. Esta norma, que reconoce la libertad de expresión, establece a la vez ciertos límites a su ejercicio, sometidos a ciertas condiciones⁸.

⁸ Art. 10 del Convenio Europeo: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en su sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para la garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

En este sentido, el TEDH considera que, a los fines de su legitimidad, las restricciones deben estar previstas en la ley; deben ser necesarias en una sociedad democrática para la protección de la moral. Al respecto, el TEDH puntualiza que no se puede encontrar en el derecho interno de los estados contratantes una noción europea uniforme de la moral y que las autoridades del Estado se encuentran, en principio, en mejor condición que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la necesidad de una restricción o sanción.

Posteriormente, el Tribunal Europeo cambia el sentido de su jurisprudencia para afirmar, en el caso “Gillow”, que el concepto de necesidad implica una exigencia social imperiosa, cuya aplicación ha de ser justificada por la autoridad pertinente.

En el caso “Klass y otros” se reitera la necesidad de previsión en la ley, a la vez que se amplía el elenco de presupuestos para avalar las restricciones y se sitúan límites a la discrecionalidad de los Estados para el ejercicio de sus potestades limitadoras. Así, el TEDH considera que las medidas han de ser necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la defensa del orden o la prevención de las infracciones penales; que el legislador estatal, aunque goza de cierta discrecionalidad para imponer restricciones, carece de poderes ilimitados, ya que deben existir garantías suficientes y adecuadas contra los abusos.

El caso “Sunday Times” define el concepto de ley a los efectos del Convenio, puntualiza el margen de discrecionalidad de los Estados para apreciar la justificación de los límites y argumenta en torno a la necesidad de las restricciones en una sociedad democrática. Así, establece que sólo puede considerarse ley a una norma con la precisión suficiente como para que el ciudadano pueda ajustar su conducta a ella; y pueda ser capaz de prever, en la medida razonable de sus circunstancias, las consecuencias del acto. Refiere además que pese a que el Estado tiene un margen de discrecionalidad, éste no es ilimitado y, por tanto, no basta la buena fe para justificar las medidas concretas. Acerca de la necesidad de restricciones en una sociedad democrática, establece que corresponde determinar si la injerencia obedece a una necesidad social imperiosa, si resulta

proporcionada al fin legítimo perseguido; y si los motivos alegados por las autoridades nacionales para su justificación son pertinentes y suficientes.

El caso “Young, James y Webster” permite al TEDH precisar la noción de restricciones necesarias en la sociedad democrática. Al respecto, establece que “necesarias” no equivale a “útiles” u “oportunas”, dado que la sociedad democrática supone pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura, a la par que exige un equilibrio que asegure a las minorías un trato justo y que evite todo abuso por parte de una posición dominante.

También en el caso “Duggeon” se enfatiza en la cuestión de la necesidad de las restricciones en la sociedad democrática. En tal sentido, se postula un mayor rigor para su admisión en relación con la propia naturaleza del derecho afectado y se relativiza el límite de la moral en función de la evolución de las concepciones sociales. Sobre la base de jurisprudencia anterior, el Tribunal Europeo afirma que la “necesidad” importa una necesidad social importante y que corresponde a los Estados formular la valoración inicial de dicha necesidad. Refiere que el margen de apreciación de los Estados queda afectado no sólo por la naturaleza de la finalidad de la restricción, sino también por la naturaleza de las propias actividades implicadas, de modo que las razones que justifiquen la intromisión deben ser particularmente importantes y proporcionadas al fin perseguido.

Cabe resaltar la importancia que el Tribunal Europeo concede a la opinión social dominante como fundamentadora de la existencia de límites a los derechos. Esta interpretación –que parte de la circunstancia de que el Convenio incide en diferentes ordenamientos jurídicos, correspondientes a sociedades con rasgos diferenciales propios en cuanto a opinión social– presenta el riesgo de generar un quiebre en el estándar de efectividad de derechos, que se pretende en el Convenio.

En efecto, hay que tener en cuenta que una consideración amplia, que abra en forma ilimitada el margen de discrecionalidad de cada uno de los Estados, puede originar interpretaciones tan dispares como contradictorias, que resulten incluso opuestas a la pro-

pia fundamentación del Convenio como instrumento de garantía colectiva. Como consecuencia, los límites que puedan fundamentarse en la opinión social, han de estar cuidadosamente seleccionados y justificados para que puedan considerarse compatibles con el Convenio.

Por su parte, resulta de interés la interpretación del TEDH en el caso “Silver y otros” sobre la necesidad de que los límites se encuentren previstos en la ley. En dicho precedente, correspondiente a Gran Bretaña, se analizó si una serie de órdenes de la autoridad penitenciaria que constituían una interferencia en la correspondencia de presos podía catalogarse como “ley” a los efectos del Convenio. Allí se estableció, puntualmente, que la interferencia debe basarse en el derecho interno y a estos efectos “ley” significa para el derecho inglés la Ley de prisiones y el Reglamento de prisiones, pero no las instrucciones y circulares que no tienen fuerza de ley.

Asimismo, se definió que la interferencia debe poder ser conocida por el ciudadano, postulando en el caso que la ley y el reglamento de prisiones lo habían podido ser, pero no las circulares e instrucciones dado que no se habían publicado.

A la vez, se estableció que si la ley concede facultades discrecionales para la interposición de los límites, ella misma debe fijar su alcance. En general, en los supuestos no previstos explícitamente, la práctica suple a la no regulación expresa⁹, aclarándose que en dicho caso concreto no hubo tal práctica, sino la imposición de unas instrucciones y circulares que, al no derivar de precedentes, debían respetar el reglamento de prisiones.

Finalmente, se afirmó que la ley debe contener garantías contra los abusos, no siendo necesario que tales garantías se incluyan en el mismo texto que autoriza la imposición de las restricciones. A propósito de ello, el TEDH dejó asentado la existencia de una relación estrecha entre la cuestión de las garantías contra los abusos y la existencia de recursos efectivos que permitan obtener una reparación si los derechos han sido violados.

⁹ Valga la aclaración de que, en este caso, se trata de un asunto que afecta a Gran Bretaña, donde la costumbre y el precedente constituyen fuente indiscutida del derecho.

Esta jurisprudencia, reiterada más tarde en el caso “Malone” y otros posteriores, indica en primer lugar que el concepto de ley ha de apreciarse en relación con el sistema de fuentes previsto en el ordenamiento jurídico de cada Estado signatario; en segundo lugar, plantea la necesidad de respeto al principio de publicidad de las normas; y, por último, postula que la tutela efectiva sobre derechos e intereses legítimos exige un control judicial eficaz sobre los límites a los derechos.

Finalmente, se destaca el criterio general fijado por el Tribunal Europeo en numerosas de sus sentencias, entre ellas con motivo del caso “Ciulla”, relativo a que la interpretación de los límites debe ser restrictiva, no extensiva¹⁰.

La progresiva configuración del “test” de los límites por parte del Tribunal Europeo resulta de especial interés en la interpretación que sobre los límites a los derechos cabe realizar en un sistema de derechos como el español, en el cual no existe regulación concreta sobre el alcance que pueden tener las limitaciones que se puedan imponer a los derechos.

En efecto, en dicho sistema jurídico, los límites que pueden ser impuestos a los derechos, o bien son límites específicos directamente establecidos por la Constitución para un derecho en concreto, o bien deben deducirse del propio sistema de derechos y con relación al marco general constitucional. Es decir, para que el límite pueda ser considerado como compatible con la Constitución, o bien es establecido por ella misma directamente, o bien es necesario inferirlo de la misma a través del conflicto entre derechos o de la interpretación que de los derechos pueda efectuarse a partir del art. 10.2 CE, lo cual comportará necesariamente una interpretación que tenga en cuenta lo dispuesto acerca de los límites en los tratados internacionales o de la interpretación que realice el legislador al regular el ejercicio de los derechos (interpretación sometida al respeto del contenido esencial de los derechos y, también, a lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por España).

¹⁰ Un desarrollo más amplio de estos casos, puede verse en: Freixes sanjuán, Teresa; op. cit.

En todos estos supuestos, a partir del art. 10.2 CE, la interpretación del Tribunal Europeo sobre los límites sienta una construcción de alcance general de especial significación. El “test” elaborado por el TEDH constituye una garantía de suma importancia, que actúa como límite de los límites y que debe ser respetado por el legislador, por el aplicador de las normas reguladoras del ejercicio de los derechos fundamentales y por los particulares en el ejercicio de sus derechos (de modo de evitar restricciones sobre los derechos de otras personas)¹¹.

III. El caso de España y las escuchas telefónicas

Según se ha mencionado, los tribunales españoles se hallan obligados a interpretar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española a la luz de su art. 10, aplicando así los mandatos del Convenio e incluyendo el referido a la fuerza de cosa interpretada de la jurisprudencia del TEDH.

En el tema de las escuchas telefónicas, ello se ha traducido en una labor interpretativa de los tribunales que ha venido a suplir deficiencias de la regulación legal, asegurando de tal modo la protección de los derechos del Convenio, incluso frente a la inacción del legislador.

En efecto, a partir de una sentencia del Tribunal de Estrasburgo en la que se sostuvo “falta de calidad” de la ley española en materia de regulación en la intervención de las comunicaciones telefónicas, los tribunales nacionales emprendieron el cometido de remediar esa situación de insuficiencia de la normativa, con el objeto de alcanzar los niveles de protección de derechos fundamentales exigidos por el Tribunal.

El tema se plantea, primeramente, en la sentencia dictada en el caso “Valenzuela Contreras contra España”, de 30 de julio de 1998. En ella, el Tribunal de Estrasburgo condenó a España, tras considerar que la normativa que habilita las intervenciones judiciales de comunicaciones¹² era inadecuada, por genérica e incompleta.

¹¹ De allí la importancia de la construcción jurisprudencial del Tribunal Europeo en la interpretación del sistema español de derechos.

¹² Constitución Española -art. 18.3- y Ley de Enjuiciamiento Criminal -art. 579-, en su redacción vigente al momento de los hechos (año 1985).

En dicho pronunciamiento, en el que el Tribunal aplicó el test de proporcionalidad, quedó patentizado el problema de la calidad de la ley, al postular el TEDH que el art. 18.3¹³ de la CE y la Ley de Enjuiciamiento Criminal no establecían de manera clara los supuestos y las condiciones de procedencia de la intervención de las comunicaciones. El Tribunal estimó, por tanto, la demanda del ciudadano español que invocaba violación de su derecho a la privacidad, en los términos del art. 8 del Convenio¹⁴.

En una breve reseña del caso, hay que decir que, a partir de la demanda de un ciudadano español en contra de España por violación del art. 8 del Convenio respecto del derecho al respeto a la vida privada y familiar y a la correspondencia, el caso atañe a la orden de juez de instrucción para establecer la vigilancia de línea telefónica, en el marco de un proceso penal por injurias y amenazas telefónicas y escritas.

En cuanto al pronunciamiento del TEDH, resuelve el caso mediante la aplicación del test de proporcionalidad, basándose para ello en una serie de principios generales derivados de su jurisprudencia. Valga aquí la aclaración de que, tradicionalmente, los conflictos normativos se resuelven mediante criterios clásicos de solución de antinomias (jerarquía, cronología y especialidad). Sin embargo, cuando el caso supone colisión de derechos fundamentales configura lo que se denomina un “caso difícil”, en el que los derechos en juego pertenecen al mismo cuerpo constitucional y, por ende, obliga a recurrir a procesos metodológicos diferentes para su resolución¹⁵.

¹³ El art. 18.3 de la CE dispone: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

¹⁴ Que dispone: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

¹⁵ Baquerizo Minuche, Jorge; “Colisión de Derechos Fundamentales y Jui-

Entre tales alternativas metodológicas, el test de proporcionalidad importa un juicio que se reserva para el control de situaciones de verticalidad, como es el caso de la actuación de jueces penales. El TEDH somete la cuestión al examen de cada uno de sus requisitos: fin legítimo; idoneidad o adecuación de la medida restrictiva; necesidad de la medida y proporcionalidad en sentido estricto.

Entre las consideraciones generales apreciadas por el Tribunal, debe mencionarse: a) La interceptación de las conversaciones telefónicas constituye una injerencia de una autoridad pública en el derecho al respeto a la vida privada y a la correspondencia. Esta injerencia vulnera el art. 8 del Convenio salvo si, «prevista por la ley» persigue uno o varios fines legítimos y, además, es «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzarlos; b) La expresión «prevista por la ley» procura, en primer lugar, que la medida tenga una base en el derecho interno. Sin embargo, no se conforma con una mera remisión al derecho interno, sino que concierne también a la calidad de la «ley». Exige, en concreto, que el derecho interno ofrezca una cierta protección contra atentados arbitrarios de los poderes públicos a los derechos garantizados. Adopta un concepto material de ley, no formal (leyes, jurisprudencia, disposiciones administrativas). En cuanto a sus calidades, debe ser pública o accesible, clara (comprensible) y previsible (de los riesgos y costes implicados); c) El peligro de arbitrariedad aparece con nitidez allí donde un poder de apreciación se ejerce en secreto. Cuando se trata de medidas secretas de vigilancia o de la interceptación de comunicaciones por las autoridades públicas, la exigencia de previsibilidad implica que el derecho interno debe emplear términos suficientemente claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas; d) Son garantías mínimas, necesarias para evitar los abusos, que deben figurar en la ley: la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial; la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; las condiciones de los atestados que consignen las conver-

cio de Ponderación” disponible en: www.revi.stajuridic.aonline.com.

saciones interceptadas; las precauciones para la comunicación, intactas y completas, de las grabaciones realizadas, para su eventual control del juez y la defensa; las circunstancias en que procede el borrado o destrucción de las cintas.

En cuanto a las consideraciones particulares, el fallo señala: a) Existencia de una injerencia: la intervención de línea telefónica constituye una «injerencia de autoridad pública» (art. 8 del Convenio); b) Justificación de la injerencia: i. la injerencia estaba «prevista por la ley», al estar contemplada en la CE y preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. ii. La exigencia de accesibilidad de la ley no plantea ningún problema en el caso. iii. En cuanto a la previsibilidad de la ley sobre el sentido y naturaleza de las medidas aplicables, el Tribunal examinó la «calidad» de las normas jurídicas aplicables. Reconoce que el Juez de instrucción intentó asegurar un máximo de protección a los derechos y garantías, según las disposiciones legales vigentes (CE y LECrim). No obstante, advierte que algunas de las condiciones que se desprenden del Convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la ley y garantizar el respeto de la vida privada y de la correspondencia, no están incluidas en dichas normas españolas. Puntualmente, no están definidas: a) la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial; b) la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar, c) la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, d) las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas, y, e) la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas. De la exigencia de la previsibilidad de la «ley» se desprende la necesidad de establecer con suficiente precisión tales garantías, según ya había sido fijado con anterioridad en jurisprudencia del TEDH (sentencia Malone contra Reino Unido, 02-08-84).

El Tribunal concluyó que el derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades judiciales en el tema. Declara que hubo violación del art. 8 del Convenio y estima la demanda.

Cinco años más tarde, el Tribunal de Estrasburgo volvió a condenar a España en relación con este tema, en sentencia del caso “Prado Bugallo contra España”, del 18 de febrero de 2003. Aunque para entonces era de aplicación al supuesto una reforma legislativa de 1988 (la Ley Orgánica 4/1988) que modificaba el precepto del art. 579¹⁶ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Tribunal consideró que dicha reforma era insuficiente en la regulación de las escuchas telefónicas, según había sido ya puesto de manifiesto también en diversas resoluciones judiciales del país.

El Tribunal apreció que la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional había venido a complementar ampliamente las disposiciones legales, mas con posterioridad a la fecha de los hechos. Por tanto, otra vez el Tribunal estimó la demanda por violación del art. 8 del Convenio, con fundamento en una regulación insuficiente de las intervenciones telefónicas.

En ulterior sentencia de 26 de setiembre de 2006, caso “Abdulkadir Coban contra España”, por vulneración del derecho a la vida privada, el Tribunal adoptó ya una solución diferente. No obstante entender que la normativa legal aplicable a las intervenciones telefónicas continuaba siendo deficitaria, dado que la regulación del precepto del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no había mejorado sustancialmente tras la reforma operada en 1988, el Tribunal basó su cambio de posición tras considerar la aplicación, por parte de los tribunales españoles, de la doctrina emanada de su jurisprudencia.

En concreto, valoró que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional habían procedido a completar los mandatos de la norma legal, en observancia de las directrices emanadas de la jurisprudencia del TEDH, añadiendo una serie de condiciones y requisitos

¹⁶ Este artículo establece que únicamente podrá realizarse la vigilancia de las comunicaciones telefónicas por resolución motivada del juez, cuando existan indicios que hagan pensar que se puede obtener por este medio el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. Estas mismas garantías deben rodear las resoluciones de prórroga de esta medida de vigilancia. En cuanto a las transcripciones de las conversaciones grabadas, tienen lugar bajo el control del secretario judicial.

para la habilitación de la autorización judicial de escuchas telefónicas. En el caso, el Tribunal no aceptó la demanda, por entender que la falta de calidad de la ley vigente al momento de los hechos (año 1995) había sido suplida por la interpretación de los mencionados tribunales españoles.

En cuanto a la jurisprudencia española, entre los antecedentes nacionales tomados en consideración por el TEDH, cobran especial relevancia las sentencias del Tribunal Constitucional 184/2003 y 26/2006, en las que dicho órgano de sentencia —acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— sostuvo que el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es norma de cobertura adecuada, en atención a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

No obstante ello, el TEDH dejó aclarado que si los órganos judiciales, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando además las exigencias constitucionales del principio de proporcionalidad, no cabría vulneración al derecho fundamental por la sola ausencia de dicha Ley.

El Tribunal Constitucional enfatizó que corresponde al legislador remediar la situación a la brevedad posible, añadiendo que, aunque no es tarea suya definir positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste constitucional, de modo provisional y hasta que dicha intervención necesaria del legislador se produzca, sí le compete suplir las mencionadas insuficiencias, tal como lo ha venido haciendo en materia de intervenciones telefónicas desde la unificación y consolidación de su doctrina por la Sentencia 49/1999, doctrina que es aplicable a los terceros y vincula a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria¹⁷.

¹⁷ La normativa en cuestión fue tiempo después objeto de reforma a través de la Ley Orgánica 13/2015 del 5 de Octubre, que puntualmente modificó el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estipulando un conjunto

IV. Reflexiones finales

Las construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en lo que aquí interesa las concernientes a las condiciones que han de cumplir los límites a los derechos– constituyen parámetros básicos para la interpretación de los derechos que, en función de la integración del Convenio Europeo en el ordenamiento jurídico español y de la interpretación conforme a los tratados sobre derechos fundamentales ratificados por España, deben ser asumidos por los poderes públicos españoles.

La integración de estos criterios interpretativos en el sistema constitucional de derechos queda reforzada, tal como ya ha sido expuesto, por el reconocimiento explícito, y en vigor hoy día, realizado por el Estado español sobre el reconocimiento del TEDH como órgano de aplicación e interpretación del Convenio.

Desde tales perspectivas, resulta sumamente importante la integración de estos criterios interpretativos por parte de los órganos jurisdiccionales. No obstante, se ha alertado acerca de que por integración de estos criterios no debe entenderse su aplicación automática por parte del intérprete jurisdiccional interno. En efecto, dada la condición jurídica de estándar o nivel mínimo, tales criterios deben ser situados en el contexto del sistema constitucional de derechos y en relación con el caso concreto al que deban ser aplicados, por lo que su integración deberá ser siempre ponderada y fundamentada.

En lo específicamente concerniente al tema de las escuchas telefónicas, a modo de reflexión final cabe decir que las diversas instancias de este proceso dan cuenta de que, si bien la vía legislativa (esto es, la aprobación de una norma legal regulatoria de las escuchas telefónicas, conforme los cánones fijados por la doctrina del TEDH) resultaría más acorde con el principio de seguridad jurídica, así como con el cumplimiento de las obligaciones internacionales

de de condiciones de procedencia de la detención y apertura de correspondencia ; definiendo los delitos frente a los cuales se habilita la medida; fijando supuestos de excepción y urgencia que eximen de la necesidad de resolución judicial motivada, así como regulando los límites de la utilización de la información obtenida.

del Estado español, ha sido el desarrollo y consolidación de una jurisprudencia nacional respetuosa de aquellas pautas el eficaz remedio para reforzar el sistema de protección de derechos humanos, supliendo de este modo la inacción del legislador.

Ruolo della dottrina, comparazione e "legal tourism"

LUCIO PEGORARO

I. Introduzione: i risultati di una ricerca sull'impatto della dottrina nella giurisprudenza costituzionale, e alcune riflessioni che essa suggerisce

Una ricerca recentemente conclusa, relativa all'influenza delle opere scientifiche e delle dottrine accademiche sulle decisioni delle corti costituzionali e supreme, ha offerto molti spunti di riflessione sulla circolazione dei modelli, specie nel campo del diritto costituzionale e pubblico¹.

Tra gli altri risultati raggiunti, essa ha dimostrato innanzi tutto l'erosione di alcuni tradizionali schemi classificatori delle famiglie giuridiche, che non sembrano reggere allo studio condotto attraverso la lente del rapporto dottrina/giurisprudenza. In alcuni ordi-

¹ Prin "Courts, Professors and the Inclusive Society: the Impact of Scholarly Opinions on the Highest Courts" 2010-2011. I risultati relativi ad alcuni ordinamenti del mondo, ma specialmente all'area latinoamericana, sono raccolti in L. Pegoraro, G. Figueroa Mejía (eds), *Profesores y Jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, Porrúa-Suprema Corte de la Nación-Fundación K. Adenauer, México, 2016, in corso di stampa. (Ivi v. anche il mio *La dottrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales (y la falta de doctrina sobre la doctrina.)* Nonché, in italiano, inglese e spagnolo, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, Esi, Napoli, 2015. Per altri riferimenti v. i miei: *Estudio introductorio. Los jueces y los profesores: la influencia de la doctrina sobre las decisiones de los Tribunales y Cortes constitucionales*, in G. Aguilar Cavallo, I. Díaz, C. Moro, L. Pegoraro, R. Poblete, C. Salas, M. Yáñez, *Los profesores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, Universidad de Talca-Cecoch, Santiago de Chile, 2015; Id., *Los responsa de los profesores como fuentes del derecho (el papel de la doctrina en la jurisprudencia constitucional)*, destinato a uno dei 7 volumi, a cura di J. Espinoza de los Monteros Sanchez, per il centenario della Costituzione Messicana e a *Pensamiento constitucional per il 20° anniversario della Rivista*. Sul "silenzio" della dottrina nella giurisprudenza spagnola v. S. Ragona (ed.), *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*, Cepc, Madrid, 2015.

La ricerca si inserisce in un filone di studi molto praticato, ovvero l'uso del diritto comparato da parte delle corti. A esso ha dato importanti contributi A. Gambaro, ad es. in *Il diritto comparato nella aule di giustizia ed immediati dintorni*, in *Aa.Vv., L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Quad. Riv. trim. dir. proc. civ., n. 7, Giuffrè, Milano, 2004; G.F. Ferrari, A. Gambaro (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Esi, Napoli, 2006.

namenti classificati come “misti”, si registra una eclatante affermazione della cultura giuridica del common law, a scapito di quella di diritto civile. La circolazione della dottrina percorre strade tutte sue anche in sistemi classificati ineluttabilmente di diritto civile, nei quali la penetrazione della dottrina anglosassone (specie statunitense) appare massiccia².

Ha dato inoltre conferma del fatto che alcune idee, principi, valori, concetti circolano a prescindere dalle classi di appartenenza dei paesi che importano ed esportano. Ad esempio, alla circolazione dei diritti soggettivi è estranea sia la classificazione delle famiglie, sia quella delle forme di governo, sia in parte persino quella della forma di Stato. Alcune tesi (come ad esempio quelle del c.d. neo-costituzionalismo) accomunano giuristi statunitensi, spagnoli, latinoamericani, italiani, ecc., a prescindere dalla provenienza, ed essi sono spesso citati congiuntamente.

La generale prevalenza, nelle citazioni, delle opere di diritto interno ha una giustificazione nell'esigenza di risolvere i casi alla luce del proprio diritto, e per questa ragione i giudici nazionali si servono per lo più, in primis, dell'apporto degli studiosi del paese cui appartengono. Fanno eccezioni alcune corti “giovani”, che nella dottrina straniera cercano e talvolta trovano la base razionale della loro giurisprudenza, che non può essere assicurata dalla trama dei precedenti (i quali non esistono) o dalla dottrina autoctona (compromessa con l'ancien régime, o non attrezzata culturalmente a leggere i nuovi testi). Più nello specifico, i dati attestano che (come era facile presupporre) c'è comunque uno stretto legame tra lingua e utilizzazione di fonti dottrinali straniere: spesso, le fonti più usate sono quelle redatte nella lingua-madre (ad es., il portoghese per i brasiliani, lo spagnolo per i restanti paesi dell'America latina, il francese nelle ex colonie).

Si afferma però una diffusione capillare delle opere redatte in inglese, specie – anche fuori del Commonwealth – quelle di provenienza statunitense: non solo libri e articoli tradotti, ma altresì gli

² A conferma ulteriore della giustezza della tesi della scomposizione o scissione dei formanti, proposta da Sacco e dalla sua scuola, e dell'impossibilità di leggere il diritto comparato in modo compatto e omogeneo, come spesso si continuano a leggere i diritti positivi nazionali.

originali, pure in riferimento a studi in materie non giuridiche; diversamente dal resto del mondo, in America Latina la letteratura giuridica in inglese è però tutt'altro che monopolizzante, o addirittura totalmente estromessa, come in Ecuador.

Si registra inoltre una diffusa (anche se molto più circoscritta) penetrazione della dottrina filosofica e giuridica di lingua tedesca, ossia di una lingua che dal secondo dopoguerra non può più essere considerata veicolare in campo giuridico, diversamente da prima, grazie all'importanza degli studi dei vari Windscheid, von Humbolt, von Jhering, Jellinek, Laband, von Gerber, von Kirchmann, A. Feuerbach, Radbruch, Engisch, Ehrlich, fino a Larenz, Forsthoff, Schmitt, Merkl, Kelsen, etc. Va detto peraltro che spesso questi autori sono stati tradotti (come lo sono oggi, tra altri, Hesse, von Bogdandy, Häberle). Neppure va scordato il ruolo assunto dal Bundesverfassungsgericht nell'elaborazione di importanti dottrine giurisprudenziali, che in quanto tali circolano nel formante giurisprudenziale, tirandosi dietro anche l'interesse per gli studi di dottrina accademica tedesca³.

Francesi e italiani sono ricordati soprattutto per gli studiosi del passato, più o meno prossimo, ma poco più (salvo, i francesi, nelle ex colonie e in alcuni paesi mediorientali e dell'Est europeo⁴, e gli italiani in America latina); in particolare la dottrina italiana – presente, se pure sporadicamente, con autori classici e sparse citazioni nel resto del mondo⁵ – nella giurisprudenza iberoamericana lo è tutt'oggi, specie con i grandi processualisti, ma anche con autori contemporanei⁶.

³ Ci sono infine ragioni collegate all'emigrazione di studiosi tedeschi, come pure all'attrazione di studiosi di vari paesi del mondo presso istituti di cultura tedeschi. Il fenomeno si registra anche negli Stati Uniti (dove i tedeschi sono fra i pochi, anche se poche volte, ad avere talora l'onore di una citazione).

⁴ Anche in America latina è in sensibile calo l'utilizzazione delle opere in francese, che va pari pari con la perdita di appeal di tale lingua, ormai poco insegnata nelle scuole di tutto il mondo e confinata quasi solo nell'ambito della diplomazia. (Persino nel ciclismo, dove era sino a poco fa la lingua ufficiale, come nella pubblicità dei profumi, essa è stata soppiantata dall'inglese; meno nella scherma).

⁵ Specialmente Beccaria, e i più contemporanei Orlando e Rocco.

⁶ Non va sottaciuto, al riguardo, che la comune radice con lo spagnolo e il portoghese ne agevola comunque la lettura, e questo spiega il maggiore

Gli spagnoli, scomparsi dalle Filippine, hanno ancora forte presa in America latina, ma non in modo preponderante, e i portoghesi ovviamente in Brasile.

Altri dati illuminano ulteriori profili, di natura sociologica più che giuridica in senso stretto: alcune Università prestigiose, come Sorbonne e Bologna, ma anche Cambridge, vanno progressivamente perdendo terreno in questo specifico ranking, mentre altre mantengono una forte presenza (soprattutto Harvard, favorita dalla penetrazione del pensiero giuridico statunitense, come pure alcune antiche Università tedesche). Gli autori citati provengono da innumerevoli Università, e sono centinaia quelle rappresentate. Normalmente, i giuristi citati si sono formati e/o hanno insegnato in varie Università. Ciò sembra attestare che per essere internazionalmente conosciuti è utile maturare una cultura poliedrica, mentre nascere come studenti, e morire come professori nella stessa Università non contribuisce all'internazionalizzazione.

Le corti citano in prevalenza teorici generali, filosofi, costituzionalisti che aspirano a ricostruzioni complessive, processualisti che propongono teorie del processo, ma anche, in relazione a temi puntuali, cultori di altre discipline giuridiche e non giuridiche, le cui opere siano reputate utili nella soluzione dei casi in esame. Le discipline non giuridiche sono utilizzate tendenzialmente per la soluzione di casi etici (medicina, biologia, psicologia, etc.) o di controversie inter-etniche (antropologia, sociologia), in quei paesi dove esse si presentino.

Nei riferimenti a dottrine straniere, si citano solo raramente studiosi stranieri che si occupano di temi del loro paese, salvo quando fanno astrazioni generali. Tanto meno si citano quanti da uno specifico ordinamento studiano un paese straniero. (In effetti, per fare un esempio, perché mai un giudice, per avere luce su un problema, dovrebbe utilizzare un autore italiano che scrive sugli Stati Uniti, e non direttamente un autore americano?).

Affiora un non completo allineamento tra i formanti, sia all'interno dei vari sistemi, sia per quel che riguarda la circolazione dei favore con cui gli autori italiani sono tenuti in America Latina (a prescindere che pure per essi vale il principio per cui i più citati sono quelli che sono stati tradotti).

modelli. (La dottrina viene usata sia in funzione contromaggioritaria, a supporto di corti impegnate in tale missione, sia al contrario.) All'interno di ciascun sistema, il non allineamento si avverte meno in America Latina che altrove. Infatti, dove il formante normativo/constituzionale si è in parte discostato dagli archetipi del costituzionalismo occidentale (e specialmente dall'egemonia statunitense), anche nella giurisprudenza si riscontra una parallela limitazione dei richiami agli autori che lo supportano, a vantaggio di chi "canta fuori dal coro". L'Ecuador in particolare, non solo usa in prevalenza dottrina straniera, ma la seleziona quasi pedantemente fuori dalla cultura giuridica statunitense, evidentemente additata quale supporto di una visione imperiale⁷. La dottrina citata, perciò, è quella non ostile agli obiettivi della nuova Costituzione.

In molti continenti e paesi, specie dove è assicurata ampia indipendenza e si afferma in varie forme l'attivismo giudiziario, la giurisprudenza costituzionale non si allinea di solito al formante legislativo, ma patrocina modifiche, cambi, allineamenti con la Costituzione, interpretata in modo evolutivo. A prescindere dalla provenienza e dalle politiche giudiziarie perseguite, è frequente la citazione di autori che patrocinano la prevalenza del diritto giurisprudenziale su quello legislativo. A volte, principi metafisici evocati dalla dottrina citata (come quelli connessi alle teorie sui diritti umani) servono per bloccare revisioni costituzionali che attentino al c.d. nucleo duro, oltre che per cassare leggi con essi in contrasto⁸. È costante il richiamo alla dottrina di vari paesi che, con pensieri generali e astratti, è percepita, a torto o a ragione, come plausibilmente idonea a dare soluzioni a problemi comuni.

Per supportare queste operazioni, le corti fanno ricorso a dottrine scientifiche che servono da avallo, sia interne che straniere. La sele-

⁷ ... quasi facendo proprio l'interrogativo che Piero Gobetti pubblicava sotto il titolo della rivista *Energie Nuove* – "τιμοι συν δουλοισυν?", "che ho a che fare io con gli schiavi?"

⁸ S.Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bup, Bologna, 2011, trad. sp. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012. Ulteriore bibliografia e riflessioni nel mio libro *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 173 ss.

zione della dottrina viene però operata molte volte in modo avulso, avendo più in mente i crittotipi linguistico-culturali che l'aderenza di "quella" dottrina alle prassi costituzionali dell'ordinamento di arrivo.

Ciascuno di questi dati può dare luogo a varie riflessioni; in queste pagine, li utilizzerò non solo per rafforzare l'idea, già espressa in altre sedi (e condivisa peraltro da quasi tutti i comparatisti) che gli studiosi di diritto nazionale sono tali e restano tali quando si occupano di diritto straniero, ma pure per sostenere che lo sono anche quando si dedicano a illustrare per l'estero (o all'estero) le ricerche di diritto interno⁹. Di più: tali operazioni di decontestualizzazione possono essere dannose (in termini logici, non solo politico-ideologici) se non hanno il supporto di una adeguata base comparatistica. Parimenti dannosa, negli stessi sensi, è la acritica ricezione di input provenienti da fuori, da parte della dottrina autoctona (come pure tali operazioni sono foriere di cattive recezioni da parte della legislazione e della giurisprudenza). Definisco "iusonanismismo" l'atteggiamento di chi (per lo più in buona fede) utilizza le proprie categorie giuridiche per assegnare a esse valenze extrastatali (o universali), senza contestualizzarle; definisco "iusvoyeurismo" l'atteggiamento di chi (per lo più in buona fede) osserva acriticamente (e recepisce, interiorizza) categorie giuridiche altrui, per assegnare loro valenze anche interne (e comunque extrastatali), senza contestualizzarle.

II. Legal tourism

Il discorso ha risvolti generali, che riguardano non solo la relazione diretta inter-formanti (dalla dottrina alla giurisprudenza, attraverso

⁹ V. il mio *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, Esi, Napoli, 2013, p. 305 ss., trad. sp. *Comparación y globalización (las categorías del Derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del Derecho comparado)*, in L.R. González Pérez, D. Valadés (eds), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje A Jorge Carpizo*, Unam-Iij, México, 2013, e in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2013, p. 265 ss.

le citazioni), oggetto della ricerca e illustrata negli studi conclusivi¹⁰, ma anche la circolazione infra-formanti: nel nostro caso, dalla dottrina alla dottrina. Quando circola in ambito accademico sia infra sia extra-statale, la dottrina influenza indirettamente anche gli altri formanti. Un suo uso acritico, e inconsapevole delle implicazioni che hanno i trapianti, si riverbera nella legislazione e nella giurisprudenza (oltre che nella stessa dottrina).

Nelle scienze della natura, anche i profani sono avvertiti dei danni formidabili che può provocare l'introduzione in ambienti non adatti di sostanze chimiche o biologiche, di animali, di piante, in contesti non idonei alla recezione¹¹. Chi propone l'esportazione, come chi la accoglie, non può non sapere, oppure non porsi il problema. L'informazione divulgativa ha contribuito a creare una coscienza di questo speciale profilo della comparazione. Anche nel diritto, l'esito della circolazione è condizionato dal milieu. Chi suggerisce le proprie soluzioni, e chi le accoglie, è chiamato a spiegare se siano utili e praticabili, non solo all'interno, ma anche "altrove".

Ci sono vari risvolti del problema. Un giurista che scrive di cose di casa sua, che vengono copiate in altri contesti, non risponde del loro uso scorretto; non c'è responsabilità di chi tiene in casa un medicamento lecito e utile per sé, ma potenzialmente pericoloso per i terzi, se un ladro lo ruba e un ricettatore lo rivende. Caveat emptor, ammoniva l'antico brocardo. Ma dall'altra parte c'è l'onere del venditore di garantire l'integrità del prodotto (come pure di non abusare della credulità popolare). Se il giurista propone elaborazioni interne a un pubblico straniero, si genera una corresponsabilità tra chi compra senza verificare i vizi, e chi vende occultandoli. Nel campo del diritto comparato, una variabile è rappresentata dall'uditório cui ci si rivolge. Un uditorio notoriamente non avvertito (per ragioni culturali, generazionali, sistemiche...) ha "diritto" a infor-

¹⁰ V. nt. 1. Per l'uso del diritto comparato nella legislazione v. nt. 35.

¹¹ L'immissione del silurus glanis, e già prima del pesce gatto, nei fiumi italiani, ha generato la distruzione o la trasformazione della fauna ittica autoctona; l'importazione in California di una specie aggressiva di api (ai fini "buoni" di favorire l'impollinazione), ha causato conseguenze devastanti e la scomparsa delle specie originarie. Gli esempi potrebbero continuare all'infinito.

mazioni metodologicamente più specifiche, rispetto a un uditorio di esperti comparatisti.

Anche la mera informazione sui diritti stranieri (sia nell'ordinamento di riferimento, sia all'estero) è attività utile, perché arricchisce le conoscenze e fornisce ventagli di scelte. Essa però scarica sui riceventi l'intera responsabilità delle operazioni di selezione e di adattamento delle soluzioni, pur quando il pubblico non è attrezzato per tale tipo di operazioni (ad es., perché privo delle nozioni basilari fornite dagli studi comparatistici, causa l'assenza di insegnamenti dedicati nella tradizione giuridica del paese).

Circolano pure idee reputate comuni, che in teoria possono prescindere dal milieu: l'idea della ruota si può esportare pure in regioni geografiche sconosciute, nonostante possano sorgere alcune controindicazioni sul suo uso. Ma nel diritto non è detto che concetti reputati asettici, come "diritti fondamentali", "diritti umani", "federalismo", "divisione dei poteri", ecc., fino a "democrazia", abbiano valore universale, se almeno non siano accompagnati da un bilanciamento con altri modi di intendere i fenomeni sociali: ad es., "dovere", "morale", "religione", "natura", "famiglia", "tribù", "perdono", "ozio", "armonia", "tradizione", "correttezza", "deferenza", "felicità", "buen vivir", ecc.¹²

Persino dentro sistemi, famiglie, forme di Stato comuni o omogenee – come ammonisce la letteratura di diritto comparato generale – occorre enfatizzare i rischi della decontestualizzazione, tanto frequente nella letteratura costituzionalistica: dal concetto di nazione, di sovranità nazionale, di sovranità popolare, di Stato, di gerarchia delle fonti, ecc., sino a cose più giù nella scala della sistemazione teoretica, come il voto di scambio (sul quale si basa, legittimamente, l'intero frame of government americano, in perfetta sintonia con le regole formali della divisione dei poteri e della base

¹² V. il mio *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014, spec. pp. 56 ss. e 78 ss., trad. sp. *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el metodo*, Astrea-Unam-Un. Libre, Buenos Aires, 2016, in corso di stampa, e, in particolare per "democrazia", *Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Rass.parl.*, aprile-giugno 2014, p. 249 ss., e in *Rev. Latino-Am. Estudos Constitucionais*, n. 16, 2014.

etica che ne elimina o almeno ne tempera gli effetti altrove dirompenti).

Specularmente alle classificazioni aristoteliche delle forme di governo, si possono creare classi "rette" e classi degenerate per incasellare (in modo fuzzy) le categorie dell'esportazione/recezione di dottrina giuridica¹³. Appartengono alle classi "rette": a) il giurista interno che insegna diritti stranieri, all'interno, conoscendo l'"arte" della comparazione; b) il giurista interno che apprende diritti stranieri, all'interno, conoscendo l'"arte" della comparazione; c) il giurista interno che insegna diritti stranieri, all'esterno, conoscendo l'"arte" della comparazione; d) il giurista interno che apprende diritti stranieri, dall'esterno, conoscendo l'"arte" della comparazione. Per le classi "degenerate": a) il giurista interno che insegna diritti stranieri, all'interno, senza conoscere l'"arte" della comparazione; b) il giurista interno che apprende diritti stranieri, all'interno, senza conoscere l'"arte" della comparazione; c) il giurista interno che insegna diritti stranieri, all'esterno, senza conoscere l'"arte" della comparazione; d) il giurista interno che apprende diritti stranieri, dall'esterno, senza conoscere l'"arte" della comparazione.

L'espressione "legal tourism" ha un senso conosciuto ai comparatisti. È sinonimo di "transposition", "borrowing", "migration", o "cross fertilization"¹⁴. Non ha una connotazione negativa. La userò qui, con riferimento soprattutto alle due ultime classi indicate, in

¹³ Sul concetto di classe duttile v. S. Baldin, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2011, p. 3 ss.

¹⁴ Chen Lei, *Contextualizing legal transplant: China and Hong Kong*, in: G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 192. In questo senso la usa anche E. González Hernández, *Breve historia del constitucionalismo común (1787-1931). Exilio político y turismo constitucional*, Ramón Areces, Madrid, 2006. Sul tema v. E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García (eds), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013, e *ivi*, p. 33. ss., il mio *Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado*.

senso un po' diverso, per indicare le velleità traspositive di culture giuridiche aliene in contesti sconosciuti e non propensi all'accoglimento.

III. Fast food, self-service: le varie facce del rapporto tra diritto comparato e diritto straniero

Nonostante il campo sia già stato profondamente arato, dedico qualche riga alla differenza tra studio del diritto straniero e diritto comparato, ma solo perché il tema è preliminare alle riflessioni sui risvolti pratici, ai quali è dedicato il § 3. Si è affermato che «conoscere il diritto straniero (o esterno, o “ancora ignoto”) è (...) comparazione, perché ne rappresenta la prima operazione mentale, cioè la “costruzione” o “ricostruzione” di uno dei termini (che possono anche essere molteplici, nel tempo e nello spazio) del raffronto»¹⁵. Già ho replicato di non essere per nulla d'accordo e che addirittura, la comparazione “criptica” o “clandestina” che farebbe uno studioso di un diritto straniero per andare a fondo della sua indagine, neppure ci sarebbe, se lo stesso studioso fosse un profondo conoscitore dell'ordinamento indagato (la Francia per uno spagnolo, gli Stati Uniti per un italiano, ecc.). Paradossalmente, se si dovessero considerare comparatisti anche gli studiosi di diritti stranieri, come opinava Lombardi, tali sarebbero solo quelli che, almeno all'inizio, proprio non li conoscono: gli unici che fanno uno “sforzo comparativo”, se pure clandestino¹⁶. Se essere comparatisti volesse dire oc-

¹⁵ Respinge l'anatemizzazione dello studio del “diritto straniero”, proprio perché “presupposto necessario” dell'analisi comparata, G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 29 ss., il quale – come M.-C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 1, 2005, p. 13 – manifesta scetticismo anche in ordine all'equazione «diritto straniero = diritto ignoto, diritto nostrano = diritto noto».

¹⁶ V. ancora *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., p. 33 s. Secondo A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 39, peraltro, «La distinzione da operare non è (...) quella tra diritto straniero e diritto comparato, bensì quella tra una buona

cuparsi di un diritto straniero, chi abita cinque chilometri al di là di un confine, ma insegna in una università a quattro chilometri al di qua della frontiera, sarebbe comparatista quando sta, per es., in Svizzera e studia l'Italia, e in Italia quando studia la Svizzera. Ma non lo sarebbe se studia la Svizzera in Svizzera e l'Italia in Italia. Con un euro di benzina o una corsa in bicicletta, insomma, si prenderebbe la patente di comparatista¹⁷.

Come ricorda R. Sacco, tra uno studioso di diritti stranieri e un comparatista c'è la stessa differenza che corre tra un poliglotta e un linguista: «Il poliglotta conosce molte lingue, ma non sa misurarne le differenze, né quantificarle, cose che, tutte, il linguista sa fare. Così il comparatista possiede un insieme di nozioni e di dati appartenenti a diversi sistemi giuridici, e sa inoltre porli a confronto, misurandone le diversità o somiglianze»¹⁸. Penso che nessuna seria Facoltà di lingue chiamerebbe a insegnare, in un corso di lingua straniera, un poliglotta in luogo di un linguista. (Al massimo potrebbe utilizzarlo come tutor.) Viceversa, questo è ciò che accade a volte in alcuni paesi (come Francia, Spagna, Italia), dove i "poli-

e una cattiva comparazione, la seconda stigmatizzata fin dagli albori del diritto comparato eretto a scienza autonoma». C'è anche il problema di quelli che hanno doppio passaporto: è comparatista chi scrive un articolo sul paese del padre, e uno su quello della madre?. (La risposta implicherebbe una serie di riflessioni su "cultura" e "mentalità").

¹⁷ Tra i critici più accesi della equiparazione tra diritto straniero e diritto comparato c'è O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2001, p. 275 ss., che in particolare ap. 280 sottolinea: «Rien n'empêche évidemment de conférer l'étiquette de 'droit comparé' à un cours ou un à ouvrage concernant le droit espagnol professé ou paru en France (ou l'inverse), à condition que l'on reconnaisse explicitement qu'il s'agit uniquement d'un synonyme strict du terme 'droit étranger' ce qui a pour conséquence que tout ouvrage étranger devient un ouvrage de droit comparé dès qu'il subit un transfert géographique, un document stocké sur un serveur étranger devient du droit administratif ou commercial national, s'il apparaît sur un écran national ou s'il est imprimé sur un appareil situé sur le territoire du pays en question, il se transforme en droit administratif ou commercial comparé, dès lors que l'on fait appel à lui à partir d'un endroit extérieur à cette sphère».

¹⁸ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5a ed., Utet, Torino, 1992, p. 17, nt. 34.

glotti” del diritto straniero si cimentano – con l’avallo delle istituzioni universitarie – nella comparazione.

Tutte queste sono cose ben note, almeno tra quanti conoscono la differenza tra riconoscere la Grundnorm e accettarla¹⁹, e le sue ripercussioni sul piano epistemologico; tra i pubblicisti di tutto il mondo non sono molti, mentre la distinzione è basilare per filosofi, teorici e comparatisti di ogni paese.

Il tema qui in discussione è non già chi è comparatista e chi no; o se il diritto straniero è comparazione oppure no. Neppure si tratta di discutere se studiare un diritto straniero per farlo conoscere all’interno del proprio ordinamento (quello di cui si accetta la Grundnorm) si traduca in una operazione comparativa. Il focus invece è il risolto pratico, materiale, della circolazione di concezioni dogmatiche interne, in uno dei suoi risvolti: la traslazione di visioni del diritto (di suoi particolari aspetti) all’esterno. I profili sono però connessi: chi è convinto di poter studiare un diritto esterno con le categorie proprie, scrivendoci un articolo o un libro, probabilmente sarà anche convinto che il suo diritto, o qualsiasi altro diritto, possa essere esportato fuori, quale sia il formante implicato: legislazione, giurisprudenza, dottrina.

Il mondo si può osservare (come il diritto) dalla grata di una cantina, dalla finestra di casa, dalla terrazza di un condominio, dalla cima di una collina o di una montagna, da un aereo o dalla stazione spaziale orbitante. Non c’è una visione “giusta” e una “sbagliata”. Semplicemente, sono visioni diverse, che forniscono informazioni diverse. Scientificamente sbagliata è la pretesa che la visione che si ha dalla cantina, o dalla finestra di casa, sia l’unica giusta. Questa è la visione che del diritto comparato hanno spesso molti costituzionalisti “domestici”, convinti che per conoscere il mondo basti applicare le teorie e le categorie apprese in casa (o in cantina), dando a esse validità universale. In altri scritti ho commentato questo tipo di approccio alla materia (o meglio, questo distacco dalla stessa), per segnalarne la siderale distanza dalla scienza comparatistica così come si è manifestata nel monumento costruito dai suoi cultori nel

¹⁹ U. Scarpelli, voce Metodo giuridico, in Enc. Feltrinelli Fisher, Diritto 2, a cura di G. Crifò, Feltrinelli, Milano, 1972, e in Id., *Letica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 418 s.

corso del ventesimo secolo²⁰, non solo richiamando la già evocata metafora di Sacco sulle differenze tra un poliglotta e un linguista, ma suggerendone altre: quella di chi si crede (e autodefinisce) astronomo perché ogni tanto guarda le stelle dalla finestra di casa; o di chi facendo il manovale – portando i mattoni al cantiere – pensa a sé stesso come un architetto. Ribadisco peraltro che ciò non implica alcuna assiologia: senza i mattoni, l'architetto non costruisce case, così come lo studio delle esperienze straniere è imprescindibile per fare diritto comparato. Solo, si tratta di mestieri diversi, anche se il bar degli architetti è pieno di manovali seduti ai tavoli, mancando il cartello "La proprietà si riserva il diritto di non ammissione".

La scienza comparatistica, peraltro, ha affinato gli strumenti, distinguendo nettamente la fase informativa da quella elaborativa, e soprattutto, sin dai primordi, applicando alla comparazione le stesse scelte decostruttive utilizzate per lo studio del diritto interno: come questo non è mera sequenza di leggi (ma neppure solo una ricostruzione razionale della sola legislazione), così il diritto comparato, non solo non è l'analisi della sola legislazione, ma inoltre non è neppure l'analisi dei soli distinti sistemi. Il percorso, però, è stato a due velocità: mentre da una parte – anche per ragioni temporali – i comparatisti civilisti hanno prontamente accettato l'onere di elaborare metodi diversi di indagine, riuscendo a costruire una scienza della comparazione con caratteristiche generali, i giuspubblicisti hanno mostrato una renitenza molto maggiore, ordinandosi in classi separate (anche se duttili: ci sono commistioni, e ogni tanto c'è qualche passaggio). Molti, specie in alcuni paesi del globo, sono ancora fermi allo stadio per cui fare comparazione è imporre i codici napoleonici all'Egitto.

In trincea stanno quanti (pochi tra i costituzionalisti) accettano come i civilisti le specificità della comparazione, rinunciando all'idea che si possa conoscere tutto, ma cercando di costruire le ca-

²⁰ Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo, cit.; Id., *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Fundap, Quetaro, 2011, e Editorial Universidad Libre, Bogotá, 2012, mult. loc., e già L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Cedam, Padova, 2013, p. 4 ss.

tegorie pertinenti della disciplina. Sanno, costoro, «how dangerous is the acquirement of knowledge and how much happier that man is who believes his native town to be the world, than his nature will allow»²¹.

Nelle postazioni di seconda linea stanno vigili e attenti quei cultori dei diritti nazionali consapevoli che fare comparazione è altra cosa, e si arroccano saggiamente nello studio del diritto nazionale (o eventualmente europeo: è la stessa cosa²²), lasciando ad altri scienziati fare i comparatisti. Tra questi ultimi e i comparatisti le relazioni possono essere ottime e proficue (come con tutte le altre scienze, dato che si accetta la diversità)²³.

Nelle affollate retrovie militano infine quanti difendono a oltranza l'idea che si è comparatisti solo per il fatto di scrivere ogni tanto di diritto straniero²⁴; al loro fianco stanno quelli convinti dell'utilità di descrivere a un pubblico straniero il proprio diritto nazionale. (È questo il tema che tra un po' approfondirò.) L'esercito è molto numeroso, e comprende quasi tutta la dottrina costituzionalistica statunitense, e gran parte di quella tedesca, francese, italiana, spagnola, latinoamericana. La militanza nelle due compagini è dovuta alla convinzione, o alla presupposizione: a) che le proprie categorie si possono applicare ovunque; b) che la cultura e la cultura giuridica sono fatti estranei all'indagine giuridica; c), persino, da parte dei più analfabeti, che qualsiasi diritto straniero si può apprendere e insegnare senza fatica, leggendo i testi. La convinzione (o presupposizione) è dovuta: a) a genuina carenza di cognizione delle elaborazioni teoriche sulla scienza comparatistica, per ignoranza, disinteresse e comunque per-

²¹ M. Shelley, *Frankenstein* (1818), trad. it. Mondadori, Milano, 2002.

²² Cfr. il mio *Diritto pubblico comparato e diritto pubblico europeo: verso una convivenza legale*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, VI, Coimbra editora, Coimbra, 2012, p. 271 ss.

²³ Rinvio al mio *Comparación jurídica y uso "externo" de las otras ciencias*, in *Rev. Jur. Avances*, n. 7, 2012, p. 295 ss.

²⁴ V. ad es. V.C. Jackson, *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U. P., Oxford, 2012, p. 55, dove, nel catalogare i diversi approcci al diritto costituzionale comparato – classificatorio, storico, normativo, funzionale e contestuale – afferma che essi si usano per affrontare temi di diritto straniero «on a matter of domestic interest».

ché spesso manca l'humus nelle università; b) ad accostamenti universalistici/monistici, per cui il proprio diritto, la cui Grundnorm è vissuta e accettata dal punto di vista interno, viene generalizzata, e c'è la presunzione che valga ovunque²⁵; c) a scelte strumentali, di interesse economico²⁶ o di politiche accademiche, complessive o individuali²⁷.

Il discorso sulla comparazione come studio di diritti stranieri presenta anche la seconda faccia, accennata in premessa: non già il giurista interno che studia il diritto straniero, ma quella del giurista interno che vende il proprio prodotto agli stranieri, assegnandogli sensi unificanti che, spesso, esso non può avere. Mi riferisco soprattutto all'idea che scrivere libri o fare convegni basati sui contributi di giuristi nazionali (che cioè parlano del loro diritto) sia sempre fruttifero, anche senza prefazioni o sintesi comparatistiche, quando difetti la consapevolezza di ciò che può rivelarsi utile nel contesto del ricevente; in particolare, alludo all'accostamento "aritmetico" alla materia, la cui epifania più evidente è lo stile, praticato sin dal '900, di volumi concepiti quali sommatorie di articoli "nazionali", e di convegni quali sequenze di relazioni, pure "nazionali".

²⁵ U. Scarpelli, voce Metodo giuridico, in Enc. Feltrinelli Fisher, Diritto 2, a cura di G. Crifò, Feltrinelli, Milano, 1972, p. 418 (anche in Id., *L'etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 179 ss.).

²⁶ D. Fontana, *The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era*, in *Yale Journ. int. law*, n. 36, 2011, pp. 14 ss., 23 ss., 51. Questa visione miope, anche dal punto di vista "economico", e gli argomenti meramente utilitaristici, criticamente denunciati da Fontana, sono gli stessi che usa B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart, Oxford-Portland, 2003, trad. it. *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 73, p. 85 e passim. Le funzioni della comparazione «per rispondere alle domande dei clienti» sono elencate anche da M.A. Glendon, M.W. Gordon, Ch. Osakwe, *Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases*, 2a ed., West Group, St. Paul, 1994, p. 11.

²⁷ Può trattarsi di contratti, nomine o chiamate che favoriscono i giuristi dommatici interni, o gli internazionalisti, o di scelte strategiche sugli orientamenti delle singole facoltà, o di ostracismi personali. Capita anche di sentir dire che per insegnare diritto comparato basta leggere un manuale e saperlo spiegare.

I libri collettanei “a sommatoria”, o i congressi basati sulle relazioni nazionali, non elaborano i dati, ma li espongono; non prospettano e risolvono i problemi, al massimo li enunciano. Persino in un’arte che non è scienza – il giornalismo – l’illustrazione del fatto viene distinta dal suo commento, e “bravo giornalista” è reputato quello che all’esposizione dei dati fa seguire un commento appropriato. Nella traduttologia, il traduttore si pone nella prospettiva di immedesimarsi nelle istanze del ricevente, non di sé stesso²⁸. Questa mentalità è assente in molti giuspubblicisti di molte comunità accademiche di molti paesi, che utilizzano la moviola da una sola angolatura, pretendendo di insegnare i diritti stranieri, oppure pensano di poterli leggere, attraverso la lente sporca del grasso del proprio dito, ignorando tradizioni, storia, recezioni, cultura. Ma come lo stesso sasso può essere studiato dal geologo, dall’archeologo, dall’architetto, dall’ingegnere, dal soldato, così il diritto comparato esige osservazioni pluriangolari.

In una primordiale accezione, fortemente condizionata dalla mitologia del positivismo legistico ottocentesco, lo studio delle legislazioni comparate rispondeva a questa visione. Sin da allora, peraltro, all’esposizione delle legislazioni nazionali faceva da contraltare lo sforzo della dottrina civilistica per costruire qualcosa che si spingesse più in là della mera “informazione comparativa”²⁹: la ricerca di concetti comuni, l’approfondimento dei temi traduttivi, l’analisi dei problemi della circolazione, la ricerca della causa della circolazione (imposizione, prestigio ...), ecc.³⁰. È restato però, anche fra i civilisti, un atteggiamento non ostile ad approcci descrittivi “nazionali” nelle opere collettanee e nei convegni, nella consapevolezza che proprio

²⁸ V. sinteticamente M. Manfredi, voce Traduzione giuridica, in L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, p. 267 s., trad. sp. “Traducción jurídica”, nella ed. in castigliano riveduta e aumentata *Glosario de Derecho Público Comparado*, a cura di E. Ferrer Mac-Gregor, M. Nuñez, C. Astudillo, G. Enríquez Fuentes, p. Torres Estrada, Porrúa, México, 2012, p. 385 s.

²⁹ La data di riferimento è il Congresso di Parigi del 1900: cfr. L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, cit., p. 9 ss.

³⁰ Rinvio a L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., passim.

essi forniscono il materiale grezzo indispensabile per passare alla fase comparativa. Tra i pubblicisti, questo è ancor oggi l'accostamento prevalente in molti paesi, e in molti casi l'unico modo di concepire quella che viene chiamata scorrettamente e pomposamente "comparazione".

Si tratta del *legal tourism* nel senso sopra delimitato, ovvero l'esportazione della propria cultura giuridica nazionale, o l'importazione di culture giuridiche straniere, senza l'elaborazione di una riflessione teorica sull'esportabilità o l'importabilità. Il fenomeno può dunque essere guardato dal lato concavo o da quello convesso: la pretesa dei giuristi nazionali dei vari paesi, da una parte, di insegnare fuori le proprie cose (ciò che ho chiamato "iusonanismo"); dall'altra, di potersi valere di quelle straniere ("iusvoyeurismo"), in entrambi i casi prescindendo dall'elaborazione del milieu in cui esse vanno a calarsi.

La "mentalità" del giurista è l'elemento che accomuna le due prospettive. Di solito l'atteggiamento è che la conoscenza di cose straniere è necessaria e sufficiente, sia per esportare, sia per importare. Il corollario dell'idea che il proprio modo di pensare sia l'unico corretto, anch'essa derivata dall'interpretazione juriciste del positivismo dell'800, è che descrivere (e magari razionalizzare) le esperienze dei diritti propri sia necessario e sufficiente per far loro assumere carattere universale; come pure, che avere informazioni su tali esperienze sia necessario e sufficiente per costruire scienze "nazionali" che tali informazioni metabolizzano, e per le finalità pratiche della comparazione: costruire leggi che copiano esperienze straniere, e risolvere casi utilizzando argomentazioni straniere. Il problema è che solo Michelangelo vedeva nel blocco di marmo quelli che sarebbero stati il Mosè o la Pietà, non certo i suoi garzoni di bottega e i visitatori del suo atelier.

Porsi da una prospettiva esterna alla norma, o se si vogliono usare le categorie traduttologiche "secondo le istanze del ricevente", comporta uno sforzo sovraumano – erculeo, direbbe Dworkin³¹.

³¹ Sono d'accordo con C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 59, quando scrive che è la dottrina il vero Hercules dworkiniano: a essa compete leggere e rileggere il diritto giurisprudenziale (oltre che quello legislativo/costituzionale), trovarne le linee di sviluppo, le concordanze e le antinomie, e in un processo circolare costruire schemi di lettura e restituirli alla giurisprudenza. La

Significa abbandonare le tranquille certezze della propria cultura giuridica, mettere tutto in discussione, e cercare di impossessarsi della mentalità dell'altro, chiedersi cosa pensa, cosa gli è utile, cosa si può trasmettergli e cosa egli è in grado di recepire (e, naturalmente, viceversa...). Trasferire le proprie nozioni è facile: costa poco o nulla inviare al curatore spagnolo di un libro "mondiale" sulla giustizia costituzionale un articolo francese sulla giustizia costituzionale in Francia, o, per un relatore tedesco a un congresso svedese, parlare della giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht. Anzi, chi fa così ha persino il vantaggio di poter essere impreciso, perché è meno controllato che in patria. Difficile è invece, da parte di chi scrive o parla, risolvere il problema di come selezionare e interpretare il materiale grezzo così offerto, per offrire a chi legge o ascolta le chiavi di lettura utili a comprendere le analogie e le differenze tra il materiale prospettato, con il suo marchio di origine, e quello utile al destinatario. In altre parole, si tratta di sapere, almeno a livello embrionale, ciò che divide e ciò che unisce. Si tratta di conoscere e fare propria, almeno a livello embrionale, la conoscenza giuridica del destinatario. Ed è a questo stadio, appunto, che le strade dei comparatisti e quelle degli studiosi interni divergono.

I comparatisti sono spesso costretti a limitare ad aree ben precise i loro interessi, proprio per la difficoltà appena segnalata, ma dimostrando così di essere veri studiosi e professori, consapevoli delle difficoltà di penetrare a fondo tutte le culture e i sistemi giuridici³². Alcuni riescono a dominare a fondo più culture giuridiche. Come è stato scritto, il diritto comparato rischia sovente di essere una scienza superficiale³³, anche se chi lavora dentro un'area non

dottrina è il custode del legislatore, è il giudice dei giudici.

³² Così, Menski o Lombardi Vallauri o D. Amirante si occupano prevalentemente del mondo della cultura hindu; Castro o Oliviero o Piccinelli di quella islamica; Biscaretti o Crespi Reghizzi o Ganino di quella russa; Timoteo o Cavalieri di quella cinese, ecc. (Si tratta ovviamente di segnalazioni solo esemplificative).

³³ Mette in guardia dal "dilettantismo tuttologico" G. Crespi Reghizzi, La comparazione giuridica estrema: L'Est europeo, l'Estremo Oriente, l'Africa e l'India, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, Un. degli studi di Trento, Trento, 2012, p. 244. G. Watt, *Comparison as deep appreciation*, in p. G. Monateri (ed.), *Met-*

identificata con uno Stato preciso fa sempre comparazione (il common law, il diritto islamico, il diritto socialista, il diritto hindu, il diritto latinoamericano, ecc...). Tutti però sono ben consci degli ostacoli, a differenza di chi, studioso delle proprie farmacie (per usare una graffiante definizione di Sergio Bartole) o dei marciapiedi della sua città, è convinto che i suoi problemi di sistemazione giuridica siano anche i problemi di chi vive ad anni-luce culturali di distanza o à l'envers che qualsiasi nozione acquisita "da fuori" sia utilizzabile anche a livello pratico, oltre che dottrinale, solo perché "fuori" ha dato buoni esiti o magari solo perché tali esiti sono stati correttamente esposti. Gli esempi sono numerosi, specie nella dottrina statunitense (ma anche in quella continentale).

IV. "lusonanismo" e "iusvoyeurismo" giuridico: le ripercussioni pratiche

La tecnica delle "relazioni nazionali", o dei libri (pseudo)-comparatistici a sequenza, se pure ha il merito di fornire nozioni comunque utili, ha conseguenze pratiche, che si riverberano sui formanti dinamici e non solo su quello dottrinale. La dottrina, dove non produce direttamente diritto autoritativo, quanto meno lo influenza³⁴.

hods of Comparative Law: an intellectual overview, cit., p. 82, ci ricordache «In his 1949 article on 'The Field of Comparative Law', F.H. Lawson wrote that comparative law is 'bound to be superficial'. Some years later Alan Watson acknowledged that superficiality will always remain a peril in comparative law scholarship». Le opere citate sono rispettivamente: F. H. Lawson, *The Field of Comparative Law*, in *Jurid. rev.*, n. 61, 1949, p. 16, e A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgh, 1974, 2a ed., Un. of Georgia Press, Athens, 1993, p. 10, trad. it. *Il trapianto di norme giuridiche*, Esi, Napoli, 1984.

³⁴ Nella costruzione del diritto, la dottrina contribuisce ad alimentare i formanti dinamici, ma oggi, nel mondo occidentale, non produce direttamente diritto autoritativo. Però, non è stato sempre così in passato, né lo è ovunque oggi. Come tutti sanno, nel diritto romano, e fino alla rivoluzione francese (e persino dopo, in Germania, grazie all'alimento della Pandettistica, e ad Andorra sino al 1993), a creare diritto erano anche i giureconsulti: la manifestazione più eclatante si ebbe con la Legge delle citazioni, con cui nel 426 d.C. Teodosio II creò una sorta di Stufenbau delle opinioni dei giuristi, con al vertice della gerarchia Paolo, Ulpiano, Gaio,

Se la produzione dottrinale (tramite libri, articoli o convegni) instilla o fomenta l'idea che quel che va bene qui va bene anche là, tale idea si riverbera pure su legislatori e giudici, invogliati a scovare nel diritto straniero soluzioni estemporanee (nei contesti di decisione o di invenzione) e/o a produrre processi giustificativi delle scelte (nei contesti di giustificazione o di validazione).

In primo luogo nei parlamenti, che sovente si valgono di letture e dossier atomizzati di diritto straniero, riservando a sé medesimi le sintesi comparatistiche, con risultati a volte grotteschi³⁵. Da una

Modestino e via via altri, e criteri per risolvere le antinomie. Il diritto hindu si basa ancora largamente (se pure in modo recessivo) sulle interpretazioni dei dotti raccolte tra il XII e il XVII secolo nei nibandhas, commentari del Manusmṛti, o Codice di Manu. [Vedialmeno W. F. Menski, *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*, Oxford U. P., Nuova Delhi, 2003; R. Lingat, *The Classical Law of India*, Un. of California Press, Berkeley, 1973; Id., *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Mouton & Co., La Haye, 1967, trad. it. *La tradizione giuridica dell'India*, Giuffrè, Milano, 2003; p. Diwan, *Modern Hindu Law*, 9^a ed., Allahabad Law Agency, Allahabad, 1993. Una efficace sintesi delle fonti del diritto hindu si trova ora in D. Amirante, voce *Diritto indù e diritto indiano*, in L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., p. 97 ss.; Id., *Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2013, p. 1 ss., e in *Ann. dir. comp. st. legisl.* 2013, cit., p. 239 ss.; Id., *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bup, Bologna, 2015.] Il diritto musulmano, che vincola 1300 milioni di persone, ha tra le sue fonti la *ijma*, ovvero l'opinione concorde della comunità (sunnita, non sciita) dei giuristi-teologi, o almeno dei giurisperiti più autorevoli, purché largamente condivisa e chiaramente formulata. Cfr. M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari, 2000, p. 387 ss., e sinteticamente M. Oliviero, voce *Diritto islamico*, in L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., p. 99 ss.

³⁵ Sui risultati non sempre confortanti dell'uso della comparazione in sede costituente o di revisione rinvio ad alcuni miei studi sulle costituzioni italiana e spagnola: *Il diritto comparato nel dibattito sulle proposte di riforma costituzionale in materia di decentramento territoriale*, in *Il dir. della reg.*, n. 5-6, 2007, p. 59 ss., e in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, Giappichelli, Torino, 2010, V, p. 2465 ss.; *El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la "exportación" de modelos*, in *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, p. 287 ss., e in L. Pegoraro, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006, p. 29 ss. V. anche S. Bagni, *L'argomento comparatistico nel di-*

parola mal tradotta, come pure dalla trasposizione di concetti non esportabili, possono essere tratte conseguenze totalizzanti.

Nella prassi, i lavori preparatori delle leggi di vari paesi attestano una marcata predilezione per il formante normativo. I legislatori, in altre parole, amano (di più, non esclusivamente) citare le soluzioni normative date all'estero, anche se qualche volta fanno riferimento a categorie generali, qualche altra a studiosi di riferimento. La giurisprudenza straniera è quasi assente, come se i testi normativi stranieri ne fossero immuni. Ciò è probabilmente imputabile – oltre che alla scarsa o inesistente cultura comparatistica di gran parte dei parlamentari – alla maggiore facilità di reperimento dei meri documenti normativi. Concorrono a questa tendenza anche gli uffici studi di qualche parlamento (come quelli francese e italiano), che forniscono solo i dati grezzi, senza commenti, chiose e classificazioni. Non si può pretendere dai parlamentari, senza l'aiuto degli uffici, ma soprattutto della dottrina, astrazioni e approfondimenti sul contesto nel quale si cala una legge straniera citata, e men che meno verifiche sulla sua interpretazione da parte dei giudici³⁶.

battito parlamentare sulla procreazione assistita, in *Pol. dir.*, n. 4, 2008, p. 635 ss.

³⁶ Sul divieto di fare commenti comparatistici per traduttori e funzionari in tali parlamenti, al fine di preservare l'autonomia della politica (!) v. F. Megale, *La traduzione delle legislazioni straniere nei Parlamenti italiano e francese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3, 2011, p. 663 ss. e spec. p. 669. A tali mancanze potrebbe soccorrere l'uso delle hearings in sede di elaborazione legislativa: è emblematica l'esperienza del Congresso degli Stati Uniti, ma la prassi è diffusa in tutto il mondo. In sede di udienze legislative, possono essere ascoltati anche esperti di diritto comparato. Per questo canale, può entrare nel processo legislativo, attraverso la dottrina in via diretta, anche il formante giurisprudenziale, a patto che si consultino comparatisti, e che questi se ne avvalgano. Qualche volta (come nel Parlamento italiano) ciò accade, molte volte no. Nella sentenza *McGrain v. Daughurty* (273 U.S. 135, 1927), la Corte suprema ha affermato che il potere di inchiesta «rappresenta un supporto essenziale e proprio del potere legislativo», e che «un organo legislativo non può legiferare saggiamente e con proprietà se difetta l'informazione che illustri le condizioni che la legge deve avere o cambiare; e quando l'organo legislativo non ha le informazioni necessarie (...), deve ricorrere ad altri che ne sono in possesso». Sull'introduzione delle hearings negli Stati Uniti cfr. nella dottrina italiana A. Predieri, *Contraddittorio e testimonianza del cittadino nei procedimenti legislativi*, Giuffrè, Milano,

La situazione cambia – ma non tantissimo – quando si tratta di scrivere o di riformare le costituzioni. Spesso gli organi costituenti hanno una composizione ad hoc (diversa quindi dalle ordinarie assemblee legislative): vi compare l'élite della società civile, inclusi costituzionalisti aperti al mondo; qualche volta dunque viene esteriorizzato l'apporto della dottrina e, talora, della giurisprudenza³⁷. Altre volte la recezione si deduce implicitamente. Quando si redigono ex novo le costituzioni, poi, spesso il terreno è già dissodato dalla dottrina, il cui ruolo si enfatizza nel caso siano istituzionalizzati appositi organismi ausiliari a base scientifica (comitati, commissioni di studio o simili)³⁸.

A volte, si tende a importare o a esportare soluzioni normative che non possono attecchire altrove, perché non si tiene conto abbastanza dell'implementazione della giurisprudenza e delle critiche della dottrina, ma soprattutto perché non si ascoltano le avvertenze dei comparatisti sulle condizioni di importabilità o esportabilità di enunciati normativi o istituti corrispondenti. Molto dipende dalla preparazione comparatistica dei funzionari e dei consulenti, e quindi, in definitiva, dal ruolo dell'Università nell'offrire questa preparazione. Ciò rappresenta il *sollen*, ovvero quello che sarebbe auspicabile, per fornire al legislatore dati completi sul diritto di altri paesi, troppe volte evocato in modo generico e decontestualizzato, o addirittura a sproposito, nei lavori preparatori di tante leggi e di tante costituzioni.

1964; N. Olivetti Rason, voce *Processo legislativo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (eds), *Il Dizionario di Politica*, 3a ed., Utet, Torino, 2004, p. 847 ss.

³⁷ Rappresenta un valido esempio di circolazione trasversale tra formanti l'art. 82 della Costituzione spagnola, una vera e propria verbalizzazione costituzionale non solo dell'art. 76 Cost. it., ma soprattutto della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sulle leggi delegate, frutto degli studi allora messi in cantiere. V. ancora il mio *El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la "exportación" de modelos*, cit.

³⁸ Si pensi al ruolo della c.d. Commissione di Venezia nel supportare la stesura delle costituzioni dei paesi dell'Est europeo. Il diritto comparato sta dunque dietro molte scelte costituenti (o di riforma), quale insieme di norme, sentenze, dottrine.

Quanto all'uso del diritto costituzionale comparato, il cui richiamo è d'obbligo se si tratti di scrivere o riformare costituzioni, lo si evoca a volte anche in sede legislativa, per leggi con implicazioni costituzionalistiche. Temi privilegiati per utilizzare formanti non normativi sono quelli eticamente sensibili, quali immigrazione, divorzio, differenze di genere, coppie di fatto, adozioni, e la bioetica (eutanasia, sperimentazione clinica, contraccezione, fecondazione artificiale, ecc.). In questi campi, sui quali spesso il legislatore è incapace o diviso, spesso sono le sentenze giudiziarie (e costituzionali) a indicare le soluzioni, ma solo a volte i legislatori se ne ricordano.

Conclusivamente: il costituente, il potere di revisione, il legislatore usano il diritto costituzionale comparato; lo usano spesso in modo approssimativo, specie il legislatore; si avvalgono prevalentemente dell'osservazione parallela e speculare a testi normativi di pari grado, qualche volta di categorie generali ("diritti", "federalismo", ecc.), delle quali raramente colgono la complessità. Ignorano per lo più (ma non sempre) la giurisprudenza. In qualche circostanza, si valgono di letture della dottrina. La legislazione è comunque influenzata, e in qualche occasione giustificata, dalle categorie comparatistiche. Dietro ciascuna legge, o ciascuna costituzione, c'è la cultura giuridica di un paese; il livello di percezione dell'utilità di guardare a esperienze straniere dipende anche dagli atteggiamenti dell'Università, dalla selezione del personale che assiste i legislatori, dal prestigio ascrivito al potere giudiziario; in definitiva, da fattori interni che influiscono sull'omogeneità o la disomogeneità del diritto nel suo complesso, comprensivo di legislazione, giurisprudenza e dottrina.

Nel formante giurisprudenziale il grado di attenzione dei recettori è di solito più elevato che nei corpi legislativi, se non altro per la diversa formazione. Anche per i giudici, costituzionali e ordinari, valgono le considerazioni già espresse, relative alle influenze culturali, alla formazione universitaria, ecc. Che usino categorie comparatistiche per decidere i casi, e se sì quali usino, e con quale frequenza o peso, dipende dalla complessiva mentalità giuridica propria di ciascun ordinamento.

Pure nel caso dei giudici, il rischio della totalizzazione dei concetti da parte di dottrine assolutizzanti, disattente all'analisi empirica dei diversi contesti culturali, di tradizioni giuridiche, produce lo stesso *clear and present danger*: quello di far credere universali categorie parziali, temporalmente e spazialmente radicate (*rule of law*, diritti umani, diritti fondamentali, federalismo, democrazia, interesse nazionale, ragionevolezza, ecc.). I giudici fanno riferimento spesso a leggistrianiere, non solo perché devono interpretarle e applicarle – come nel caso del diritto internazionale o europeo –, ma anche per rafforzare o basare su esse la loro interpretazione o un bilanciamento di valori, e utilizzano leggi, giurisprudenza e dottrina come *argumentum quoad auctoritatem*.

È stato osservato che l'influenza del diritto straniero non si manifesta solo attraverso una comparazione effettuata direttamente dai giudici (o – aggiungo – dal legislatore), ma anche mediante il rinvio a opere di dottrina, che a loro volta analizzano il diritto interno con la lente della comparazione³⁹. Con ciò risulterebbe che spesso le corti che usano rinviare alla dottrina sarebbero inconsapevolmente influenzate dal diritto straniero; anzi, tale influenza indiretta sarebbe addirittura più intensa di quella determinata dal rinvio consapevole alla legislazione e alla giurisprudenza straniera, e la dottrina avrebbe la missione di preparare la strada alla recezione da parte della giurisprudenza interna di soluzioni in uso presso altri ordinamenti⁴⁰.

³⁹ A. Gerber, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgericht*, cit., p. 141 ss.; F. Werro, *La jurisprudence et le droit comparé*, in Aa. Vv., *Perméabilité des ordres juridiques*, Schulthess, Zürich, n. 20, 1992, p. 165 ss. Anche alla dottrina, più che alla giurisprudenza delle corti continentali, preferisce richiamarsi la stessa giurisprudenza inglese, nelle ipotesi in cui debba fare applicazione del diritto straniero: si v. la decisione *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd* – House of Lords [1981] AC 251. Peraltro A. Paterson, *The Law Lords*, MacMillan, London, 1982, p. 10 ss., dimostra il disinteresse della massima autorità giurisdizionale britannica per le opere accademiche, comprese le note e i commenti alle sentenze. Così, infatti, era già ai tempi dei grandi tribunali di diritto comune, dove i responsi richiesti ai giuristi non assurgevano a fonte del diritto, pur “plasmando” il sistema giuridico.

⁴⁰ F. Werro, *La jurisprudence et le droit comparé*, cit., loc. cit.

Se la dottrina non adempie al suo compito di spiegare, ma si limita a fornire i dati grezzi delle esperienze straniere, occorre che si assuma anche le responsabilità delle cattive recezioni.

V. Conclusioni

Tornando agli esiti della ricerca, si registra una divaricazione.

Da una parte, come detto, sono molto limitati i richiami a studi che illustrano le soluzioni percorse in specifici ordinamenti (salvo il caso di soluzioni tecniche che possono essere considerate utili anche nel sistema ricevente); men che meno si utilizzano studi di stranieri su diritto (a loro) straniero. Ciò sembra attestare la cautela dei giudici nel selezionare il materiale, e una certa loro propensione a un accostamento "comparatistico". Dall'altra, però, le corti di vertice impiegano a man bassa, un po' in tutto il mondo, le dottrine universalistiche, antitesi della comparazione.

Forse le ragioni di tale atteggiamento si possono trovare nel rinato ammiccamento a forme moderne di giusnaturalismo, alle quali peraltro si contrappongono le dottrine positivistiche e realistiche, pure ampiamente utilizzate dai giudici delle leggi. (Basti considerare le citazioni di Bobbio, Guastini, Bökenförde, etc.) In particolare, sembrano da collegarsi alla penetrazione delle teorie del neo-costituzionalismo, per cui alle citazioni di autori di altra provenienza (Spagna, Italia, Germania, specie con Häberle), si associano quelle di studiosi statunitensi entrati in voga. (Si pensi a R. Dworkin)⁴¹.

⁴¹ Non c'è però una radice unitaria tra questi autori: cfr. R. Guastini, A proposito di neo-costituzionalismo, in *Teoria pol.*, nuova serie, n. 1, 2011, con replica di M. Barberis, Esiste il neocostituzionalismo?, in *Analisi e dir.*, 2011, p. 285 ss. Secondo S. Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neo-constitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 145, il principale strumento con cui il neocostituzionalismo attacca il positivismo legislativo è rappresentato dalla presenza egemonica dei principi: «Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico». Si veda sul tema L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación*, Ubijus, México, 2014, spec. p. 81 ss. Come ricordano R. Viciano

C'è però un prezzo da pagare, strettamente connesso all'ipotesi della scarsa utilità delle dottrine (e delle opere giuridiche che le divulgano) avulse dai contesti di recezione. È emblematico il successo presso le corti dell'America Latina, dell'Est europeo e di altre regioni, inclusa l'Europa occidentale, di molti autori statunitensi. Il costituzionalismo statunitense (ma anche parte di quello tedesco contemporaneo) è assorto nel culto di sé stesso, e cerca di spiegare il mondo utilizzando solo le proprie categorie, spesso con vere e proprie mistificazioni della realtà. Spesso i problemi metodologici sono affrontati semplicemente universalizzando le categorie del costituzionalismo nordamericano, considerate valide per tutto il globo⁴². Non solo: è oggi prevalente, negli Stati Uniti, l'ac-

Pastor, R. Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011, p. 6, richiamando P. Comanducci, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, in M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 83: «Como teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo –en particular a partir de los principios– aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Por esta razón, está caracterizado por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley. Se trata, en definitiva, de recuperar en sentido fuerte la idea de constitución como norma jurídica suprema del Estado y fortalecer su presencia determinante en el ordenamiento jurídico».

⁴² Come scrivep. Goodrich, *“Interstitium and non-law”*, inp. G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law: an intellectual overview*, cit., p. 226, «If US lawyers are trained in the merits of insularity, the benefits of monolingualism and the superiority of their common law, it does not come as a huge surprise that there is an epistemic difficulty in the perception of difference as relevant to the ana-logic of law». Un esempio tra i tanti è uno studio di Mark Tushnet, il quale, nel proporre nuove metodologie classificatorie della giurisprudenza costituzionale, applica le categorie elaborate dalla Corte Suprema ad altri sistemi, senza preoccuparsi di verificare la loro utilizzabilità, e mistificando così i dati del diritto positivo. Non per caso nella bibliografia non appare alcun autore non statunitense: M. Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, in *Michigan L.R.*, n. 8, 2003, p. 2781 ss. La distinzione tra strong- e weak-form judicial review è data sostanzialmente dal fatto che la prevalenza in tema di interpretazione della

costamento originalista nell'interpretazione delle leggi, sino a ieri patrocinato nella Corte suprema soprattutto da B. Scalia⁴³. La polemica di Scalia sull'uso del diritto comparato nella giurisprudenza trae origine anche dalla consapevolezza dell'inapplicabilità di regole (e parole e istituti), che fuori dal contesto statunitense operano diversamente⁴⁴, ma probabilmente dietro c'è anche la percezione della

Costituzione sia affidata agli organi giudiziari preposti, oppure a una sorta di dialogo tra essi e i parlamenti. I limiti di questa proposta sono molti: soprattutto, si basa prevalentemente sull'esperienza statunitense, nel solco della tradizione dottrinale del paese, poco interessata a quello che succede fuori di esso (di fatto evoca solo qualche altro ordinamento di common law, e nessuno di civil law, con eccezione dell'Olanda); non è preceduta da alcuna analisi empirica; alla fine, classifica in base a un solo un profilo, ovvero quello della "forza" delle decisioni. Aspira però (e ci riesce) ad avere valore universale. Cfr. M. Tushnet, *Weak Court, Strong rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton U. P., Princeton, 2008; Id., *The Rise of Weak-Form of Judicial Review*, in T. Ginsburg, R. Dixon (eds), *Comparative Constitutional Law*, Elgar, Cheltenham, 2011, p. 321 ss.; e già Id., *Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties*, in *Harvard civil liberties-civil rights L.R.*, 2006, p. 1 ss.

⁴³ V. in particolare sull'interpretazione originalista, nell'ampia letteratura in inglese, J. O'Neill, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Johns Hopkins, Baltimore, 2005; A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton U. P., Princeton, 1977; J.N. Rakove, *Original Meanings*, A. Knopf, New York, 1966; R. Bennet, *Judicial Review in the United States*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2011, spec. p. 168 ss. In spagnolo p. De Lora del Toro, *La interpretación originalista de la constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Cec, Madrid, 1998.

⁴⁴ Sulla controversia tra i giudici Breyer – favorevole all'uso della comparazione da parte delle corti – e Scalia, che in nome dell'originalismo della Costituzione statunitense demonizza il diritto straniero v. C. N. Llewellyn, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules of Canons About Statutes Are To Be Construed*, in *Vanderbilt L. R.*, n. 3, 1950, p. 395, il quale giunge ad affermare che l'attenzione per il diritto straniero può distrarre il giudice dalla comprensione del diritto interno. Viceversa, a sostegno dell'idea che l'uso del diritto comparato rappresenta un "metodo universale di interpretazione" si esprime K. Zweigert, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n. 15, 1949-50, p. 5 ss. Com'è noto, le ripercussioni sono giunte persino a livello parlamentare, con proposte di vietare espressamente

pochezza del dibattito americano sull'uso della comparazione, e quindi dei rischi di un uso distorto del diritto straniero⁴⁵. Ciò nonostante, la produzione scientifica ha velleità planetarie, né sembra pagare presso le corti costituzionali di tutto il mondo lo scotto di una contraddizione che parrebbe eclatante: come può ciò che è eccezionale, e va interpretato secondo i canoni dell'originalismo, essere al contempo universale? A essere in conflitto non è solo la pretesa della dottrina statunitense di ignorare il resto del mondo, però al contempo di affermare idee "universali", ma anche l'accettazione, da parte delle altre corti, di incorporare dottrine che si basano sull'analisi di una sola realtà ordinamentale, quella patria, o quanto meno muovono da essa (e dai casi giudiziari colà incardinati) per darle una estensione universale⁴⁶.

Ciò ovviamente vale anche per gli studi praticati in altri paesi, che accettino tali presupposti.

L'opera selettiva fatta dalle corti sembra arrestarsi in tal caso a uno stadio embrionale della comparazione: come già detto, percepiscono che un numero eccessivo di "filtri" – quello dello studioso straniero che studia un paese straniero, e quello proprio, se usano un prodotto già "filtrato", è davvero troppo. Come se un messicano

i riferimenti comparatistici : Senate 520 (2005), House of Representatives 1070 (2005). Sull'enfatizzazione del dibattito, non solo negli Stati Uniti ma anche in altri paesi, vedi il significativo titolo dell'articolo di A. Parrish, Storm in a Teacup: the US Supreme Court's Use of Foreign Law, in *Un. of Illinois L.R.*, n. 2, 2007, p. 637 ss. La visione narrow minded della corrente originalista americana (che con eclatante contraddizione pretende però che i diritti difesi dalla sua Costituzione siano universali) è smentita dalla prassi di tanti tribunali: T.L. Grove, *The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*, in *Harvard L. R.*, n. 114, 2001, p. 2064, osserva che «The U.S. Supreme Court has been notably absent from the international judicial dialogue. Even as its opinions are cited by constitutional courts all over the world, the U.S. Supreme Court continues to look inward».

⁴⁵ Cfr. nt. 26. Le funzioni della comparazione "per rispondere alle domande dei clienti" sono elencate anche da M.A. Glendon, M.W. Gordon, Ch. Osakwe, *Comparative legal traditions. Text, Materials and Cases*, 2a ed., West Group, St. Paul, 1994, p. 11.

⁴⁶ V. più approfonditamente L. Pegoraro, *Derecho constitucional comparado, La ciencia y el metodo*, cit., esp. cap. II.

utilizzasse una traduzione all'inglese di un autore bulgaro, che avesse tradotto dall'arabo. Tuttavia, pur rifiutando questo uso distorto della dottrina straniera, accettano, citandole, le opere di studiosi che operano astrazioni presuntivamente valide anche oltre i confini. Se ciò sia fatto in modo consapevole e critico (ossia considerando se l'autore straniero citato abbia o meno affrontato il problema dell'universalità della sua opera), dipende dai casi. Ma anche il grande J. Bentham, e non solo Voltaire⁴⁷, era convinto dell'esportabilità della codificazione nel Regno Unito.

Come l'Isis, distruggendo Palmira, distrugge la memoria, così chi induce a dimenticare la memoria, oppure è convinto che la sua memoria sia l'unica giusta, si rende complice delle conquiste nelle guerre di esportazione: guerre non solo dottrinali o accademiche, ma anche vere, dato che, spesso, esse sono giustificate proprio sotto lo slogan della difesa di concetti inesportabili (democrazia, diritti, federalismo, sovranità popolare...). Forse nel breve periodo le guerre riescono a produrre gli effetti voluti, ma alla lunga i trapianti di istituzioni e concetti estranei determinano reviviscenze dei crittotipi culturali, se non eventi reattivi ben più gravi. Basti pensare al risorgere dell'Islam dopo l'imposizione del diritto socialista nel sud dell'ex Urss, una volta caduto il muro di Berlino, o più recentemente ai fenomeni migratori, o alle rivolte delle banlieu, o ancora, almeno, al rifiuto del neo-liberismo e alla rivendicazione di modelli nuovi di costituzionalismo attento alle tradizioni⁴⁸.

⁴⁷ «Volete avere buone leggi? Bruciate quelle che avete, e fatene di nuove», "Loi", in *Questions sur l'Encyclopédie* (1771).

⁴⁸ V. in una letteratura (anche italiana) già ampia R. Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; S. Bagni (ed.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir? Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013; S. Baldin, M. Zago (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014; R. Gargarella, C. Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Cepal, Santiago de Chile, 2009; R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011, p. 7; p. Pazmiño Freire, *Aproximación al nuevo constitucionalismo. Debate sobre sus fundamentos*, Risper Graf, Quito, 2012; M. Carducci, *A aquisição problemá-*

Per Procida Mirabelli, il comparatista è “antagonista del dogmatico”⁴⁹. Dei dogmatici che senza essere attrezzati pretendono di comparare vien da dire con Derrida: «Tutte queste persone sarebbero radicalmente incompetenti non perché, paradossalmente, sanno in anticipo, come credono quasi sempre, cos’è l’uomo, cos’è la vita, cosa vuol dire “presente”, cosa vuol dire “giusto” (...), ma sarebbero incompetenti, come ritengo siano spesso, perché credono di sapere, perché sono in condizioni di sapere e sono incapaci di articolare queste domande e imparare a formularle. Non sanno né dove né come si siano formate, e dove e come imparare a ri-formarle»⁵⁰.

tica do constitucionalismo ibero-americano, Upf, Passo Fundo, 2003.V. anche la sezione monografica coordinata da M. Carducci, “Il ‘nuevo constitucionalismo’ andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista”, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2012, p. 319 ss. e ivi in particolare Id., *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell’alterità*.

⁴⁹ Per A. Procida Mirabelli di Lauro, *Presentazione* a J.-L. Constantinesco, *Il metodo comparativo* (a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro), Giappichelli, Torino, 2000, p. LVIII, trad. it. di *Die rechtsvergleichende Methode*, II, *Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns, Köln, 1972, il comparatista deve «demistificare la scienza giuridica nazionale per poi rifondarla culturalmente sulla base della conoscenza dello spazio e del tempo. Egli diventa l’antagonista, illuminato e colto, del civilista dogmatico».

⁵⁰ *Penser ce qui vient*, ora in R. Major (ed.), *Derrida pour les temps à venir*, Stock, Paris, 2007, p. 17 ss. Non è un caso che il legislatore italiano, paradossalmente più intelligente di certi professori, abbia creato gruppi disciplinari distinti, dividendo i costituzionalisti (e i privatisti) dal gruppo dei comparatisti.

Stato del benessere o emancipazione?

Lavoro e diritto negli stati uniti della prima metà del novecento

ALESSANDRO SOMMA

I. Stato del benessere o benessere dello Stato?

Queste pagine hanno tratto spunto dall'incontro più o meno fortuito con una formula utilizzata in una nota decisione della Corte suprema statunitense di primo Novecento, la formula «benessere dello Stato» (Welfare of the State), e da un'ipotesi di lavoro: che non ci si trovasse di fronte a parole poco meditate, scollegate da una qualche opzione politico normativa, ma che al contrario esse segnalassero, forse inconsapevolmente, alcuni tratti utili a comprendere la nascita e lo sviluppo dello «Stato del benessere» (Welfare State).

Lo sfondo per cogliere questi tratti è dato dal contesto culturale tipico dell'epoca in cui è stata pronunciata la decisione appena richiamata, ovvero dal declino dell'individualismo seguito alla riscoperta della società, e dal conseguente sviluppo di visioni dello stare insieme di matrice organicista.

Quelle visioni, non certo innovative se riferite all'ordine politico, apparivano per molti aspetti rivoluzionarie se riferite all'ordine economico, da dove erano stata a lungo espulse per onorare la rigida distinzione tra un diritto dello «Stato onnipotente» e un diritto dell'«individuo sciolto da ogni comunità»¹. Per questo determinarono cambiamenti epocali con riferimento al ruolo che i pubblici poteri avrebbero dovuto assumere, essendo ora investiti del compito di sostenere attivamente l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine capitalista, di salvarlo dall'autofagia cui lo avrebbero condannato i fallimenti del mercato e i conflitti prodotti dal suo funzionamento.

Di qui la cura per il benessere dello Stato in quanto entità resasi interprete delle necessità del mercato, per la quale occorreva da un lato elevare la concorrenza a strumento di direzione politica dei consociati, e dall'altro destinare loro misure di sicurezza sociale intese quali contropartite per la rinuncia alla lotta politica: sia misure di carattere pubblicistico, concernenti l'erogazione di prestazioni sociali, sia misure di carattere privatistico, relative alla promozione della parità sostanziale nelle relazioni interindividuali. Ecco perché la genesi dello Stato del benessere, dello Stato la cui azione contem-

¹ T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, 2. ed., Roma, 1933, p. 17.

pli entrambe le misure, ben può essere ricostruita muovendo dal concetto di benessere dello Stato.

II. Società industriale e ordine del mercato

Al principio del Novecento la transizione dalla società borghese alla società industriale si era oramai compiuta. Da tempo il lavoro non era più il tramite per l'accesso alla condizione proprietaria, che dunque aveva cessato di costituire un veicolo di mobilità ed emancipazione sociale. Il sistema di fabbrica era il fondamento della società industriale, e questo richiedeva una schematizzazione coercitiva dell'esistenza, per dirla con Weber², come quella scandita dai ritmi della catena di montaggio³. Tutto era volto ad assecondarli, a soddisfare le necessità di un ordine incentrato sulla produzione e il consumo di massa. Un ordine che dunque invadeva i momenti della vita dedicati al lavoro, ma che tendeva a irreggimentare anche quelli destinati allo svago e al riposo: il lavoratore doveva essere trasformato in un consumatore mosso da istinti edonistici⁴. Il tutto nel solco di una visione dello stare insieme come società che, se per un verso pretendeva di essere ricavata da tensioni individualiste, aveva per un altro ceduto il passo a schemi organizzativi: quelli confinati dalla società borghese all'ordine politico, riabilitati dalla società industriale per sciogliere l'individuo nell'ordine economico, per renderlo incapace di condotte diverse da quelle funzionali a preservarne l'equilibrio e promuoverne lo sviluppo.

Tutto ciò riguardò l'area europea e nordamericana, sebbene con tempi e modalità differenti, convergenti però verso un medesimo orizzonte. Nella prima i fondamenti teorici delle trasformazioni a cui facciamo riferimento furono oggetto di un dibattito ampio e vi-

² M. Weber, *Economia e società* (1922), vol. 3, Torino, 2000, p. 85 s.

³ Dobblio il riferimento a F.W. Taylor, *L'organizzazione scientifica del lavoro* (1911), Milano, 2004.

⁴ Ci troviamo non a caso negli anni in cui si compiono i primi studi sui comportamenti di consumo, come testimoniato dal celeberrimo T.B. Veblen, *Teoria della classe agiata. Studio economico sulle istituzioni* (1899), Torino, 2007.

vace⁵, ma è nella seconda che il quadro delle realizzazioni pratiche si delineò con maggiore nettezza. Fu cioè nell'esperienza statunitense che, sin dalla seconda metà dell'Ottocento, si diffusero i primi interventi legislativi destinati in particolare a disciplinare la relazione di lavoro con modalità decisamente contrastanti con il tradizionale *laissez faire*. Fu lì che si evidenziarono i termini della frizione tra il vecchio e il nuovo corso, e soprattutto il senso delle trasformazioni in atto: la volontà di ridurre il comportamento degli operatori del mercato, di quelli addetti alla produzione come di quelli incaricati del consumo, a mera reazione automatica agli stimoli dell'ordine economico.

Insomma, il superamento dell'individualismo aveva condotto a una combinazione di istanze liberatorie e istanze ordinatorie con finalità estranee al proposito di produrre emancipazione. Il tutto mentre proprio l'emancipazione era stata perseguita dalla società borghese nel momento in cui aveva esaltato la forza liberatoria della condizione proprietaria, accessibile a tutti attraverso il lavoro e a monte attraverso la contrattazione. Nella società industriale, però, il lavoro era oramai incapace di produrre mobilità sociale, tanto da rendere la condizione proprietaria il punto di riferimento per la divisione tra classi sociali: divisione immobile, perché tale era quella condizione.

La Costituzione statunitense prende in considerazione la libertà contrattuale in quanto valore potenzialmente minacciato dai pubblici poteri. In tal senso vieta innanzi tutto agli Stati di approvare «leggi che deroghino alle obbligazioni derivanti da contratto» (art. 1 sez. 10): una disposizione destinata a prevenire interventi come quelli che caratterizzarono gli anni Ottanta del Settecento, quando una grave crisi economica ispirò l'approvazione di provvedimenti volti ad alleviare la condizione dei debitori⁶.

Più importanti i riferimenti contenuti nel 5. e nel 14. emendamento, dove si dispone che i legislatori federale e statale non pos-

⁵ Citazioni in A. Somma, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, p. 39 ss.

⁶ Per tutti H. Shepherd e B.D. Sher, *An Introduction to Freedom of contract. Cases and Materials*, Brooklyn, 1960, p. 568.

sono privare alcuno «della libertà o della proprietà se non in seguito a due process of law». Queste disposizioni hanno infatti offerto un ombrello protettivo ai contraenti insidiati dall'attività dei pubblici poteri, soprattutto se si trattava di imprese⁷. Sarebbe questo il motivo per cui il 14. emendamento si riferisce alla «persona», e non semplicemente al «cittadino»: esito ottenuto forzando il fine ultimo della disposizione, ovvero promuovere il riconoscimento dei diritti civili in capo ai neri liberati dalla loro condizione di schiavitù, e non certo ampliare lo spazio di manovra assicurato agli operatori del mercato⁸.

A ben vedere, però, una forte compressione della libertà contrattuale derivava, allora come ora, proprio dalle imprese, che finivano per «usare i contratti come arma nel conflitto industriale»⁹. Ciò si verificava soprattutto se quelle imprese erano coalizzate in cartelli, una figura evidentemente ricorrente anche in area europea, dove però il legislatore intervenne in ritardo, oltretutto per regolamentare piuttosto che per reprimere il fenomeno¹⁰. Diversa la situazione negli Stati Uniti, dove gli accordi tra imprese volti a regolare prezzi e condizioni di vendita avevano dato vita ad alcuni tra i più potenti e noti monopoli nella storia economica mondiale: primo fra tutti Standard Oil, il cartello del petrolio creato da John Rockefeller a partire da una società fondata nel 1870, poi sciolto dalla Corte suprema nel 1911¹¹.

Ciò avvenne sulla base di quanto disposto dallo Sherman Anti-trust Act del 1890, adottato per reprimere in generale il comportamento di chi intende realizzare monopoli. Il provvedimento costituì una prima limitazione della libertà contrattuale delle imprese, giac-

⁷ Ad es. J.C. Knowlton, Freedom of Contract, in *Michigan Law Review*, 3, 1904-05, p. 619.

⁸ La vicenda viene ricostruita da H.J. Graham, The “Conspiracy Theory” of the Fourteenth Amendment, in *The Yale Law Journal*, 47, 1937-38, p. 371 ss. e 48, 1938-39, p. 171 ss.

⁹ F. Kessler e M.P. Sharp, *Cases and Materials on Contracts*, New York, 1953, p. 8.

¹⁰ Per tutti D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 2001, p. 115 ss.

¹¹ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* 221 U.S. 1 (1910).

ché la formazione di cartelli rappresentava un'espressione della loro autonomia. È però significativo che la limitazione non sia stata concepita come strumento di tutela dei consumatori danneggiati dalle pratiche monopolistiche, o meglio non direttamente per questo. Il fine immediato è stato la protezione del «libero gioco della competizione», intralciando il quale si «sottraggono al Paese i servizi di una pluralità di operatori del mercato»¹². Il legislatore statunitense ha voluto cioè tutelare l'ordine di mercato eretto a sistema, per il quale occorre che gli operatori economici non perseguissero strategie individuali, e in particolare che non fuggissero dalla concorrenza: strumento attraverso cui si ottiene una produzione di beni diversificata, che i consumatori sono poi chiamati a selezionare, anche loro assolvendo così ai compiti di sistema. Solo a queste condizioni, se cioè produttori e consumatori tengono i soli comportamenti qualificabili come reazioni automatiche agli stimoli del mercato, possono ottenere i benefici a loro destinati dall'ordine nel quale sono sciolti.

È appena il caso di ricordare come la stessa logica sistemica sia stata amplificata dalla letteratura europea che tra i due conflitti mondiali ha premuto per superare l'approccio per cui i cartelli tra imprese, più che repressi, dovevano essere disciplinati. Anche in quel contesto si disse che gli accordi limitativi della concorrenza impedivano l'operare delle «rigide regole del gioco e della lotta», il cui rispetto costituiva «un dovere nei confronti dell'economia nel suo complesso»¹³. Giacché «in una situazione di concorrenza imperfetta le energie dell'imprenditore sono indirizzate all'elaborazione di strategie di mercato», mentre solo «in una situazione di concorrenza perfetta l'imprenditore è interessato a lavorare bene e a basso costo»¹⁴.

¹² Sono espressioni che ricorrono nella giurisprudenza: cfr. J.H. Benton, *The Sherman or Anti-Trust Act*, in *Yale Law Journal*, 18, 1908-09, p. 314.

¹³ F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart e Berlin, 1937, pp. 100 e 102.

¹⁴ L. Miksch, *Möglichkeiten und Grenzen der gebundenen Konkurrenz*, in G. Schmolders (a cura di), *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, Berlin, 1942, p. 102 ss.

III. Poteri di polizia, libertà contrattuale e relazione di lavoro

Ma torniamo alle deroghe al principio di libertà contrattuale, per ricordare che, evidentemente, non vi erano solo quelle riconducibili alla tutela della concorrenza eretta a sistema. Più diffusi erano gli interventi del legislatore, in particolare di quello statale, nell'esercizio del cosiddetto potere di polizia (*police power*): espressione dai contorni tuttora indefiniti perché attiene all'esercizio della sovranità in quanto tale¹⁵, risentendo così delle concezioni di volta in volta prevalenti circa le relazioni tra sfera pubblica e sfera privata¹⁶. Il che, ai nostri fini, significa valutare le interpretazioni del 5. e 14. emendamento della Costituzione statunitense, per i quali la libertà e la proprietà possono essere comprese dai pubblici poteri solo nel rispetto del *due process of law*.

In quanto intimamente connesso con l'esercizio della sovranità, fin dal 14. Secolo nell'esperienza inglese il potere di polizia venne tematizzato con riferimento ai provvedimenti destinati a perseguire un non meglio definito interesse generale: ad esempio quelli che, all'epoca della peste nera diffusasi intorno alla metà del Trecento, avevano inteso fronteggiare la penuria di forza lavoro vietando ai datori di lavoro di concedere aumenti salariali, e ai lavoratori di muoversi alla ricerca di migliori condizioni economiche¹⁷. Quando però l'esercizio del potere di polizia si diffuse nell'esperienza statunitense, un'attitudine decisamente più rispettosa della sfera privata portò a ritenere che dovesse informarsi alla massima, di sapore kantiano, per cui la libertà individuale poteva conoscere il solo limite della libertà altrui¹⁸.

¹⁵ Da ultimo B. Rodriguez, *The Inscrutable (Yet Irrepressible) State Police Power*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, 9, 2015, p. 662 ss.

¹⁶ Con specifico riferimento al recente ritorno di un assolutismo proprietario, v. ad es. P.A. Talmadge, *The Myth of Property Absolutism and Modern Government: The Interaction of Police Power and Property Rights*, in *Washington Law Review*, 75, 2000, p. 857 ss.

¹⁷ Ad es. S. Cohn, *After the Black Death. Labour Legislation and Attitudes Towards Labour in Late-Medieval Western Europe*, in *The Economic History Review*, 60, 2007, p. 457 ss.

¹⁸ Ad es. *Commonwealth v. Alger* 7 Cush. 53, 61 Mass. 53 (1853), p. 63.

Le cose erano però destinate a mutare rapidamente per l'ampliamento dei compiti che si reputava dovessero spettare ai pubblici poteri, così sintetizzati dalla Corte suprema nel 1885: «promuovere la salute, la pace, la morale, l'educazione e il buon ordine delle persone» e «legiferare in modo tale da incrementare le industrie dello Stato, sviluppare le sue risorse e contribuire alla sua ricchezza e prosperità»¹⁹. Come si vede, per quanto esemplificato, l'interesse generale restava un concetto dai contorni sfumati, e del resto non poteva essere altrimenti²⁰. Cambiava però la prospettiva, che era sempre più quella cui rinviava la «scienza di polizia» (Policeywissenschaft), elaborata in area tedesca tra la metà del 17. e la metà del 18. Secolo²¹. Là i poteri di polizia avevano cessato di riguardare il solo mantenimento della pace e della sicurezza per ricomprendere quanto si potrebbe definire in termini di polizia economica: l'insieme delle misure destinate ad alimentare l'industria e il commercio, quindi la ricchezza dei privati e di riflesso la ricchezza pubblica. Il tutto sovrastato da tensioni organiciste e al limite eugenetiche tipiche dell'esperienza tedesca, che conducevano a ricomprendere, tra le misure di polizia, quelle miranti a moltiplicare il numero delle persone capaci di beneficiare la comunità con il frutto del loro lavoro²².

Le stesse tensioni costituirono il movente, più o meno dichiarato, dei provvedimenti con i quali, a partire dalla fine dell'Ottocento, si affrontarono le contraddizioni riconducibili allo sviluppo della società industriale, in particolare quelle relative al rapporto tra capitale e lavoro. Anche in questo ambito operarono del resto considerazioni simili a quelle a cui si deve la disciplina antitrust: il funzionamento del principio di concorrenza richiede, oltre alla di-

¹⁹ Barber v. Connolly 113 U.S. 27 (1885), p. 31.

²⁰ J.M. Mathews, *State Power and Individual Rights*, in *Illinois Law Quarterly*, 4, 1921-22, p. 253 ss.

²¹ Il collegamento si ritrova persino nella letteratura dell'epoca: v. B.J. Ramage, *Social Progress and the Police Power of a State*, in *American Law Review*, 36, 1902, p. 685 s.

²² Per tutti M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 1 (*Rechtspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*), München, 1988, p. 372 ss. e vol. 2 (*Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*), München, 1992, p. 243 ss.

versificazione nell'offerta di beni, anche la pacificazione del luogo in cui vengono prodotti, quindi la collaborazione tra capitale e lavoro.

In Europa il conflitto tra capitale e lavoro fu l'occasione per concepire il primo embrione di Stato sociale²³. Ciò avvenne, come si ricava in modo esemplare dall'esperienza tedesca, in quanto non si riuscì a reprimere il nascente movimento operaio. Era questo il senso della nota comunicazione con cui l'Imperatore Guglielmo I riconosceva che «la riparazione dei danni sociali non si dovrà perseguire esclusivamente attraverso la repressione dei tumulti socialdemocratici, bensì anche attraverso il sostegno attivo al benessere dei lavoratori»²⁴. La repressione, del resto, non era stata efficace, e questo indusse a istituire il primo sistema moderno di sicurezza sociale, finanziato con soldi pubblici e con i contributi dei datori di lavoro e dei lavoratori: sistema esplicitamente concepito come misura paternalistica di superamento della lotta di classe e di coinvolgimento dei lavoratori nell'ordine proprietario²⁵.

Anche gli Stati Uniti conobbero una stagione di rilevante conflitto sociale, con episodi particolarmente cruenti, come la rivolta di Haymarket Square: i disordini di Chicago del maggio 1886 che come è noto ispirarono l'istituzione della Festa del lavoro. Tanto che, all'epoca, il movimento socialista a livello internazionale considerava la classe operaia nordamericana come la più avanzata dal punto di vista della lotta al capitalismo, sviluppatasi non a caso nel Paese in cui esso si trovava allo stadio più avanzato.

Solo durante il New Deal, però, si iniziò a edificare lo Stato sociale sulla scia di quanto era avvenuto in area europea. E lo si fece ispirandosi inevitabilmente alla filosofia di fondo che orientò l'azione del Presidente Franklin Delano Roosevelt: quella, a cui ci dedicheremo fra breve, per cui occorre salvare il capitalismo dall'egoismo di classe, combinando sicurezza sociale e incentivo ai

²³ G. Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007, p. 12 ss.

²⁴ Cd. Kaiserliche Botschaft del 17 novembre 1881.

²⁵ V. il Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie del 22 ottobre 1878. Al proposito, per tutti, G.A. Ritter, *Storia dello Stato sociale* (1991), Roma e Bari, 2003, p. 61 ss.

processi di modernizzazione nell'ambito di una direzione tecnocratica dell'ordine economico. Fin dalla fine dell'Ottocento, però, vennero emanati alcuni provvedimenti statali destinati a disciplinare la prestazione lavorativa, soprattutto dal punto di vista della sua durata, ma anche dell'entità del salario. E lo stesso fece poco dopo il legislatore federale, ad esempio con la limitazione a otto ore della giornata lavorativa ordinaria nel settore del trasporto ferroviario²⁶.

A ben vedere anche queste misure riguardavano l'edificazione dello Stato sociale, ovvero dello Stato impegnato a combattere la debolezza sociale con misure perequative, che possono essere di carattere pubblicistico, se relative al sistema della sicurezza sociale, ma anche privatistico: se riguardavano la promozione della parità sostanziale nelle relazioni interindividuali, innanzi tutto quelle di lavoro. E forse proprio per questo la disciplina lavoristica non venne concepita per promuovere, come finalità prima, l'emancipazione dei lavoratori.

In massima parte l'intervento del legislatore, che pure poté riverberarsi in modo positivo sulla condizione della parte debole nella relazione di lavoro, era cioè ispirato alle medesime finalità che in Europa avevano stimolato la nascita dello Stato sociale: in particolare alla volontà di pacificare l'ordine economico. Lo si ricava in modo esemplare da una decisione della Corte suprema relativa alla disciplina federale del lavoro nel settore del trasporto ferroviario, quella a cui abbiamo appena fatto riferimento. I giudici dichiararono che l'esecutivo aveva il potere, oltre che di determinare la durata della giornata lavorativa ordinaria, anche di imporre un salario minimo. Tuttavia solo perché la misura aveva un carattere transitorio, e soprattutto perché la si ritenne indispensabile a ricomporre un aspro conflitto sindacale²⁷.

Se così stanno le cose, la tutela dei lavoratori del settore ferroviario non soddisfaceva tanto la loro aspirazione a emanciparsi, quanto la tensione organicista per cui occorreva pacificare l'ordine

²⁶ Così l'Adamson Act del 1916, su cui ad es. M.H. Lauchheimer, *The Constitutionality of the Eight-Hour Railroad Law*, in *Columbia Law Review*, 16, 1916, p. 554 ss.

²⁷ *Wilson v. New*, 243 U.S. 332 (1917), p. 332 s. Al proposito V. T. Reed Powell, *Due Process and the Adamson Law*, in *Columbia Law Review*, 17, 1917, p. 114 ss.

economico, renderlo un ambiente nel quale capitale e lavoro erano portati a cooperare. Il tutto nell'attesa che un simile ambiente si producesse per effetto di un accordo tra lavoratori e datori di lavoro, quindi concependo l'intervento dei pubblici poteri come riproduttivo di quanto si pensava che il mercato del lavoro avrebbe potuto realizzare spontaneamente.

Peraltro l'impeto organicista del legislatore, espressosi al meglio nell'idea per cui i poteri di polizia costituivano strumenti di «autopreservazione»²⁸ o di «autodifesa dello Stato nel suo complesso»²⁹, non si fermava qui. Talvolta traeva fondamento da motivazioni ulteriori rispetto a quelle concernenti l'equilibrio dell'ordine economico, o almeno quest'ultimo non era la finalità prima dell'intervento. È il caso dei provvedimenti dedicati al lavoro femminile, di cui diremo fra breve, che avevano una chiara matrice eugenetica: concernevano la salute della donna, tuttavia per i riflessi sul suo ruolo di madre.

IV. L'emancipazione rifiutata: i panettieri di New York

Si è detto di una decisione della Corte suprema di fine Ottocento in cui si propose una nozione di poteri di polizia che preludeva a una compressione dell'autonomia privata per finalità non più riconducibili alle sole massime kantiane. A ben vedere un mutamento di prospettiva in tal senso non venne avallato in tempi brevi, ma solo dopo un periodo nel corso del quale il vertice della giurisdizione federale mantenne la tradizionale deferenza nei confronti del principio di libertà contrattuale. Il tutto in dissonanza rispetto a un orientamento sempre più diffuso tra i legislatori statali i quali avevano preso a disciplinare, come abbiamo anticipato, alcuni aspetti della relazione di lavoro: in massima parte quelli concernenti la sua durata nel caso di incombenze particolarmente usuranti o categorie di soggetti bisognose di una protezione rafforzata, ma non solo³⁰.

²⁸ S.M. Soref, *The Doctrine of Reasonableness in the Police Power*, in *Marquette Law Review*, 15, 1930-31, p. 3.

²⁹ J.M. Balyney Jr., *The Term Police Power*, in *Central Law Journal*, 59, 1904, p. 486.

³⁰ Per tutti R.F. Sturgis, *Demands of Labor and the Fourteenth Amend-*

Nella prima decisione in cui si è misurata con il concetto di libertà contenuto nel 14. emendamento, resa nel 1897, la Corte suprema ha avuto modo di esprimere in termini univoci il suo attaccamento alle massime fondative del *laissez faire*. Per il vertice della giustizia federale il concetto comprende il diritto di «concludere tutti i contratti» funzionali a renderne il titolare libero «di vivere e lavorare dove vuole, di procurarsi il sostentamento con ogni attività conforme alla legge, di esercitare ogni professione»³¹.

Comunque sia, l'emancipazione dei lavoratori non era il motivo per cui, talvolta, si avallava la limitazione dell'autonomia privata. È quanto si ricava, in modo esemplare, da una decisione concernente un'ordinanza della città di San Francisco con cui si vietò il lavoro notturno nelle lavanderie, con ciò incidendo indirettamente sull'orario dei lavoratori impiegati in quelle attività. L'ordinanza venne ritenuta costituzionale, ovvero un legittimo esercizio di poteri di polizia, ma solo in quanto nelle lavanderie il reparto stireria utilizzava il fuoco e questo avrebbe minacciato le molte costruzioni in legno tipiche della città³².

A ben vedere diversa è l'ispirazione di fondo delle sentenza *Holden*, una decisione della Corte suprema che nel 1898 reputò costituzionale un provvedimento dello Utah dove si limitava a otto ore la giornata lavorativa nelle miniere³³. In quell'occasione si disse che l'interesse statale a limitare la libera determinazione del contenuto della relazione lavorativa ben poteva reggersi sulla rilevanza pubblica della salute dei lavoratori, e a monte sulla circostanza che la disparità sostanziale tra i contraenti impediva alla parte debole di rappresentare il proprio punto di vista: «i proprietari pongono le loro regole, mentre i lavoratori sono praticamente costretti a seguirle»³⁴.

Si è però trattato di un'eccezione, celebrata da alcuni perché conduceva finalmente a intendere la libertà come garanzia di «pari

ment, in *The American Law Review*, July-August 1907, p. 31 ss.

³¹ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897), p. 589.

³² *Barbier v. Connolly*, 113 U.S. 27 (1885), p. 30.

³³ Sect. 1 *Employment in Underground Mines and in Smelters Act* del 1896.

³⁴ *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898), pp. 391 s. e 397.

opportunità»³⁵, ma avversata dai più in quanto pericoloso attentato alla democrazia e alla sovranità popolare³⁶. Il panorama era cioè complessivamente sordo se non ostile alle istanze dei lavoratori, nonostante le loro miserabili condizioni alimentassero un conflitto sociale sempre più aspro, e trovassero inoltre occasioni sempre più frequenti di essere denunciate pubblicamente³⁷.

Esemplare nel merito una decisione della Corte suprema resa nel 1905, la celeberrima sentenza *Lochner*, che per molto tempo impedì un'evoluzione dell'ordinamento in senso meno ostile al tema dell'emancipazione dei lavoratori, pregiudicando così anche la possibilità di valorizzare il precedente relativo alla giornata lavorativa nelle miniere dello Utah³⁸.

Lochner riguardò un provvedimento dello Stato di New York dedicato alle panetterie e pasticcerie, con indicazioni sulle condizioni igieniche dei locali adibiti alla produzione alimentare, ma anche sulla protezione della salute dei lavoratori: in particolare la limitazione dell'attività lavorativa a dieci ore giornaliere e sessanta settimanali³⁹. I giudici federali ritennero quest'ultima indicazione il frutto di un esercizio incostituzionale dei poteri di polizia, giacché realizzava una violazione del principio di libertà contrattuale ancorato nel 14. emendamento, di cui si proponeva una lettura di matrice formalista: «il diritto di comprare o vendere lavoro», ovvero «il diritto dell'individuo di concludere i contratti in materia di lavoro che gli sembrano appropriati o necessari per il supporto di sé e della sua famiglia», doveva ritenersi «parte della libertà protetta da questo emendamento»⁴⁰.

³⁵ G.W. Alger, *The Law and Industrial Inequality*, in *The Brief*, 7, 1907, p. 3.

³⁶ S. Barclay, *The Danger Line*, in *The American Law Review*, May-June 1998, p. 21 ss.

³⁷ Particolarmente celebre il romanzo di U. Sinclair, *The Jungle*, New York, 1906: un drammatico atto di denuncia delle condizioni in cui versavano i lavoratori dei macelli di Chicago.

³⁸ V. E. Freund, *Limitation of Hours of Labor and the Federal Supreme Court*, in *Green Bag*, 17, 1905, p. 411 ss.

³⁹ *Bakeshop Act* del 1895.

⁴⁰ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), p. 57.

Se peraltro la limitazione dell'orario di lavoro dei panettieri non si doveva ammettere in quanto lesiva della loro libertà contrattuale, in via di principio essa poteva essere legittimata dalla necessità di tutelare la loro salute. Anche qui, però, i giudici non rilevarono alcun motivo per ritenere che questa dovesse essere la conclusione per la specifica classe di lavoratori presa in considerazione. L'attività del panettiere, sostennero, procura non meno danni alla salute di qualsiasi altra occupazione, motivo per cui non può legittimarsi un esercizio dei poteri di polizia come quello a cui si è dedicato il legislatore dello Stato di New York⁴¹.

Si noti che la Corte non intese, con tutto ciò, superare la sentenza Holden: lì il provvedimento riguardava una specifica «classe di persone», sicché la decisione non poteva essere vista come l'avallo del contenimento dell'orario di lavoro in quanto tale. Inoltre il provvedimento relativo alle miniere dello Utah conteneva una «clausola di emergenza», per la quale il limite orario poteva essere superato qualora la vita o la proprietà fossero «minacciate da un pericolo imminente», cosa che invece non era prevista nella disciplina sull'attività dei panettieri.

A ben vedere la possibilità di un distinguishing appare contestabile, e in effetti la scelta dei giudici federali sollevò alcune critiche tra i contemporanei⁴², ovviamente estese al tenore politico normativo della decisione⁴³. Il favore per un'attitudine accondiscendente verso il *laissez faire* incontrava tuttavia il favore di diversi autori, anche se con intensità decrescente con il passare degli anni⁴⁴.

V. L'Era *Lochner* tra libertà contrattuale e collaborazione tra capitale e lavoro

Come abbiamo detto, la decisione sull'orario di lavoro dei panettieri di New York aprì una stagione di ostilità della Corte suprema verso

⁴¹ Ivi, p. 59.

⁴² Ad es. E. Freund, *Limitation of Hours of Labor*, cit., p. 412 ss.

⁴³ Per tutti L.M. Greeley, *The Changing Attitude of the Courts Towards Social Legislation*, in *Illinois Law Review*, 5, 1910-11, p. 226.

⁴⁴ Cfr. S.W. Dunscomb Jr., *The Police Power and Civil Liberty*, in *Columbia Law Review*, 6, 1906, p. 93 ss.

la compressione dell'autonomia privata in materia lavoristica, sostenuta da letture formaliste del principio di libertà contrattuale in quella materia. Una lunga stagione, chiusa solo nella seconda metà degli anni Trenta, che venne significativamente chiamata Era Lochner: periodo durante il quale la Corte suprema si mise complessivamente al servizio dei fautori del laissez faire, sebbene alcune decisioni furono accondiscendenti verso il ricorso ai poteri di polizia in materia economica⁴⁵. Tuttavia non in tema di tutela dei lavoratori, o comunque non per promuovere la loro emancipazione o eventualmente per legittimare condotte incompatibili con le necessità sistemiche dell'ordine economico.

Emblematiche furono due decisioni dedicate ai cosiddetti accordi yellow dog⁴⁶, ovvero gli accordi con cui un lavoratore si impegnavano con il suo datore di lavoro a non aderire al sindacato, comprensibilmente considerati una vera e propria minaccia per l'esistenza di quest'ultimo⁴⁷. Una simile pratica venne per la verità ritenuta un illecito penale da un provvedimento federale di fine Ottocento relativo al trasporto ferroviario intrastatale, dove si vietava al datore di lavoro anche di «minacciare il lavoratore con la perdita del posto» o «discriminare il lavoratore» a causa della sua appartenenza a un'organizzazione sindacale⁴⁸. La Corte suprema, però, dichiarò l'incostituzionalità di questi divieti in una decisione resa poco dopo la sentenza Lochner, dove si ribadirono i fondamenti dell'impostazione formalistica solidale con l'ideologia del laissez faire. La Costituzione statunitense, si precisò, protegge la proprietà e la libertà personale, beni che il provvedimento federale invece ag-

⁴⁵ Sull'Era Lochner la letteratura è sterminata. Da ultimo F. Saitto, *Dalla Gilded Age al New Deal: diritti e federalismo nella Lochner Era*, in *Diritto pubblico*, 2016, p. 669 ss.

⁴⁶ Letteralmente «cane giallo», espressione coniata al principio degli anni Venti in ambienti sindacali per alludere a come si sarebbe ridotto il lavoratore, privato di «ogni diritto che possiede in virtù della Costituzione», e reso «uno schiavo impotente del datore di lavoro»: cfr. P. Cousineau, *Wordcatcher. An Odyssey into the World of Weird and Wonderful Words*, Berkeley Ca., 2010, p. 284.

⁴⁷ Cfr. *Against the "Yellow Dog" Contract!*, in *American Labor Legislation Review*, 17, 1927, p. 367.

⁴⁸ Sect. 10 Erdman Act del 1898.

grediva menomando la libertà contrattuale di entrambe le parti della relazione di lavoro: «il datore di lavoro e il lavoratore hanno uguali diritti, e ogni disciplina che alteri questa uguaglianza è un'interferenza arbitraria con la libertà di contratto che in un Paese libero nessun governo può giustificare legalmente»⁴⁹.

L'orientamento dei giudici federali venne confermato in una decisione di qualche anno successiva, in cui si dichiarò l'incostituzionalità di una legge statale di contrasto degli accordi *yellow dog*. Con l'occasione si ribadì che non era compito dei pubblici poteri risolvere il problema della sostanziale disparità dei contraenti quanto a forza sociale, e dunque a capacità di rappresentare e far prevalere i propri interessi: «dove c'è diritto di proprietà ci devono essere e ci saranno fortune diseguali, sicché accade naturalmente che coloro i quali negoziano un contratto non sono liberi in modo uguale dai condizionamenti delle circostanze»⁵⁰.

Insomma, gli Stati Uniti, non diversamente dagli altri Paesi occidentali, stavano attraversando un periodo di cambiamenti epocali, oltre che per lo sviluppo dell'ordine economico, anche per le vicende legate al primo conflitto mondiale, non certo estranee a quelle connesse all'evoluzione del capitalismo. Ciò indusse a rivedere la rigidità con cui, in materia di lavoro, si applicavano i dogmi ereditati dal passato, tuttavia sulla base di un impeto organicista che non consentiva di vedere nei correttivi all'autonomia privata un modo di promuovere l'emancipazione di coloro i quali erano menomati dalla sua affermazione in termini assoluti.

Altrimenti detto, se si ammettevano deroghe al *laissez faire*, era per «confezionare discipline per la protezione di tutti, la comunità o il pubblico interesse»⁵¹. E non può certo ritenersi che sia nel merito un'eccezione la decisione con cui la Corte suprema ha ritenuto legittima una limitazione a dieci ore dell'orario di lavoro disposta da una legge dell'Oregon, che in effetti presentava le medesime caratteristiche della disciplina, sopra ricordata, del lavoro nelle miniere dello Utah: conteneva una clausola di emergenza per la quale, se «la vita o

⁴⁹ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908), p. 174 s.

⁵⁰ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), p. 17.

⁵¹ J.R. Anthony, *Attitude of the Supreme Court Towards Liberty of Contract*, in *Texas Law Review*, 6, 1927-28, p. 301.

la proprietà sono esposte a un pericolo imminente», il limite indicato poteva essere superato, sebbene accordando al lavoratore un riconoscimento per il lavoro straordinario⁵².

Evidenzieremo fra breve la carica eugenetica che ha caratterizzato l'impostazione della Corte suprema. Prima però occorre dire dell'atteggiamento dei giudici federali nei casi in cui la promozione dei diritti dei lavoratori non costituiva il mero riflesso di misure volte a produrre un loro scioglimento dell'ordine economico. Menzioneremo a titolo esemplificativo tre decisioni rese tra la fine del secondo conflitto mondiale e la metà degli anni Trenta, anche per dare conto della notevole estensione temporale dell'Era Lochner.

La prima decisione riguardò il lavoro minorile, fenomeno verso il quale l'opinione pubblica iniziava a sensibilizzarsi, ispirando tuttavia interventi legislativi solo in alcuni Stati. Nel 1916 un provvedimento federale tentò allora di venire in soccorso, escludendo dal commercio interstatale i prodotti realizzati da minori di quattordici anni, oppure da minori di sedici anni impiegati di notte o per più di otto ore al giorno. I giudici federali non valutarono il provvedimento dal punto di vista della sua compatibilità con il due process of law. Si limitarono a rilevare che esso tentava di correggere una situazione di «concorrenza sleale» determinata dal diverso approccio dei legislatori statali al problema del lavoro minorile, e che non rientrava tra le competenze federali emanarlo: per questo motivo era da ritenersi incostituzionale⁵³.

Alcuni anni dopo, con la sentenza *Adkins*, la Corte suprema si occupò di una legge federale per l'allora District of Columbia, ovvero per la Capitale, che aveva disposto in materia di salario minimo delle lavoratrici donne, sulla scia di quanto avevano all'epoca realizzato altri legislatori statali⁵⁴. I giudici riconobbero che «la libertà contrattuale assoluta non esiste», e tuttavia precisarono che nello specifico non vi erano i presupposti per derogarvi: si trattava

⁵² *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917).

⁵³ *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918), p. 273. Le legge dichiarata incostituzionale è il Child Labor Act del 1916.

⁵⁴ Cfr. A.N. Holcombe, *The Effects of the Legal Minimum Wage for Women*, in *The Annals of the American Academy of Political and social Science*, 69, 1917, p. 34 ss.

«semplicemente ed esclusivamente di una legge destinata a fissare il prezzo, limitata alle donne adulte, legalmente capaci di contrarre esattamente come gli uomini». Era pertanto incostituzionale in quanto impediva di esercitare la libertà contrattuale, e dunque alle parti di individuare «il prezzo al quale una fornirà il servizio all'altra», in una situazione nella quale «entrambe sono intenzionate e forse ansiose di trovare un accordo»⁵⁵.

Nel 1936 il vertice della giustizia federale si trovò a valutare un provvedimento simile, questa volta dello Stato di New York. Anche questa volta, a distanza di quasi quindici anni, venne ribadita l'incompatibilità del provvedimento con il *due process of law*, e con ciò l'incostituzionalità delle misure legislative destinate a individuare minimi salariali. E anche questa volta si ravvisò una violazione del principio di libertà contrattuale non perché non fossero immaginabili situazioni in cui occorreva tutelare le lavoratrici, ma perché nel caso di specie mancavano i presupposti per la tutela. Quest'ultima era ammissibile solo in presenza di un «interesse pubblico», per ravvisare il quale «le differenze fisiche tra uomini e donne devono essere riconosciute», cosa che per i giudici non si era però verificata⁵⁶.

VI. Lavoro produttivo e lavoro riproduttivo: le lavandaie dell'Oregon e le cameriere di Washington

Già durante l'Era *Lochner* la Corte suprema aveva legittimato intrusioni nella libertà contrattuale, e lo aveva fatto nei confronti delle lavoratrici donne. La prima decisione in cui ciò avvenne è la sentenza *Muller* del 1908, relativa a una legge dell'Oregon con cui si limitava a dieci ore la giornata lavorativa nelle lavanderie: gli stessi

⁵⁵ *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), pp. 546 e 554 s., dove il provvedimento colpito è il *Minimum Wage Act* del 1918. In dottrina ad es. T.R. Powell, *Judiciality of Minimum-Wage Legislation*, in *Harvard Law Review*, 37, 1923-24, p. 545 ss.

⁵⁶ *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936), p. 610 s. La legge considerata dalla decisione è il *Minimum Wage Law for Women* del 1933.

luoghi di lavoro per i quali un provvedimento della Città di San Francisco aveva disposto il divieto di lavoro notturno, avallato come sappiamo dal vertice della giustizia federale in quanto utile a prevenire gli incendi. Anche qui le motivazioni hanno espresso una tensione organica dei giudici federali, questa volta, però, affiancata da costruzioni piuttosto impegnative: concernono la necessità di colpire il lavoro produttivo per tutelare il lavoro che potremmo definire, con terminologia di sapore volutamente eugenetico, riproduttivo.

Evidentemente si fa qui riferimento all'eugenetica negativa, ovvero quella destinata a incidere sulla salute fisica e psichica dell'individuo attraverso politiche demografiche e sanitarie, e non anche all'eugenetica positiva, volta invece a condizionare i meccanismi di trasmissione dei caratteri ereditari. La prima si diffuse proprio nei decenni cui sono dedicate queste pagine, anche e soprattutto in area statunitense, dove prese corpo in netto anticipo sulla Germania nazista⁵⁷: a conferma di come simili pratiche siano il portato della modernità, e non la prerogativa di fasi particolarmente screditate della storia⁵⁸. Il tutto avallato dalla Corte suprema, che non ebbe remore a sostenere una legge sulla sterilizzazione obbligatoria dei disabili, sul presupposto che «tre generazioni di imbecilli sono abbastanza»⁵⁹.

A rigore, le misure di diritto del lavoro che abbiamo finora analizzato non concernono pratiche di eugenetica negativa, e tuttavia l'accostamento non sembri fuori luogo. L'ordine economico aveva in qualche modo assunto le sembianze di un organismo economico, e in quanto tale era il destinatario di interventi di natura biopolitica: rivolti alla parte viva, ovvero alla popolazione dedita al lavoro. La si doveva infatti plasmare in funzione del suo impiego alla catena di montaggio, e a monte del suo essere destinataria di compiti di sistema concernenti al presidio del meccanismo concorrenziale: la

⁵⁷ Citazioni in C. Fuschetto, *Fabbricare l'uomo. L'eugenetica tra biologia e ideologia*, Roma, 2004, p. 105 ss.

⁵⁸ Ad es. E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Roma e Bari, 2003, p. 24.

⁵⁹ *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927), p. 207. In letteratura, ad es., K.E. Grady, *A Review of Three Generations, No Imbeciles: Eugenics, the Supreme Court, and Buck v. Bell*, in *Georgia State University Law Review*, 26, 2009-10, p. 1295 ss.

si doveva valorizzare in quanto delegataria di funzioni di polizia economica⁶⁰.

Ma torniamo alla sentenza Muller, e in particolare alle riflessioni di sapore eugenetico proposte per legittimare la limitazione dell'orario di lavoro delle lavoratrici. Riflessioni tutte incentrate sul ruolo della donna in quanto affidataria di compiti del tutto assimilabili a quelle poi ricorrenti nelle esperienze fasciste⁶¹. In entrambi i casi il corpo della donna diveniva oggetto di attenzioni dei pubblici poteri in quanto responsabile della trasmissione del patrimonio genetico⁶²: «il benessere fisico di una donna diviene oggetto di pubblico interesse e cura per preservare la forza e il vigore della razza»⁶³.

In altre decisioni la Corte suprema ha sostenuto la costituzionalità di leggi statali in cui si imponevano limiti alla durata del lavoro femminile, tuttavia senza scomodare motivazioni come quelle appena riferite⁶⁴. L'approccio eugenetico ha invece fatto capolino nella sentenza West Coast, una decisione del 1937 relativa a un provvedimento dello Stato di Washington sui minimi salariali per le lavoratrici e per i minori. Anche questa decisione è molto nota in quanto viene ritenuta la pronuncia con cui finalmente si terminò l'Era Lochner, e dove venne esplicitamente superato l'orientamento espresso nella sentenza Adkins.

Nel periodo di cui parliamo erano numerose le leggi statali simili a quella dello Stato di Washington, che non si erano cioè adeguate alle indicazioni espresse negli anni Venti dai giudici federali. Un invito a confezionarle era stato del resto formulato da Roosevelt nel 1933, al principio del suo primo mandato presidenziale. Secondo il padre del New Deal la fissazione per legge dei minimi sa-

⁶⁰ Citazioni in A. Somma, *Razzismo economico e società dei consumi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, p. 447 ss.

⁶¹ Per tutti G.L. Mosse, *Il razzismo in Europa* (1978), Roma e Bari, 2007, p. 7.

⁶² Cfr. R. Maiocchi, *Scienza italiana e razzismo fascista*, Scandicci, 1999, p. 65.

⁶³ Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908), p. 421, in cui la legge analizzata dai giudici è il Minimum Wage for Women Act del 1903.

⁶⁴ Ad es. Bosley v. McLaughlin, 236 U.S. 385 (1915) e Miller v. Wilson, 236 U.S. 373 (1915).

lari, in un periodo notoriamente afflitto dalle conseguenze della Grande depressione, corrispondeva a un «interesse pubblico», giacché la possibilità di accettare salari bassi costituiva «una grave forma di concorrenza sleale» e una «minaccia alla stabilità dell'industria»⁶⁵. Certo, in questo modo veniva sfidata la Corte suprema, ma Roosevelt avrebbe poi fatto di più: nel 1937, proprio mentre i giudici erano impegnati a valutare la legge sui minimi salariali dello Stato di Washington, propose al Congresso di rivedere la composizione della Corte, e precisamente di aumentare il numero dei componenti il collegio per avere così la possibilità di mettere in minoranza i giudici conservatori. Le valutazioni attorno a questa vicenda sono in parte divergenti, ma è un dato di fatto che, sebbene alla proposta non si sia poi dato seguito, l'atteggiamento della Corte nei confronti dei provvedimenti voluti dall'Amministrazione Roosevelt mutò profondamente⁶⁶.

Detto questo, possiamo concentrarci sul percorso argomentativo che ha portato la Corte suprema a modificare il proprio orientamento in materia di minimi salariali. Il punto di partenza fu la constatazione, non nuova, che la libertà contrattuale non doveva intendersi come valore assoluto. Manifestandosi «nell'ambito di un'organizzazione sociale», poteva infatti rivelarsi «minacciosa per la salute, la sicurezza, la morale e il benessere delle persone». Di qui la necessità di un intervento del legislatore, ad esempio per limitare l'orario di lavoro delle lavoratrici, funzionale a «preservare la forza e il vigore della razza» e in questo senso coincidente con uno specifico interesse statale⁶⁷.

Negli anni Venti, con la sentenza *Adkins*, la Corte aveva ritenuto che un simile interesse non potesse giustificare anche l'indivi-

⁶⁵ Cfr. I.O. Andrews, *Minimum Wage Comes Back*, in *American Labor Legislation Review*, 23, 1933, p. 103 ss.

⁶⁶ Con specifico riferimento alle decisioni sui minimi salariali, cfr. G.E. White, *West Coast Hotel's Place in American Constitutional History*, in *Yale Law Journal Online*, 122, 2012-13, p. 70 ss.

⁶⁷ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), p. 394, dove la legge considerata è il *Minimum Wage for Women Act* del 1913. Nella dottrina dell'epoca, ad es., T.C. Chapin, *Stare Decisis and Minimum Wages*, in *Rocky Mountain Law Review*, 9, 1936-37, p. 297 ss.

duazione da parte del legislatore di minimi salariali e proprio su questo punto i giudici mutarono orientamento. Occorreva infatti ammetterli, e non solo nell'interesse dalla parte debole del rapporto, finalmente sottratta a una «competizione dannosa»: i minimi salariali evitavano anche aggravii di spesa a carico dei pubblici poteri, inevitabilmente chiamati a fronteggiare le situazioni di indigenza dei lavoratori. Di qui il tono paternalistico e insieme organicista della motivazione: «ciò che questi lavoratori perdono in termini di salario, i contribuenti sono chiamati a corrispondere»⁶⁸.

Come si sa, tutto ciò è stato nel tempo sottoposto a critiche penetranti, rivolte in particolare da chi a partire dagli anni Settanta ha iniziato a osservare il fenomeno diritto da un'ottica di genere⁶⁹. Ai nostri fini ci concentreremo invece, come abbiamo in parte già fatto, sul nesso tra le misure lavoristiche analizzate e il tipo di ordine economico che questo erano chiamate ad alimentare.

VII. Capitalismo organizzato, società organizzata e benessere dello Stato

Tra le riflessioni sull'orientamento della Corte suprema in tema di orario di lavoro spicca quella, formulata già dai contemporanei, di chi reputava ingiustificato limitare la tutela alle sole lavoratrici: la protezione andava estesa a tutti i lavoratori, a prescindere dal genere, che «non si trovano in una situazione di parità quanto a potere contrattuale»⁷⁰. Si tratta di una riflessione centrale ai nostri fini, giacché evidenzia al meglio il senso delle costruzioni di matrice organicista, che mentre esaltano il punto di vista della comunità in quanto tale, impediscono che si riconoscano al suo interno interessi divergenti o comunque distinti da quelli attribuiti all'ente a beneficio del quale vengono più o meno forzosamente ricomposti.

⁶⁸ West Coast Hotel Co. v. Parrish, cit., p. 399.

⁶⁹ Ad es. N.S. Erickson, Women and the Supreme Court: Anatomy is Destiny, in Brooklyn Law Review, 41, 1974-75, p. 209 ss. e R.B. Ginsburg, Muller v. Oregon: One Hundred Years Later, in Willamette Law Review, 45, 2009, p. 359 ss.

⁷⁰ J.K. Cheadle, The Parrish Case: Minimum Wages for Women and, perhaps, for Men, in University of Cincinnati Law Review, 11, 1937, p. 314.

Ci troviamo del resto in un'epoca nella quale l'organicismo conosce una notevole diffusione, speculare rispetto al declino dei paradigmi individualisti, entrati definitivamente in crisi con il primo conflitto mondiale: quell'evento li aveva «abbattuti» esattamente come la Rivoluzione francese aveva «rovesciato il feudalesimo»⁷¹. Certo, l'organicismo non si mostrava ovunque con le medesime costruzioni, legate del resto al diverso modo di concepire la comunità entro cui sciogliere l'individuo: come Stato, per le comunità dove si era raggiunta l'unità politica, o come popolo, se invece la mancanza di quell'unità imponeva di invocare vicende di ordine culturale o biologico⁷². Queste diversità non intaccavano tuttavia una finalità di fondo delle tensioni organiciste, ovvero il loro utilizzo come strumento di pacificazione sociale, e dunque di sterilizzazione del conflitto di classe: il conflitto inevitabilmente emerso come portato della transizione dalla società borghese alla società capitalista.

L'organicismo serviva insomma per sostenere l'ordine economico, il suo reggersi sul principio di concorrenza, il suo alimentare un regime di accumulazione di matrice fordista. E questo richiedeva la funzionalizzazione dei comportamenti individuali al mantenimento dell'equilibrio e alla promozione dello sviluppo di quell'ordine. Ad essi si doveva sacrificare il sistema dei diritti un tempo percepiti come assoluti: innanzi tutto il diritto di proprietà e il diritto di contrarre liberamente⁷³.

Ma torniamo al modo di concepire la comunità di riferimento per le costruzioni organiciste e dedichiamoci alle retoriche in uso

⁷¹ N. Stolfi, *La rivoluzione francese e la guerra mondiale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1922, I, pp. 388 e 404 ss.

⁷² Ho approfondito questi aspetti, con particolare riferimento alle esperienze italiana e tedesca, in A. Somma, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, Verona, 2009, p. 29 ss.

⁷³ Sulla scia di Léon Duguit, la cui opera era conosciuta e diffusa in area statunitense: v. in particolare L. Duguit, *Changes of Principles in the Field of Liberty, Contract, Liability and Property*, in AA.VV., *The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century*, Boston, 1918, p. 65 ss. (traduzione di *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912) e Id., *Law in the Modern State*, New York, 1919 (traduzione di *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, 1911).

nell'esperienza statunitense, in particolare quelle emerse nel tentativo di legittimare l'uso dei poteri di polizia in contrasto con il principio di libertà contrattuale. In molti casi si evita di richiamare la dimensione dello Stato o quella del popolo, e si preferisce riferirsi alla società: concetto che rinvia ai corpi intermedi tra lo Stato e l'individuo, occultati dalla società borghese e riscoperti dalla società industriale, ma solo per poi ricomporli in chiave cooperativa entro un ordine sistemico.

La società a cui si pensa è insomma quella che occorre adattare al capitalismo organizzato: espressione coniata come si sa per l'esperienza tedesca tra gli anni Dieci e Venti del Novecento⁷⁴, in parte riferibile anche all'esperienza statunitense: in particolare per la tendenza alla gestione tecnocratica e tendenzialmente corporativa dell'ordine economico, espressiva della tensione organicista cui abbiamo più volte fatto riferimento⁷⁵. Del resto è proprio alla «società organizzata composta da individui con doveri reciproci», che si richiede una «comune lealtà a un Paese comune, una causa comune e una umanità comune»⁷⁶.

Non si tratta dunque di un'entità interamente assorbita nello Stato, così come accadeva nelle costruzioni all'epoca ricorrenti in area europea, dove erano alimentate anche e soprattutto dall'esperienza fascista. E tuttavia lo Stato non era certo assente, tanto da essere evocato come punto di riferimento per l'intervento dei pubblici poteri che potevano invadere la sfera individuale, se ispirati dal proposito di produrre benessere per la collettività. Ricorreva infatti la formula «benessere dello Stato» (*Welfare of the State*), da cui ricavare una forse inconsapevole, ma significativa, indicazione circa il fondamento del nascente Stato sociale o Stato del benessere (*Welfare State*): quest'ultimo si giustificava non tanto come strumento

⁷⁴ R. Hilferding, *Organisierter Kapitalismus. Referate und Diskussionen vom Sozialdemokratischen Parteitag 1927 in Kiel*, Kiel, 1927.

⁷⁵ Ad es. H.-J. Puhle, *Der Übergang zum Organisierten Kapitalismus in den USA – Thesen zum Problem einer aufhaltsamen Entwicklung*, in H. Winkler (a cura di), *Organisierter Kapitalismus: Voraussetzungen und Anfänge*, Göttingen, 1974, p. 172 ss.

⁷⁶ A.A. Bruce, *The Individualism of the Constitution*, in *Central Law Journal*, 62, 1906, p. 377.

di emancipazione dei portatori di debolezza sociale, bensì per la sua capacità di produrre benefici per la comunità altrimenti minacciata da disordini e conflitti, incompatibili con il corretto funzionamento dell'ordine economico.

Non solo. Forse il riferimento all'ente statale non venne caricato di particolari significati, e forse in alcuni casi ben poteva essere sovrapposto ai riferimenti alla società. Ciò nonostante era evidente che il benessere della comunità poteva sostenere compressioni della libertà contrattuale, ovvero un esercizio costituzionale dei poteri di polizia, solo se in tal modo si colpivano condotte «dannose per la collettività nel suo complesso». Si sarebbero altrimenti accordati «speciali privilegi» a singole categorie, si sarebbe cioè prodotta una «legislazione di classe»⁷⁷, incompatibile con il due process of law perché incapace di sterilizzare lo stesso conflitto la cui neutralizzazione compariva tra i principali compiti dello Stato.

Con questo significato il benessere dello Stato venne innanzi tutto evocato dai legislatori statali nell'esercizio dei loro poteri di polizia in materia lavoristica. L'espressione compariva ad esempio in apertura della legge dello Stato di Washington sui minimi salariali per le lavoratrici, la cui declaratoria di costituzionalità ha chiuso formalmente l'Era Lochner: era il benessere dello Stato a richiedere che «le donne e i minori siano protetti dalle condizioni di lavoro capaci di avere effetti dannosi sulla loro salute e sulla loro morale» (sect. 1)⁷⁸. E la stessa espressione compare nella Costituzione dello Utah del 1896 in una disposizione tuttora in vigore, dove si parla di «benessere industriale dello Stato» (industrial welfare of the State), alla cui promozione deve tendere il diritto del lavoro (art. 16).

È significativo che in entrambi i provvedimenti appena richiamati il benessere dello Stato sia evocato in combinazione con costruzioni di matrice corporativa: un accostamento dal quale trae conferma la tensione organicista di cui è intrisa l'espressione. La legge dello Stato di Washington, come del resto molte altre leggi

⁷⁷ A.A. Bruce, *The True Criteria of Class Legislation*, cit., p. 425.

⁷⁸ Dello Stato di Washington v. anche la *Employment Agency Law* del 1914, introdotta da questa affermazione: «The welfare of the State of Washington depends on the welfare of its workers».

statali sul minimo salariale e sull'orario di lavoro⁷⁹, aveva attribuito il compito di individuare standard per l'entità del compenso a una Commissione sul benessere industriale (Industrial Welfare Commission). Dal canto suo la Costituzione dello Utah, nella medesima disposizione in cui afferma che il diritto del lavoro deve tendere al benessere industriale dello Stato, prevede l'istituzione di un Consiglio per la conciliazione e l'arbitrato nel lavoro (Board of Labor Conciliation and Arbitration), nel quale siano «rappresentati in modo equo gli interessi di entrambi il capitale e il lavoro»⁸⁰.

Peraltro, come si intuisce, la tensione organicista emergeva con particolare vigore nelle ipotesi in cui il riferimento al benessere dello Stato si invocava a proposito della protezione della maternità come fine ultimo della tutela delle lavoratrici, che assumeva così toni marcatamente eugenetici. In tale ambito si auspicava che lo Stato, in quanto tutore del «benessere del bambino», predisponesse un vero e proprio sistema per «l'amministrazione della protezione della maternità», per consentire a «funzionari statali della salute» non tanto di «fare beneficenza», bensì di prendersi cura e con ciò costruire i «futuri cittadini»⁸¹.

VIII. New Deal, corporativismo e direzione tecnocratica dell'ordine economico

Descrivendo il modo di intendere l'ordine economico tipico del periodo considerato in questo lavoro, abbiamo evocato concetti espressivi di una tensione organicista: capitalismo organizzato, società organizzata, funzionalizzazione dei comportamenti individuali, per citare i più ricorrenti. Questi concetti rendono il senso delle continuità che attraversano la fase storica, che pure ha conosciuto rotture drammatiche, come in particolare quelle scandite dai conflitti mon-

⁷⁹ Ad es. A.N. Holcombe, *The Effects of the Legal Minimum Wage for Women*, cit., p. 34 ss.

⁸⁰ Anche qui non si tratta evidentemente di un caso isolato: per tutti R.H. Plock, *Methods Adopted by States for Settlement of Labor Disputes without Original Recourse to Courts*, in *Iowa Law Review*, 34, 1949, p. 430 ss.

⁸¹ I. Osgood Andrews, *A Tentative Outline for Maternity Protection Legislation*, in *American Labor Legislation Review*, 10, 1920, p. 250.

diali e dalla Grande depressione. Continuità che si possono evidenziare considerando a titolo esemplificativo due vicende, per molti altri aspetti contrapposte, che caratterizzarono gli anni Trenta e che in qualche modo si svilupparono come ricette destinate a fronteggiare le instabilità dell'ordine economico: prima il New Deal, il piano di riforme voluto dal Presidente Roosevelt tra il 1933 e il 1937, e poi la formulazione del pensiero neoliberale iniziata con il noto colloquio intitolato a Walter Lippman, sul finire degli anni Trenta.

Abbiamo già menzionato il New Deal, anticipando che fu l'epoca durante la quale lo Stato del benessere iniziò a svilupparsi come costruzione non esclusivamente votata a promuovere il benessere dello Stato, per il quale interessava soprattutto la salute della popolazione: intesa come sanità della stirpe, indispensabile a sprigionare potenza nazionale espressa in termini economici, oltre che militari. In quegli anni venne infatti edificato il primo embrione di Stato sociale, modellato sulle riforme all'epoca già conosciute in area europea, dove assolveva altresì alla funzione di produrre pacificazione sociale: anche per questo Roosevelt volle la prima assicurazione contro la disoccupazione e la vecchiaia, non però contro la malattia, finanziata con contributi dei lavoratori e dei datori di lavoro integrati da fondi federali⁸². E poco dopo fece approvare un provvedimento federale relativo al salario minimo e alla durata massima dell'orario settimanale, fissati rispettivamente a 25 centesimi all'ora e a 44 ore, contenente altresì indicazioni per il lavoro straordinario e il lavoro minorile⁸³.

Per contrastare la Grande depressione non ci si limitò a queste misure. Si vararono programmi di lavori pubblici, la cui ampiezza fu però relativamente contenuta, in quanto non si volle accogliere la soluzione suggerita da John Maynard Keynes: adottare programmi particolarmente ampi, fronteggiando il disavanzo creato

⁸² Social Security Act del 1935, su cui ad es. J.G. Siddens, *Some Important Features of the Social Security Act*, in *Kansas City Law Review*, 4, 1936, p. 56 ss.

⁸³ Fair Labor Standards Act del 1938. Al proposito, per tutti, L. Stitt, *State Fair Labor Standards Legislation*, in *Law and Contemporary Problems*, 6, 1939, p. 454 ss.

dalla spesa pubblica con l'emissione di titoli del debito. Roosevelt volle infatti contenere il deficit e decise per questo di ricorrere soprattutto alla leva fiscale, il che consentì tuttavia minori margini di manovra⁸⁴. Centrali divenne allora, o almeno sarebbe dovuto divenire, il controllo sulle dinamiche concorrenziali e sul funzionamento del mercato del lavoro.

Si volle insomma presidiare l'ordine economico, tuttavia non per metterne in discussione i fondamenti, ma semplicemente per porre finalmente rimedio alla sua incapacità di autoregolarsi, quella celebrata dal liberalismo tradizionale e dalla Corte suprema sino agli anni Trenta inoltrati: per rendere visibile la famosa mano non più capace di rendere autosufficiente l'incontro spontaneo di domanda e offerta. Fra i numerosi provvedimenti confezionati a questi fini ricorderemo quello che istituì l'Amministrazione per la ripresa nazionale (National Recovery Administration), con cui si volle da un lato alimentare l'ordinato sviluppo della competizione tra le imprese, e dall'altro promuovere il riconoscimento dei sindacati e con il loro contributo l'instaurazione di rapporti di lavoro rispettosi di standard condivisi relativi alla durata e all'entità del salario⁸⁵.

Dal punto di vista della tradizione, ostile alle misure in odore di capitalismo organizzato, il tutto significava introdurre elementi dell'economia di piano in un'economia di mercato. Per questo, sebbene il coinvolgimento delle imprese avvenisse su base volontaria, la Corte suprema dichiarò l'incostituzionalità del provvedimento appena menzionato⁸⁶. Di qui il tentativo del Presidente Roosevelt di incidere a proprio vantaggio sulle maggioranze interne al collegio modificando la sua composizione. Tentativo che come sappiamo restò sulla carta, e che tuttavia ottenne l'effetto sperato: vincere l'ostilità dei giudici federali nei confronti della filosofia di fondo che ispirava il New Deal. Quest'ul-

⁸⁴ Ad es. P. Fishback, *US monetary and fiscal policy in the 1930s*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 26, 2010, p. 385 ss.

⁸⁵ Il provvedimento è il National Industrial Recovery Act del 1933. Sugli aspetti evidenziati nel testo, v. ad es. O.P. Field, *The Constitutional Theory of the National Industrial Recovery Act*, in *Minnesota Law Review*, 18, 1933-34, p. 269 ss.

⁸⁶ Per violazione del due process of law: *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

tima era del resto ben rappresentata nei provvedimenti che vararono il primo embrione di Stato sociale, a cui si affidavano funzioni ulteriori rispetto alla mera promozione del benessere dello Stato, peraltro utilizzato anche e soprattutto come strumento di pacificazione sociale: le prestazioni sociali rappresentavano pur sempre un incentivo alla collaborazione nelle relazioni tra capitale e lavoro, i cui rappresentanti venivano non a caso coinvolti nella formulazione dei provvedimenti relativi ai loro rapporti⁸⁷.

Alla collaborazione tra capitale e lavoro mirava anche l'Amministrazione per la ripresa nazionale, se non altro perché favoriva il riconoscimento dei sindacati finalizzato a diffondere modalità corporative nella gestione di alcuni aspetti dell'attività d'impresa. Dopo l'intervento della Corte suprema si decise allora di affrontare questi aspetti in modo organico, dedicando loro uno specifico provvedimento, innanzi tutto per fondare il diritto dei lavoratori dell'industria privata di costituire sindacati, e terminare così definitivamente il contenzioso attorno alla pratica degli accordi *yellow dog*. Il provvedimento disponeva anche in materia di azioni collettive incluso il ricorso allo sciopero, ma non voleva alimentare una visione conflittuale dei rapporti tra capitale e lavoro. Veniva infatti incentivata la contrattazione su base collettiva del salario e delle condizioni di lavoro, il tutto presidiato dal Consiglio nazionale per le relazioni di lavoro (National Labor Relations Board): un'agenzia governativa, i cui vertici erano di nomina presidenziale, incaricata fra l'altro di monitorare l'elezione dei rappresentanti sindacali dei lavoratori⁸⁸.

Che la ricomposizione del conflitto di classe costituisse l'ossatura del New Deal, complessivamente inteso come un argine «all'azione diretta e alla rivoluzione»⁸⁹, venne sottolineato in particolare da Stuart Chase: l'economista che fu tra i suoi più noti teorici, se non il più originale, e soprattutto, secondo alcuni, colui il quale

⁸⁷ Per tutti J. Dickinson, *Political Aspects of the New Deal*, in *American Political Science Review*, 28, 1934, p. 197 ss.

⁸⁸ National Labor Relations Act del 1935. In dottrina, ad es., W.A. McAfee, *The Wagner Labor Act – A New Deal in Labor Relations*, in *American Bar Association Journal*, 23, 1937, p. 523 ss.

⁸⁹ Per tutti C. Manion, *The Constitutionality of New Deal Measures*, in *Notre Dame Lawyer*, 9, 1933-34, p. 387.

coniò la locuzione⁹⁰. Lo ricaviamo ricostruendo alcuni aspetti del suo pensiero, in particolare quelli da cui si ricava al meglio la sintonia con quanto abbiamo brevemente indicato come il contenuto essenziale delle riforme volute dal Presidente Roosevelt.

Il pensiero di Chase consente innanzi tutto di evidenziare come la pacificazione sociale fosse in fin dei conti il primo obiettivo della «terza via», espressione all'epoca utilizzata anche per descrivere il percorso intrapreso dalle dittature fasciste, che come il New Deal volevano intraprendere strade alternative a quelle tracciate dal liberalismo classico e dal socialismo⁹¹. Di qui la commistione, a cui abbiamo appena fatto riferimento, di elementi dell'economia pianificata ed elementi dell'economia di mercato, che non avrebbe però messo in discussione, come del resto nel fascismo, i fondamenti dell'ordine capitalista. L'azione dei pubblici poteri, al netto di una retorica da cui si poteva in ricavare altro, doveva essenzialmente mirare a prevenirne l'autofagia: «questo è il programma della terza via», che «tenta di stemperare il capitalismo con un minimo di interferenza governativa»⁹².

In questo senso Chase auspicava un «collettivismo spinto almeno sino al punto di realizzare un controllo dall'alto», con riferimento a tutti gli aspetti relativi al funzionamento dell'ordine economico: dalla disciplina dell'orario di lavoro all'istituzione di un'assicurazione contro la disoccupazione, passando per un piano per la realizzazione di opere pubbliche. Un controllo che però aveva natura solo apparentemente politica, giacché veniva realizzato nell'ambito di un dispositivo di governo tecnocratico⁹³.

Nel merito sono particolarmente indicative le riflessioni dedicate alle concrete modalità con cui i pubblici poteri avrebbero dovuto assolvere al compito di presidiare l'ordine economico, tutte volte a coinvolgere i suoi attori, ma anche a disinnescare il rischio

⁹⁰ R.B. Westbrook, *Tribune of the Technostructure: The Popular Economics of Stuart Chase*, in *American Quarterly*, 32, 1980, p. 387 ss.

⁹¹ Citazioni in A. Somma, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, 2005, p. 81 ss.

⁹² S. Chase, *A New Deal*, New York, 1932, p. 240 s.

⁹³ Ivi, pp. 173 ss. e 213 ss.

di una eccessiva politicizzazione del mercato: a fare in modo che l'interventismo avvenisse nel rispetto delle sue leggi.

Più precisamente Chase propose l'istituzione «sotto gli auspici del Governo federale» di un Consiglio per la pianificazione nazionale (National Planning Board), affiancato da «Consigli regionali per le principali aree economiche», nel quale fossero rappresentati «l'industria, la finanza, il lavoro, l'agricoltura». Un simile assetto era pensato per «preservare il dogma democratico»⁹⁴, ma era evidente che qui si mirava innanzi tutto a riprodurre schemi di tipo corporativo, tutt'al più compatibili con la democrazia deliberativa: quella per cui si assicura la formale partecipazione ai processi decisionali, tuttavia con modalità tali da impedire la sostanziale possibilità di incidere sull'esito della decisione, che in tal modo finiva per corrispondere ai desiderata dei portatori di forza sociale⁹⁵.

Certo, il ruolo affidato ai pubblici poteri poteva correggere questi ed altri vizi del processo decisionale, e tuttavia le modalità sponsorizzate da Chase per il presidio dell'ordine economico non erano semplicemente antidemocratiche: miravano anche e soprattutto, come abbiamo anticipato, alla spoliticizzazione dell'ordine, obiettivo del resto in linea con il proposito di promuovere la cooperazione tra le sue componenti, di reprimere il conflitto in quanto condotta antisistema. Il New Deal era in effetti concepito come una forma di tecnocrazia, o meglio come un vero e proprio regime tecnocratico: «il vero lavoro, il vero pensiero e la vera azione devono provenire dai tecnici, la classe più abile e più lucida di tutte». Solo i tecnocrati, si sosteneva, avevano le capacità per concepire una disciplina dell'orario di lavoro in funzione della necessità di mitigare la disoccupazione determinata dall'automazione dei processi produttivi. Solo i tecnocrati avrebbero potuto imporre una dialettica tra consumatori per la quale i primi avrebbero formulato una domanda di beni informata e «intelligente», con ciò inducendo i secondi a immettere sul mercato solo «merci oneste descritte onestamente»⁹⁶.

⁹⁴ Ivi, p. 217 ss.

⁹⁵ Cfr. A. Somma, *Democrazia economica e diritto privato*. Contributo alla riflessione sui beni comuni, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, p. 461 ss.

⁹⁶ S. Chase, *A New Deal*, cit., p. 229 ss.

IX. Benessere dello Stato, Stato del benessere e neoliberalismo

Insomma, le ricette di Chase non avrebbero intralciato lo sviluppo del capitalismo, che avrebbe anzi reso storicamente possibile, ovvero adattato a contesti nei quali il mito dell'autosufficienza dell'ordine economico era oramai insostenibile. Quell'ordine doveva in qualche modo essere presidiato dall'ordine politico: la nuova frontiera della riflessione liberale aveva perso interesse per le modalità con cui espellere i pubblici poteri dal mercato, e si era concentrata sull'ottimale combinazione di istanze ordinatorie e istanze liberatorie⁹⁷. Ottimale anche e soprattutto dal punto di vista dell'idoneità a disinnescare i conflitti prodotti dai processi di modernizzazione⁹⁸, e in particolare a irreggimentare la forza lavoro con metodi talvolta «quasi militari»⁹⁹.

Da questo punto di vista il New Deal ha occupato nel panorama delle idee, se non delle concrete realizzazioni, un posto non troppo distante da quello spettante a molti dei suoi critici, a partire da coloro i quali, nello stesso torno di anni, avviarono la formulazione del pensiero neoliberale. Primi fra tutti, come abbiamo anticipato, i partecipanti al noto colloquio Walter Lippmann, un incontro tenutosi a Parigi nel 1938, a cui presero parte diversi economisti e intellettuali di formazione liberale: tra essi, oltre a Lippmann, del quale diremo subito, Wilhelm Röpke e Alexander Rüstow, due padri dell'ordoliberalismo, una dottrina tedesca che si stava definendo anch'essa in quel torno di anni¹⁰⁰.

Per chiarire i termini del pensiero neoliberale, espressione coniata proprio in occasione del colloquio, occorre dire della persona

⁹⁷ Aspetto notoriamente al centro dell'analisi di M. Foucault, *Nascita della biopolitica*. Corso al Collège de France (1978-1979), Milano, 2005, p. 113 ss.

⁹⁸ S. Chase, *A New Deal*, cit., p. 235 ss.

⁹⁹ S.A. Ramirez, *The Law and Macroeconomics of the New Deal*, in *Maryland Law Review*, 62, 2003, p. 571.

¹⁰⁰ Sul colloquio, ad es., P. Dardot e C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista* (2009), Roma, 2013, p. 167 ss. V. anche gli atti, ristampati di recente e inclusi nel volume di S. Audier, *Le Colloque Walter Lippman: Aux origines du néo-libéralisme*, Lormont, 2012, p. 407 ss.

a cui fu dedicato: un noto giornalista e commentatore politico statunitense, autore di un fortunato volume criticato dai suoi contemporanei come testo privo di approccio scientifico¹⁰¹, e tuttavia divenuto noto come tentativo di identificare i termini di una terza via tra il *laissez faire* e il collettivismo. Era questa l'essenza del neo-liberalismo, dottrina alternativa al liberalismo ereditato dalla tradizione, ma anche alle ricette proposte da chi, come reazione a quella tradizione, promuoveva una confusione tra ordine politico e ordine economico in odore di socialismo. Di qui l'avversione per il collettivismo, definito come la situazione in cui la soluzione dei problemi posti dalla divisione del lavoro, in buona sostanza «l'allocazione del capitale e del lavoro» e dunque la decisione su «dove i risparmi saranno investiti, quali mestieri faranno le persone e quali merci potranno consumare», era affidata a «un'autorità di pianificazione» le cui «decisioni sono implementate con il potere coercitivo dello Stato»¹⁰².

La terza via auspicata da Lippmann non era quella imboccata dal New Deal, che come sappiamo utilizzava la medesima espressione per indicare il suo essere alternativo al fascismo e al socialismo. Lippmann, infatti, riconduceva entrambi al collettivismo e riteneva che la ricetta elaborata da Roosevelt fosse una forma di «collettivismo graduale», nel quale il potere politico era invadente perché controllato a monte dai centri di potere economico. Ciò in quanto l'ispirazione corporativa del New Deal nascondeva in verità l'intento di «attribuire privilegi a interessi selezionati» sulla base di «concezioni generali del benessere collettivo», quindi mortificando in chiave difensiva e conservativa il libero gioco degli «interessi organizzati»¹⁰³.

Come abbiamo detto, il rifiuto del collettivismo, graduale o meno che fosse, non doveva però avvenire sul terreno del *laissez faire*. Quest'ultimo fu indispensabile, in quanto «dottrina distruttiva di un momento rivoluzionario», per rovesciare l'ordine feudale, ma

¹⁰¹ Ad es. F.H. Knight, Lippmann's The Good Society, in *Journal of Political Economy*, 46, 1938, p. 867.

¹⁰² W. Lippmann, *The Good Society* (1937), New Brunswick e London, 2005, p. 173 s.

¹⁰³ Ivi, pp. 123 ss. e 235.

in quanto «principio ispiratore di politiche pubbliche», ovvero come punto di riferimento per «determinare cosa la legge deve e cosa non deve determinare», si era rivelato un mero strumento per la conservazione dello status quo: in una comunità «tutte le libertà, tutti i diritti e tutta le proprietà si reggono su una qualche legge», il cui contenuto non poteva essere «definito a prescindere dal contesto», come avevano invece fatto i fautori del liberalismo classico. Di qui la ricetta per la menzionata la terza via, da elaborare a partire dall'idea che solo «le leggi della Rivoluzione industriale», quelle concernenti la divisione del lavoro nell'ambito di un'economia di mercato, sono ineludibili e pertanto non suscettibili di essere «modificate dalla politica»¹⁰⁴.

Insomma, il liberalismo doveva rinnovarsi a partire da «una filosofia sociale che obbedisca alle leggi della Rivoluzione industriale», che sappia cioè «adattare l'ordine sociale alla divisione del lavoro», e più in generale «la razza umana al nuovo modo di vivere». Se infatti l'ordine sociale perdeva la sintonia con l'ordine economico, nel senso che finiva per fondarsi su regole e credenze confliggenti con «il modo di procurarsi da vivere a cui le persone sono tenute», il conflitto e la «violenza privata» divenivano inevitabili. Di qui la necessità di funzionalizzare i diritti e le libertà assolutezzate dal *laissez faire*, a partire dal diritto di proprietà e dalla libertà contrattuale, per adattarli alle necessità della divisione del lavoro nell'ambito dell'economia di mercato. Di qui anche l'esigenza di soccorrere le «vittime del progresso», tuttavia non ricorrendo a misure perequative, bensì promuovendo la loro capacità di rimuovere le cause della loro condizione di indigenza. Il tutto per migliorare la loro capacità di produrre e quella dell'ordine economico nel suo complesso: «la perequazione deve essere perseguita con misure che promuovono l'efficienza dei mercati in quanto regolatori della divisione del lavoro», giacché «il semplice livellare i redditi, togliendo dai ricchi per dare ai poveri, sarebbe perdente e porterebbe alla paralisi e all'impoverimento dell'intera economia»¹⁰⁵.

Se così stanno le cose, la terza via suggerita da Lippmann non era molto diversa da quella intrapresa dal New Deal, come invece il primo

¹⁰⁴ Ivi, pp. 192 ss. e 203 ss.

¹⁰⁵ Ivi, pp. 227 s. e 233 ss.

sottolineava con veemenza. Certo, le riforme varate sotto l'amministrazione Roosevelt comprendevano misure che si sarebbero potute definire di matrice tendenzialmente collettivista, ma anche e soprattutto misure volte a favorire il funzionamento del mercato: misure tecnocratiche, in quanto tali non suscettibili di essere alterate da valutazioni politiche incompatibili con il proposito di sostenere l'ordine economico incentrato sul meccanismo concorrenziale. Anche il New Deal perseguiva poi queste stesse finalità ricorrendo a politiche di cui abbiamo messo in luce il carattere eugenetico, ispirate a finalità non diverse da quelle indicate da Lippmann nel momento in cui sottolineava che, per rimuovere le cause dell'indigenza, occorre innanzi tutto adattare la popolazione alle necessità della divisione del lavoro. Il che significava affrontare «problemi di eugenetica ed educativi», riconoscendo che «all'intera popolazione occorre fornire l'armamentario culturale indispensabile a vivere in modo efficace», ovvero creare «i fondamenti fisici della divisione del lavoro»¹⁰⁶.

Anche il New Deal, insomma, esprimeva tensioni organiciste non dissimili da quelle implicite nella riflessione di Lippmann, per il quale persino l'individuo «più lungimirante non è in grado di guardare oltre una generazione». Giacché questo portava a concludere che occorreva uno Stato capace di interpretare i bisogni della società, che «comprende i morti, i vivi, e i non ancora nati»¹⁰⁷, e in ultima analisi ad attirare l'attenzione, come con le riforme volute da Roosevelt, sul benessere dello Stato, e sullo Stato del benessere come una costruzione votata a promuoverlo.

Come abbiamo detto, al colloquio Walter Lippmann presero parte anche due padri dell'ordoliberalismo tedesco: Röpke e Rüstow. I due animarono la corrente del cosiddetto umanesimo economico, espressione con cui si alludeva a una commistione di valori moderni, quelli relativi al funzionamento di un ordine economico incentrato sul principio di concorrenza, e valori premoderni, ritenuti indispensabili a fronteggiare i conflitti provocati dal funzionamento del mercato. Questo significava promuovere lo sviluppo di un «in-

¹⁰⁶ Ivi, pp. 212 e 236 s.

¹⁰⁷ Ivi, p. 228.

terventismo liberale»¹⁰⁸, indispensabile a combattere quanto il teorico del New Deal aveva definito in termini di collettivismo graduale: l'azione dei centri di interesse e la «rivolta delle masse»¹⁰⁹, per contrastare la quale occorreva edificare una «dittatura entro i confini della democrazia»¹¹⁰.

In particolare Rüstow insisteva sull'utilizzo del meccanismo concorrenziale come strumento di direzione politica dei comportamenti individuali, forse di per sé non ostile al meccanismo democratico, ma sicuramente disinteressata alle sue sorti. Era questo il senso dell'idea, espressa durante il colloquio ma ricorrente tra i padri dell'ordoliberalismo¹¹¹, per cui uno «Stato forte e indipendente» doveva assumere compiti di «severa polizia del mercato», per impedire la «disintegrazione» sociale cui preludeva il «rispetto delle regole puramente razionali del gioco della concorrenza», e realizzare così «la coincidenza dell'interesse particolare egoista e l'interesse generale». E per ripristinare «l'inquadramento volontario e naturale della gerarchia» in luogo dell'«ideale falso e sbagliato dell'uguaglianza» e dell'«ideale parziale e insufficiente della fratellanza», con il quale i fondatori del liberalismo avevano erroneamente sostituito «l'inquadramento artificiale e forzato della signoria feudale»¹¹². Solo così, come precisato da Alfred Müller-Armack, un altro padre dell'ordoliberalismo affascinato dalle realizzazioni del fascismo italiano, si sarebbe tutelato «l'interesse nazionale capitalistico» oltre il mero «interesse capitalistico» perseguito dall'individuo¹¹³.

¹⁰⁸ A. Rüstow, *Interessenpolitik oder Staatspolitik*, in *Der deutsche Volkswirt*, 1932, p. 171.

¹⁰⁹ W. Röpke, *Epochenwende*, (1933), in *Id.*, *Wirrnis und Wahrheit*, Erlenbach e Stuttgart, 1962, p. 106 s.

¹¹⁰ A. Rüstow, *Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie* (1929), in *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1959, p. 98 s.

¹¹¹ V. ad es. W. Eucken, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1932, p. 312, secondo cui la democrazia era uno strumento al servizio delle «forze caotiche della massa» contro «la forza ordinante scaturita dalla vita dei popoli».

¹¹² A. Rüstow, in S. Audier, *Le Colloque Walter Lippman*, cit., p. 469 s. In seguito v. *Id.*, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 2. ed. (1950), Marburg, 2001, p. 26.

¹¹³ A. Müller-Armack, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus*. Ökonomis-

Quello ordoliberal era insomma uno Stato di polizia economica, che per un verso valorizzava la libera iniziativa individuale, ma per un altro la costringeva entro schemi organicisti, come quelli cui rinviava all'epoca il pensiero di Franz Böhm: un altro celeberrimo padre dell'ordoliberalismo. Volendo sottolineare il ruolo delle istanze ordinarie di cui l'ordoliberalismo doveva farsi carico, quest'ultimo discorreva della «costituzione economica», ovvero della «decisione sul complessivo ordine della vita economica nazionale»¹¹⁴, come di una «costituzione parziale»: doveva essere ricavata dalla «costituzione politica complessiva», esattamente come occorre fare rispetto alla demografia e alla biologia razziale¹¹⁵.

Certo, l'ordoliberalismo presentava, e presenta¹¹⁶, una carica antidemocratica non così marcata nel New Deal e presso altri fondatori del pensiero neoliberale, e tanto meno nelle teorizzazioni dei neoliberali statunitensi. E tuttavia la differenza si può relativizzare, tendendo conto che almeno in parte si deve più alle forme retoriche utilizzate per restituire le tensioni organiciste tipiche dell'esperienza tedesca, che alla loro sostanza. Chase e Lippmann, del resto, andavano oltre l'attacco alla democrazia nel momento in cui invocavano la spolticizzazione del mercato, la sua neutralizzazione per opera di una tecnocrazia sensibile alle istanze dell'ordine economico eretto a sistema fondato sul principio di concorrenza. E dal canto loro gli ordoliberali affermavano il primato dell'ordine politico sull'ordine economico, ma attribuivano al primo il compito di sostenere il secondo: di tradurre le leggi del mercato in leggi dello Stato, il cui benessere finiva così per coincidere con quello dell'ordinato sviluppo del capitalismo.

che, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung, Berlin, 1932, pp. 110 ss. e 213 ss.

¹¹⁴ F. Böhm, W. Eucken e H. Großmann-Doerth, *Unsere Aufgabe*, in F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. xix.

¹¹⁵ F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 9 ss.

¹¹⁶ Anche sotto altri nomi, come in particolare «economia sociale di mercato»: al proposito, diffusamente, A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, p. 19 ss.

Si comprende così l'invito ordoliberal a sciogliere l'individuo nell'ordine, a eliminare gli ostacoli alla «sinfonia sociale»¹¹⁷, per imporre la quale il potere economico doveva subire una sorte opposta a quella del potere politico. Se il secondo doveva essere concentrato e dunque statalizzato, il primo doveva essere azzerato, spolicizzato, ridotto all'irrilevanza quale forza centrifuga in danno al funzionamento del sistema: per ridurre le condotte individuali a mere reazioni automatiche agli stimoli del mercato. Era questo il senso del motto, coniato da Carl Schmitt, per cui un'«economia sana» presupponeva uno «Stato forte»¹¹⁸, ma anche della considerazione riservata da Böhm alla lotta di classe: demonizzata in quanto violazione di un «dovere giuridico» e trasgressione di un imperativo «sociale fondato sull'onore»¹¹⁹.

¹¹⁷ F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 21.

¹¹⁸ C. Schmitt, *Starker Staat und gesunder Wirtschaft*, in *Volk und Reich*, 1933, p. 87.

¹¹⁹ F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 77.

Entrevista a Lucio Pegoraro

JOSÉ D. CESANO

[José Daniel Cesano] En la Argentina se puede observar un fenómeno curioso: hacia las primeras décadas del siglo XX, y como producto de las reformas de los planes de estudio, las facultades de derecho comenzaron a incluir, en su formación de grado, el Derecho Civil Comparado. Así, por ejemplo, tanto en la Universidad Nacional de Córdoba como en la Universidad Nacional de La Plata se dictaron, durante la segunda década del siglo pasado, estas cátedras. Sin embargo, actualmente, el Derecho Comparado ha perdido visibilidad en la enseñanza de grado. Es más: hoy, su cultivo, se limita a algunos ámbitos académicos muy reducidos (V.gr. Asociación Argentina de Derecho Comparado, Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, etcétera). ¿Cuál es la situación que observa en las universidades y en la academia italiana?

[Lucio Pegoraro] Puedo contestar su pregunta usando las palabras de la premisa al libro mío y de Angelo Rinella “Sistemas constitucionales, en L. Pegoraro, A. Rinella (directores), Derecho constitucional comparado, tomo II, 2 vols., Astrea, Buenos Aires, 2017: «El Derecho (como el mundo) se puede observar desde la rejilla de un sótano, la ventana de casa, el balcón de un edificio, la cima de una colina o de una montaña, desde un avión o desde una estación espacial en órbita. Piaget ha escrito páginas imprescindibles sobre la percepción, y al igual que el test de Rorschach, son un buen ejemplo de cómo en la misma mancha se pueden ver cosas distintas. No existe una visión “correcta” y una “errónea”. Simplemente, son visiones diferentes, que proporcionan informaciones diversas. Aquella que es “errónea” (científicamente errónea) es la que reclama que la visión que se tiene desde el sótano, o desde la ventana de casa, sea la única “correcta”. Esta es la visión del Derecho comparado que, a menudo, tienen muchos constitucionalistas “domésticos”, convencidos de que para conocer el mundo basta aplicar las teorías y categorías aprendidas en casa (o en el sótano), otorgando a estas validez universal.

El guepardo caza solo, el lobo en manada y las leonas comparten la descendencia; el águila es monógama, no así otros animales. Así es con las culturas y las sociedades que crean estructuras jurídicas, que implantan en ellas específicas opciones axiológicas (¿antes el individuo o la comunidad?). El comparatista –que no vive y acepta solamente una Grundnorm, a diferencia del experto de la ley nacional– no podrá afectar el estudio (...) con opciones preconcebidas, determinadas por su educación y su experiencia históricamente condicionada. Por otro lado, debe plantearse la cuestión de si el conocimiento de lo que se estudia (y demuestra) asume la que Silvia Bagni llama “compasión”, es decir no solo entendimiento de la “técnica” del otro, sino también de lo diferente de sí mismo (véase “All you need [to compare] is love”, en ID. (ed.) *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*, Filodiritto, Bologna, 2016, pág. 10 ss.), o si el estudio de sistemas y ordenamientos lejanos de su forma de pensar puede resultar en operaciones asépticas de descripción de realidades ajenas, con la distancia del científico que analiza un insecto, pero también con la conciencia de una superioridad de su punto de vista. (...) El relativismo encuentra su dimensión ética en el respeto a las decisiones ajenas, cuya inspiración exige a menudo el auxilio de ciencias distintas de la ciencia jurídica, como es concebida en el Derecho occidental, caracterizado por el papel hegemónico de las familias de common law y civil law».

En Italia la situación no es distinta de otros países: la asignatura Derecho comparado (público o civil) es troncal en las facultades de Derecho y muchas de Ciencias políticas, sin embargo muchos “comparatistas” solo son profesores o investigadores con simples curiosidades de Derecho extranjero, pero no poseen ni el método ni la mentalidad de los comparatistas. Menos los civilistas, porque están más abiertos y con menos prejuicios ideológicos que los constitucionalistas (el occidentalismo totalizador). Muchos confunden el Derecho extranjero con el Derecho comparado, y confunden la comparación con el estudio de países que por razones distintas le gustan más.

[JDC] Puede afirmarse que existe cierto consenso respecto que,

el Derecho Comparado exige, para su análisis, un enfoque interdisciplinario. Si está de acuerdo con esta perspectiva, ¿en qué aspectos la antropología puede enriquecer la visión del comparatista?

[LP] El primer punto a afrontar para un comparatista está representado por las opciones entre usar en modo instrumental las ciencias diferentes a la jurídica. En el Derecho comparado, es frecuente que el descontento por los resultados de una investigación meramente formal lleve a usar datos (y métodos) de otras ciencias, sin que sean respetadas las condiciones indispensables para desarrollar una investigación jurídica. Los estudios comparatísticos interponen, en efecto, la Filosofía, la Lingüística, la Historia, la Historia de las doctrinas políticas, la Ciencia política, la Sociología, la Antropología, la Etnología, la Economía, la Geografía, la Estadística, ahora la matemática y en algún caso, pero de costumbre en razón al objeto, determinadas ciencias de la naturaleza (más allá de las ciencias jurídicas diferentes a la comparatista). Se trata de las que G. Crespi Reghizzi denomina “áreas incontrolables”, que conciernen en particular a reglas efectivamente aplicadas, cuyo estudio ha sido reservado o atribuido a estudiosos de ciencias distintas del Derecho, poniendo alarma frente al “diletantismo omnisciente”. Sin embargo, como escribe P. Legendre (*L’Autre Bible de l’Occident: le monument romano-canonique*, Fayard, Paris, 2009, pág. 488), primero, siempre hay que preguntarse, «¿Pero qué es el Derecho?», pues «le droit n’apporte sur le droit aucun éclairage».

Hace falta un esfuerzo más, para los comparatistas occidentales: aceptar y usar conceptos que son ajenos a nuestra cultura, como el de “amae” (armonía) en el Derecho japonés, “fa” y “li” en el Derecho chino, “dharma” en el Derecho hindú, ubuntu en el Derecho africano, “sumak kawsay” en el idioma kichwa, etc., que no solo condicionan pre-jurídicamente, sino vertebran el modo de entender lo que nosotros llamamos “Derecho”. Pero sin renunciar al método jurídico como se concibe en el lenguaje del estudioso que crea conceptos, bajo el riesgo de entrar en ciencias que consideramos autónomas y distintas.

En particular, la Antropología jurídica representa la clave de lectura esencial para comprender los fenómenos de la sociedad ba-

sados en las concepciones no occidentales del Derecho. Ya O. W. Holmes observaba al final del siglo XIX que, cuando se estudia el Derecho, el camino conduce ineludiblemente a la Antropología, y que el Derecho se resuelve en un gran documento antropológico (“Law in Science and Science in Law”, en *Harvard L. R.*, n. 12, 1899, pág. 443; véanse también los escritos de Rodolfo Sacco). La Antropología, por su misma naturaleza, no es ciencia eurocentrista, y señala la frontera de la comparación para quien no quiera colocarla en los confines del Estado liberal-democrático o de la visión occidental del Derecho. Útil para los privatistas como para los constitucionalistas, la Antropología sirve también para estudiar el pluralismo “interno” de cada ordenamiento, alimentado por la presencia de grupos minoritarios no integrados y claramente enfatizado por los flujos migratorios de las últimas décadas.

En general, el comparatista no estudia solo “Estados”, sino también las relaciones del estado con las culturas, la economía, la sociedad, la religión, etc.

[JDC] El Derecho Comparado estudia sistemas jurídicos o instituciones pertenecientes a distintos ordenamientos en la sincronía. Sin embargo, se señala que, cuando la investigación comparada no tiene en cuenta las razones históricas que hacen distintos a los sistemas que estudia, pierde su complejidad. ¿Cuáles son, según su perspectiva, los principales aportes que ofrece la historia jurídica al comparatista.

[LP] La Historia alimenta transversalmente los estudios comparatistas y su uso es para ellos imprescindible, en particular la Historia del Derecho: como escribe Giovanni Bognetti (*Introduzione al diritto costituzionale comparato* (Il metodo), Giappichelli, Turín, 1994), es «la principal disciplina que nosotros debemos atender, el verdadero, inteligente conocimiento del fenómeno jurídico», que «nos ha puesto en condición de penetrar en el alma de los sistemas jurídicos de tantos pueblos, tomándolos en la viva realidad de su desarrollo histórico»: la sensibilidad por la Historia del Derecho presupone «la voluntad de reconstruir los episodios jurídicos», sea hacia los fundamentos ideales que representan su base, sea «en la dirección de sus relaciones con los hechos políticos, sociales, eco-

nómicos que han, de cerca o de lejos, ejercitado condicionamientos».

Algunos autores insisten en distinguir entre la comparación sincrónica (cuando se confrontan ordenamientos cercanos en el tiempo o contemporáneos, aunque lejanos en el espacio) y la diacrónica (con la cual se desarrolla un objeto de comparación entre Derechos lejanos en el tiempo, pero en el mismo ordenamiento), y evidencian «el común carácter de comparación (que) vincula estrechamente la investigación comparatística a la histórica» (M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Laterza, Bari, 2000). Además, cualquiera puede observar cómo, en realidad, tales distinciones puedan reconducirse a aquella separación entre el Derecho comparado y la Historia del Derecho, invocando que la distinción tiene que ser mantenida: en efecto, objeto de ambas disciplinas son los fenómenos jurídicos; sin embargo el historiador se compromete a desarrollar narraciones y descripciones de hechos o de eventos singulares en el contexto dinámico de los flujos generales (aunque sin excluir generalizaciones y clasificaciones), pero no se sirve de este conocimiento para operar parangones, en el que sí consiste el objetivo de la comparación jurídica. En todo caso, el comparatista se propone como finalidad instrumental el conocimiento de la evolución de un ordenamiento o de un instituto.

El estudio histórico es por otra parte fundamental para el análisis dirigido a la comparación, debido a que solo profundizando las investigaciones en la historia es posible tomar las raíces de los institutos y de las disciplinas, revelando los criptotipos, entendiendo analogías y diferencias. La Historia jurídica, en suma, tiene una función sirviente –aún más importantísima– respecto de la finalidad principal de la comparación. En particular, en el sector del Derecho constitucional (sobre todo cuando es abierto a modelos no liberal-democráticos de producir el Derecho) solo el estudio histórico puede iluminar las génesis y la evolución de los institutos, permitiendo evitar grandes malentendidos.

[JDC] La Corte Suprema de Justicia de la Argentina, en sus sentencias, suelen realizar, con bastante frecuencia, argumentaciones a partir de jurisprudencia constitucional proveniente de otras Cortes o

de Tribunales Supranacionales (V.gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Este es un fenómeno usual en la Cortes Constitucionales Latinoamericanas. La utilización de estas formas argumentales, en cierto sentido, puede generar un proceso de migración de ideas constitucionales de distintos sistemas legales. Lo curioso es que, en no pocos casos, estos procesos argumentativos revelan que los operadores jurídicos no han realizado una investigación previa en relación a la compatibilidad entre el precedente extranjero citado y el texto constitucional propio que se interpreta. ¿Qué opina usted respecto de estas cuestiones? ¿Sucede lo mismo en las Cortes Constitucionales europeas?

[LP] Como he destacado en varios escritos, entre ellos en el volumen al cuidado mío y de G. Figueroa Mejía, Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Iberoamérica, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016, la circulación de las soluciones jurídicas (y de principios e ideas) se da hoy ampliamente en la jurisprudencia, gracias sobre todo a los Tribunales constitucionales y los Tribunales internacionales o transnacionales. Por una parte, éstos reciben, a través de la mediación de jueces de distintas áreas geográficas y culturales, los elementos de las doctrinas y culturas nacionales, y las unifican en sus decisiones; por otra parte, las devuelven a los ordenamientos nacionales donde se aplican de forma obligatoria o tienen un efecto fuerte de persuasión.

Aparte de los temas relacionados con el Derecho internacional o europeo, que plantean un problema de circulación “vertical” de la actividad interpretativa, el Derecho comparado puede desarrollar una función importante de carácter auxiliar para la jurisprudencia incluso a nivel horizontal. Lo ha dicho claramente la Constitución de Sudáfrica, donde coexiste una apertura hacia el Derecho internacional y extranjero como instrumentos interpretativos de la carta de los derechos: el cap. 2, secc. 36, y espec. secc. 39, afirma que al interpretar el Bill of Rights cada Corte, Tribunal o Forum «(b) must consider international law», y «(c) may consider foreign law».

Los estudios sobre el Derecho extranjero en la jurisprudencia

insisten sobre el comportamiento de las Cortes y los Tribunales ordinarios o Constitucionales al atestiguar que las Cortes de common law y mixtas utilizan bastante el argumento comparado. Sin embargo se ha emprendido una evolución alternativa en otros ordenamientos la cual ha sido explicada con razones variadas, si bien se han apoyado, preponderantemente, en razones de orden histórico-cultural; se ha asistido a una progresiva expansión de las citas extra-estatales en todos los ordenamientos, en particular América Latina.

El hecho de que, dentro del área de common law (excepto en los Estados Unidos), los jueces recurran al Derecho comparado más que los colegas de civil law es una constatación difusa por parte de los comparatistas, que explican el fenómeno apoyándose en la sustancial irrelevancia de las barreras lingüísticas, o en el rol político y cultural que ha sido revestido por la praxis aplicativa por parte de los jueces, «acostumbrados a ejercitar conscientemente el rol de protagonistas en la evolución de los ordenamientos». Igualmente, ha sido subrayado que existe una mayor propensión a usar la comparación en los ordenamientos de dimensiones reducidas, en los ordenamientos multilingües como Suiza, en los que son “democráticamente jóvenes”, en los donde conviven más sistemas. Dentro de estos últimos –además de Canadá, se incluye a Israel y a Sudáfrica– la jurisprudencia constitucional contiene ricas citas comparativas, las cuales no solo prestan 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.

Lo que falta, muchas veces, es una verdadera cultura comparatista por parte de los jueces y sus colaboradores, por lo cual las citas de Derecho extranjero (no “comparado”), son casuales y no toman en cuenta el milieu, el caldo de cultivo, donde se coloca la institución, el tipo, el procedimiento, la norma citada.

[JDC] Los procesos de integración económica y jurídica que, con diversa intensidad y particularidades propias, puede observarse tanto en Europa como en América suelen conducir a la formación de espacios jurídicos armonizados o, analizando la cuestión desde otra perspectiva, a la formación de normas jurídicas comunitarias.

¿Cuáles son las funciones, en su opinión, que cumple el Derecho Comparado en estos contextos?

[LP] El estudio y la comparación de las diversas normativas permite a los operadores disponer del material necesario para la elaboración de textos jurídicos comunes, individualizando los factores de contacto y de conflicto, a efecto de llegar a normativas lo más homogéneas posibles.

La historia del Derecho comparado es también la historia de la ilusión unificadora *ratione imperii*, las ideas iluministas de la razón como inspiradora de la codificación o –en la versión actualizada de los neoconstitucionalistas– de la universalidad de algunos principios. Funcionalmente, es la historia de la búsqueda de reglas comunes para agilizar el comercio y –en materia constitucional– para imponer un marcador común especialmente en materia de derechos.

Hay que distinguir el campo de las reglas neutras o casi-neutras de las demás. Una cosa es decidir conjuntamente que con el semáforo en rojo se para y en verde se arranca, otra cosa es dictar reglas unificadas en materia de arresto de investigados. Hasta las reglas neutras a menudo tienen costes: invertir la dirección de izquierda a derecha, para países como Reino Unido o Japón, donde se conduce a la izquierda, comportaría reestructurar la industria de los automóviles y las señales de tráfico, renovar los autobuses poniendo las puertas en el otro lado, etc. No siempre, unificar una normativa neutra a nivel mundial o regional (por ej., Unión europea) es más fácil que uniformizar una normativa con implicaciones ideológicas y políticas.

Ello se conecta a una segunda distinción importante que tiene que ver con las formas de uniformizar. Se puede uniformizar imponiendo un modelo, o concordando, con concesiones mutuas, una normativa uniforme. Eso no significa que el éxito de una regulación uniformizada represente siempre el punto de equilibrio entre instancias distintas. Imposición y prestigio muchas veces se confunden. Es necesario diferenciar si se trata de armonización o de verdadera unificación, y además si la regulación unificada (o armonizada) se establece en una fuente externa (ej.: órganos de la UE) o

interna de cada Estado que acepta la invitación de conformar sus normas en un esquema compartido.

La unificación consiste en la adopción de normas iguales en ordenamientos distintos, y a menudo se obtiene mediante la atribución a una fuente superior (ej.: tratado, reglamento de la UE, Federación y no Estados miembros...) del poder de dictar las normas unificadas. En algunos casos, no se da novación de la fuente, y, con base en acuerdos, cada sujeto implicado se empeña en adoptar la regulación concordada. Eso pasa más a menudo cuando se trata de armonizar, es decir, hacer homogéneas y coherentes regulaciones antes más diferenciadas (por ej., en materia fiscal), dejando sin embargo un margen para la adaptación a los actores involucrados. Es emblemático al respecto el caso de las directivas de la UE.

El resultado de uniformizaciones y armonizaciones depende tanto de la capacidad por parte de un ordenamiento de imponer a otros una solución común, cuanto de la adhesión de los sujetos a las soluciones propuestas. Esto normalmente implica una base jurídica común, la ausencia de estratificaciones jurídicas refractarias a los cambios, costes bajos (económicos también) del cambio mismo. Justamente aquí entra en juego la comparación, que ayuda a entender la posibilidad de imitar normas comunes y evitar crisis de rechazo, o de todas formas obviar el riesgo de pagar costes demasiado altos, en términos culturales, organizativos y económicos.

La unificación normativa obligada es la negación del Derecho comparado, porque no tiene en cuenta ni la cultura, ni la historia, ni la sociología. Unificación y armonización dan buenos resultados (normalmente) cuando no afectan a elementos sedimentados en profundidad, y solo si se hacen de forma progresiva. Obviamente, si la imposición se apoya en una fuerza que consigue sostenerla, puede arraigarse por lo menos a corto plazo: el III Reich consiguió imponer sus leyes en los territorios conquistados, pero a largo plazo produjo –afortunadamente– el resultado de anularlas.

Detrás del tema de la uniformización se sitúan desafíos culturales de gran calado, que conllevan consecuencias prácticas. El choque es entre quienes piensan que se puede (trasplantar y) uniformizar, y quienes niegan esta posibilidad. Que se trate de la

construcción de reglas o de su aplicación, como del funcionamiento de las instituciones o de la implementación de los derechos, los procesos de uniformización del Derecho exigen tiempos más largos que los que dan los actos de adhesión.

La globalización –vocablo particularmente ambiguo– no es solo un fenómeno económico, aunque incluye e implica múltiples perfiles jurídicos: como destaca J. García Roca (“La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, en *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 5, 2006, pág. 168 ss.), «el crecimiento constante del listado universal de los derechos mediante interacciones recíprocas de las sucesivas declaraciones de derechos (...); la revisión de la idea de soberanía nacional (...); una suerte de nuevo Derecho de gentes (*law of nations*, *jus gentium*) (...); una estrategia de prevención de las violaciones de derechos mediante diversas organizaciones supranacionales (...); se reclama incluso por algunos autores una “dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional” (...)»; a ella se asocia una globalización cultural. Sin embargo, los diferentes formantes no viajan normalmente a la misma velocidad. Sobre todo, la economía es rápida; el Derecho, lento; la cultura, lentísima; y cuando, para seguir a la economía, el Derecho humilla a las culturas ajenas, las recepciones son bastante difíciles.

La muerte del Derecho comparado en el mundo globalizado, que se encuentra en las visiones de Fukuyama (*The End of History and the Last Man*, Hamish Hamilton, London, 1992), es un refrán común: el riesgo es que la globalización anule las diferencias, y por ello la ciencia comparada esté destinada a morir, como varios imaginan en virtud de su irrelevancia de cara a fenómenos como la globalización, la convergencia transnacional y la llamada armonización y progresivo alcance de un Derecho común. En particular, la globalización erosiona la idea misma de Derecho: caen las barreras entre público y privado, y éste se sustrae a los imperativos de *Westfalia* y a las reglas de un Derecho internacional que vale, allí donde vale, solo para lo público; el *soft-law* deja márgenes abiertos; ni las fuentes privadas ni las públicas consiguen regular la actividad de

actores privados en la economía global. Pero el miedo es probablemente infundado si solo se considera la refractariedad al cambio generada por las resistencias de las culturas jurídicas (y de las culturas en general), y –con consecuencias importantes en ámbito constitucional– la reivindicación de modelos de organización constitucional alternativos al occidental. Con referencia a la cultura jurídica, como la luz de una supernova ardiente permanece visible, en la distancia, por millones de años, así las reconstrucciones doctrinales y los modelos por ellas creados, continúan produciendo efectos (y a ser evocados) en los formantes dinámicos (y a menudo también en el mismo formante).

El reto seguirá siendo –más allá de las unificaciones y armonizaciones formales– aceptar y en su caso evidenciar las diferencias, por parte de los formantes dinámicos, y analizar la disociación entre formantes, por parte de la doctrina.

Y las preguntas seguirán siendo estas: ¿Cómo puede la cultura disociarse del brutal positivismo de la fuerza y del objetivo que, paradójicamente en nombre de visiones iusnaturalistas, pretende imponer como absolutos valores que por el contrario se han generado gracias a costosas conquistas históricas? ¿Cómo puede la cultura favorecer el respeto por las culturas (a saber: por la autodeterminación para que cada pueblo pueda conservar su propia cultura), y el respeto de cada comunidad cultural, incluso dentro de los límites de los ordenamientos liberales-democráticos?

En el ámbito del Derecho constitucional comparado, el eurocentrismo y el occidentalismo, todavía hoy característico de la producción comparatista, debe hacer cuentas con la progresiva expansión del constitucionalismo y la permeabilidad a las sugerencias de ordenamientos antiguos y modernos. Sin embargo, debemos prestar atención a las estructuras de los diferentes sistemas legales: antes de realizar comparaciones a través de analogías y diferencias, antes de expresar un juicio de valor, antes de proponer recepciones, introducciones o exportaciones de instituciones o reglas, es preciso profundizar en el estudio de cada sistema legal; es necesario abandonar toda aproximación superficial conectada con los “núcleos esenciales” y construida mediante geometrías variables según quién las proponga.

En las palabras de Horatia Muir-Watt (“Further Terrains for Subversive Comparison: The Field of Global Governance and the Public/Private Divide”, en P. G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., pág. 273 s.), «Constructs purporting to be of universal value, such as the rule of law, or constitutionalism, or due process, or human dignity are touted as being foundational to a new world order. However well-meaning the effort, and indeed however important such values have proved to be in various contexts, subversive comparison must ask to what extent these ‘new universals’ are projections or offshoots of cultural representations of law, and how far they are instrumentalized, say by international financial institutions, to ensure political sway to a given economic world-view. A case in point is the rule of law itself, as promoted by the Washington consensus».

La doctrina tiene la tarea de señalar los riesgos al legislador y al juez; ellos, de traducir en normas y decisiones judiciales las sugerencias de la doctrina (¡y no lo contrario, entonces!).

