

DESDE LOS CÓDIGOS, CONSTITUCIÓN DE LA BURGUESÍA, HACIA LA “HIPERCONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL DERECHO CIVIL GLOBALIZADO*

Lucio Pegoraro

Catedrático de Derecho Público. Universidad de Salamanca
luciopegoraro@hotmail.com

Sumario:

I. DEFINICIÓN DE LA PALABRA-CLAVE: CONSTITUCIONALIZACIÓN. II. EL DERECHO CIVIL, CONSTITUCIÓN EN SENTIDO SUBSTANCIAL, Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL. III. EL *CIVIL LAW* DE LA CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA AL *WELFARE STATE*. IV. LAS CONSTITUCIONES DEL CONSTITUCIONALISMO Y SU CIRCULACIÓN. V. CAMBIAN LAS RELACIONES PROPIETARIAS: EL DERECHO SOCIALISTA. VI. DICTADURAS Y TOTALITARISMOS: LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES AGRARIOS Y BURGUESES. VII. CONSIDERACIONES INTERLOCUTORIAS. VIII. LOS CÓDIGOS Y LA COLONIZACIÓN. IX. GLOBALIZACIÓN. X. EL *SOFT LAW*: ¿UN NO-DERECHO QUE DE-CODIFICA EL DERECHO CIVIL?. XI. LA DECONSTRUCCIÓN DE LAS FUENTES Y LA INVENCIÓN DE LAS HÍPER-FUENTES. XII. PERSPECTIVAS CONTRAHEGEMÓNICAS DEL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO.

5

* Profesor de la Cátedra de Derecho público comparado de la Universidad de Salamanca, Profesor de la Alma Mater, previamente investigador en la Universidad de Padua y Catedrático de Derecho Público Comparado en las Universidades de Trieste y Bolonia (Italia); Profesor afiliado en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México) y docente en varias Universidades de España y América Latina.

Artículo escrito en el marco del PRIN 2017 “From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space” (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34I19004200001).

RESUMEN

El artículo afirma que el Derecho civil –es decir las relaciones entre particulares– es la *verdadera* constitución en sentido substancial, y que donde se constitucionalizan reglas económicas y sobre los derechos propietarios en conflicto con las reglas efectivas practicadas por los particulares la constitución puede considerarse válida pero no eficaz. Se detiene entonces sobre el papel de los códigos en la fase del liberalismo, en la fase liberal-demócrata y en la fase actual de globalización. En particular, la “ductilización” de las fuentes, especialmente por el Derecho transnacional y por el *soft law*, y la construcción de una “híper-constitución” forjada por el binomio doctrina-jurisprudencia, inmutable, eterna, y con pretensiones universales, están en conflicto con el derecho civil vigente en larga parte del mundo y acompañan el diseño “imperial” de la globalización.

Palabras clave:

Derecho civil, constitución, códigos, globalización, híper-constitución.

ABSTRACT

The article addresses the thesis that civil law – i.e. the relationships amongst individuals – substantially is the “true” constitution. To this end, the essay points out that in such cases where constitutional provisions aim at framing economic rules and property rights in conflict with the effective rules as performed by individuals, the constitution itself may be considered valid, but not effective. Furthermore, the analysis focuses on the role of legal codes during three phases: i) liberalism; ii) liberal-democratic; iii) (current) globalization. In particular, the “ductilisation” of sources, especially by transnational and soft law, and the construction of a “hyper-constitution” (established by the binomial scholarship-jurisprudence, and considered immutable, eternal, and with universalistic pretensions) are in conflict with the civil law currently in force almost globally, complementing the “imperial” design of globalization.

Key Words:

COVID-19, Parliament, Open Parliament, Transparency, Participation.

I. DEFINICIÓN DE LA PALABRA-CLAVE: CONSTITUCIONALIZACIÓN.

El término “constitucionalización” deriva de “constitución” y “constitucionalismo”, a los que otorga un sentido dinámico (es decir, elevar una regla a un nivel más alto, superior al legislativo, otorgarle un rango vinculante más fuerte que el de las reglas “normales”).

“Constitución” en su significado común significa “la forma en la cual una cosa es constituida”, pero este sentido amplio corresponde solo a uno de los significados de “constitución” en el lenguaje jurídico¹. Aparte del significado de “*constitutio*” en el Derecho romano, normalmente se entiende, como significado originario de esta expresión en el lenguaje jurídico moderno, una organización política de tipo liberal y garantista, como la consagrada por el famoso art. 16 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789 («Cada sociedad en la cual no estea establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución»). No solo forma, pues, sino también sustancia: un mero documento, que sin embargo solemniza la garantía de los derechos y la división de poderes².

La forma caracteriza además otro sentido de “constitución”, cuando se hace referencia a un documento solemne, con un *nomen* a veces diferente³, a menudo pero no siempre aprobado con procedimientos especiales, muchas veces con contenidos amplios y genéricos, que siempre conciernen a los poderes, a las relaciones entre órganos del Estado y casi siempre (hoy) también a las relaciones entre autoridad y libertad (es decir, los derechos), con indicación de las finalidades del Estado, exposición de axiologías y decisiones de valores⁴.

Existe además un sentido “sustancial” (y no ideológico) de “constitución”, que equivale al conjunto de normas consideradas fundamentales en cada ordenamiento⁵. Cualesquiera que sean las doctrinas inspiradoras y los fines perseguidos, cada sistema tiene su propia constitución. Se entiende entonces por “constitución en sentido sustancial” el conjunto de los actos y hechos normativos a los que la doctrina de un ordenamiento reconoce relevancia constitucional incluyendo, además de la constitución formal, también fuentes que no tienen dicho rango, pero que contribuyen a definir la “materia constitucional”, es decir, la estructura fundamental de una comunidad estatal⁶.

1 Cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994.

2 Varias definiciones de constitución en R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992; H. MOHNHAUPT, D. GRIMM, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2002, trad. it. *Costituzione. Storia di un concetto dall’Antichità a oggi*, Carocci, Roma, 2008 [y varias voces de L. PEGORARO (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, trad. esp. *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA), Porrúa, México, 2012]; G.G. FLORIDIA, “Qu’est ce-que ... la constitution?”, en ID., *Scritti minori*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 3 ss. Para un marco general (historia del concepto, doctrinas subyacentes, teorías generales, clasificaciones, etc.) v. C. MORTATI, voz “Costituzione (Dottrine generali)”, en *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 132 ss.; F. MODUGNO, “Il concetto di costituzione”, en AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, 4 vols, Giuffrè, Milano, 1977, I, p. 197 ss.; P. BARILE, M. FIORAVANTI, voz “Costituzioni”, en *Enc. sc. soc.*, II, Ist. enc. it., Roma, 1992, p. 548 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzione*, il Mulino, Bologna, 1999, trad. esp. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001; J. GIL, voz “Costituzione”, en *Enc. Einaudi*, IV, Einaudi, Torino, 1978, p. 3 ss. En clave politológica G. SARTORI, “Costituzione”, en ID., *Elementi di teoria politica*, 3ª ed., il Mulino, Bologna, 1995, p. 13 ss.

3 “Estatuto”, “Carta”, “*Grundgesetz*” o “Ley Fundamental” o, en otras formas de Estado, “Principios Fundamentales” o “Programa común”, como en China.

4 R. BLANCO VALDÉS, voz “Constitución”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 37 s.

5 V. por ej. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6ª ed., Utet, Torino, 1985, p. 169 ss. (y también C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Cedam, Padova, 2 vols, I, 1975, p. 31). En este sentido, por ejemplo, W. Bagheot escribe *The English Constitution*, Sir W.I. Jennings *The British Constitution*, y otros autores, varios manuales de *Constitutional Law* británico (es decir, de un sistema sin constitución escrita): v. W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Chapman & Hall, London, 1867, trad. it. *La Costituzione inglese*, il Mulino, Bologna, 1995; y W.I. JENNINGS, *The British Constitution*, Cambridge U.P., London, 1941, 5ª ed., reimpr. Un. Printing House, Cambridge, 1971.

6 El concepto debe mantenerse separado tanto del de “constitución viviente”, que es la constitución así interpretada y aplicada por los distintos actores políticos, como del de “constitución material” (C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940. En sus *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., I, p. 34, C. MORTATI explica que «no es correcto suponer que

“Constitucionalización” en sentido estricto significa entonces elevar una norma (o un conjunto de normas) o un principio en su connotación débil (bases inspiradoras de normas) a un rango superior: en perspectiva más amplia, elevarlos no solo a una constitución rígida en sentido formal, sino a algo superior porque así establecido por la jurisprudencia o a veces por la propia doctrina. En el Reino Unido, los principios del *common law* –en prevalencia de Derecho civil y procesal– se consideran vinculantes, aunque en teoría el Parlamento pueda derogarlos, así como en el Derecho público los órganos constitucionales respetan las *conventions of the constitution*.

En occidente, “constitucionalización del Derecho civil” significa elevar al rango constitucional algunos de los principios básicos del Derecho civil, o cuando menos “verbalizar” los intereses subyacentes de las clases sociales que los expresan (por ej: “la propiedad es sagrada e inviolable”, o al revés “la propiedad tiene una función social”, u otros en materia de Derecho de familia, de sucesión, de herencia, etc.).

Sin embargo, no siempre las constituciones en su conjunto reflejan la *Grundnorm*. Muchas veces son impuestas desde fuera o condicionadas, y no siempre son contramayoritarias, porque no incorporan los valores de la sociedad en su conjunto⁷. Incluso la constitución de Estados Unidos de América solo es contramayoritaria en el álveo de los valores burgueses. Por eso rechaza la teoría del núcleo duro, al igual que Francia. No lo fueron tampoco, contramayoritarias, las constituciones ochocentistas (flexibles). Lo fueron las rígidas social-demócratas del Estado social de Derecho, que incorporan los valores sea de la clase burguesa, sea de las clases obrera y campesina.

“Constitucionalización” es un fenómeno dinámico y no estático: lo es, estático, cuando la constitución en sentido substancial coincide con las bases tradicionales de la sociedad (Derecho tradicional), con la relación con Dios o el orden físico y espiritual (Derecho religioso), con el principio básico “pacta sunt servanda” (Derecho convencional), con la legitimidad de la razón (Derecho jurisprudencial, con base docta o judicial)⁸. En tradiciones jurídicas distintas de la occidental de *civil law*, o de *common law* con constitución formal, superior a la ley, no se puede hablar de “constitucionalización”, porque justamente la relación entre particulares (lo que en occidente representa el objeto del Derecho civil), y entre ellos y el orden moral o incluso físico, es la constitución (en sentido substancial).

una constitución formal, una vez que haya entrado en vigor, resuma totalmente ese conjunto de elementos y factores que se incluyen en el concepto de constitución material, de modo que se les pueda considerar irrelevantes para el estudio del Derecho, y ponerlos en el espacio de lo pre-jurídico», haciendo referencia al concepto de “Derecho viviente” que en sí (es decir, en la eficacia) encuentra legitimación): se habla de “constitución material”, tanto en el sentido de conjunto de valores fundamentales y no modificables de un sistema, como en el sentido más reducido de núcleo originario derivado de la voluntad política, que no está sometido al Derecho, sino lo crea. La formulación más extrema (y conocida) de la constitución como producto de la fuerza y de los cañones, y en consecuencia “trozo de papel”, es de F. LASSALLE, “Über Verfassungswesen” (1862), en Id., *Gesammelte Reden und Schriften* (al cuidado de E. BERNSTEIN), 2 vols, Cassirer, Berlin, 1919, p. 38. En este último significado, los comparatistas pueden usar la expresión para estudiar ordenamientos que someten el Derecho a la fuerza, y no la fuerza al Derecho. También H. KELSEN habla de constitución material (en *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien, 1960, cap. V, § 35, let. a, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 252), pero en el sentido de “regla sobre la producción de reglas”.

7 Sobre las constituciones impuestas, L. PEGORARO, “Constituciones (y reformas constitucionales) ‘impuestas’ o ‘condicionadas’ (para una re-clasificación interdisciplinaria de la categoría)”, en R. ESCUREDO RODRÍGUEZ, J. CANO BUESO (eds), *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del Estado de bienestar (Actas del Congreso, Aguadulce, Almería, 2, 3 y 4 de Julio de 2012)*, Un. de Almería, Almería, 2013, p. 75 ss., y en *Pensamiento const.*, n. 18, 2013, p. 331 ss.

8 Las referencias son a las categorías de la legitimación del poder elaboradas por A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1998, p. 257 ss., que se hacen eco de las propuestas de J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Story-Scientia, Diegem, 1995, p. 334 ss. Éste –como lo recuerda A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 94– «moviéndose (...) de una noción de sistema jurídico liberado del requisito de la estatalidad, propone reagrupar el derecho a partir de la “fuente dominante”, es decir del prevalente “modo de formulación del derecho”, y de concentrarse sólo en un segundo tiempo en eventos como “la ideología o la técnica”. De esta manera podemos distinguir: un “sistema consuetudinario” generado por el comportamiento de los miembros de la sociedad, un “sistema doctrinal” centrado en las reglas producidas por los académicos, un “sistema jurisprudencial” basado en los preceptos de los jueces, un “sistema legislativo” basado en órdenes formuladas por un vértice y un “sistema revelador” atribuible a una deidad».

II. EL DERECHO CIVIL, CONSTITUCIÓN EN SENTIDO SUBSTANCIAL, Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

No quiero detenerme aquí en el desarrollo del *common law*, ni en la substancial indiferencia de Inglaterra y luego Reino Unido respecto de la clásica distinción típica del Derecho continental entre Derecho público y privado, aunque más tarde, hablando de “hiper-constitución”, veremos cómo la diferencia difumina en ambas familias jurídicas e incluye también a otras.

Prefiero subrayar, en particular, que el fenómeno de la codificación del Derecho civil se acompaña y entrelaza con aquel de la codificación de las constituciones.

Empezando por las teorías de la Ilustración, es evidente que constitucionalismo y codificación siguen el mismo camino.

Las fuentes son aquellas nuevas, los códigos; el Parlamento es el sujeto que genera las fuentes; la nueva clase social representada en el Parlamento toma, en aquella sede, los propios derechos de autonomía (de darse reglas), de libertad (de ser protegida de los abusos de los soberanos), de dominio (de disfrutar la propiedad). Hay conexiones recíprocas, no solo entre estas categorías de derechos, sino también entre derechos, lugar de producción (el Parlamento), forma de producir (la ley, el código), ideología (liberalismo).

La tipología de los derechos configurada en el siglo XIX estaba en armonía: intereses de libertad (a la licitud de ser, vivir, desarrollarse, transformarse y morir a su propia manera); de autonomía (de darse norma a sí mismo), de dominio (al disfrute protegido de bienes, a disponer sobre el acceso de otros bienes, a disponer de su transferencia) se contemplaban y eran funcionales para la sociedad burguesa⁹. El hombre propietario, titular de intereses de dominio, reivindicaba autonomía de decisión sobre sus propios bienes y sobre su propia libertad. El Parlamento fue el lugar de síntesis de tal armonía; el sistema de fuentes fue afectado, haciendo superflua la rigidez constitucional y la reserva agravada; ninguna exigencia emergía, en cuanto al control de la constitución. Es significativa la respuesta que Sièyes da al interrogatorio de su famoso panfleto *Qu'est-ce que le Tiers État?*, ya desde la primera línea: «Tout»¹⁰.

Los derechos de dominio, que caracterizan las relaciones entre particulares y entonces el Derecho civil, son los que marcan las distintas formas de Estado. Cuando, bajo la presión de las clases sociales emarginadas, se introducen los derechos de crédito, todo cambia.

Con la irrupción de los intereses de crédito (para recibir bienes, servicios, prestaciones), salta el esquema perfecto. La disonancia entre las primeras tres tipologías, provocada por la entrada de la cuarta, provoca la crisis de las fuentes, conduce al endurecimiento de las constituciones, y genera la exigencia de dar efectividad a los derechos: no solo aquéllos de crédito, sino también a las otras tipologías, cuyo ejercicio no era más prerrogativa solo del hombre burgués, representado en el Parlamento en base a “*la richesse et les lumières*”¹¹.

9

9 Sobre la clasificación propuesta por Burlamaqui v. U. SCARPELLI, “Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica”, en S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (eds), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, p. 43 s. Una formulación de la preponderancia de los intereses de dominio se encuentra en el Estatuto Albertino de 1848: «Art. 29. – Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l’interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi».

10 E.S. SIÈYES, “Qu’est-ce que le Tiers État?” (1789), trad. it. *Che cosa è il terzo stato?*, Editori Riuniti, Roma, 1972, y en *Opere e testimonianze politiche*, I, *Scritti editi* (al cuidado de G. TROISI SPAGNOLI), Giuffrè, Milano, 1993.

11 B. CONSTANT, “De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes” (1849), en ID., *Écrits politiques*, Gallimard, Paris, 1997, p. 593 ss.

III. EL CIVIL LAW DE LA CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA AL WELFARE STATE.

Desde finales de 700, y sobre todo después del *Code civil* francés, las verdaderas “constituciones” en sentido substancial son los códigos, aunque estén acompañados por constituciones en sentido formal.

Lo que distingue las consolidaciones y las codificaciones antiguas¹² y aquellas sucesivas, hasta el siglo XVIII, de los códigos elaborados después de la Revolución francesa, no es tanto la fuente, pública en ambos casos, ni el valor (oficial) o el carácter innovador, ni el estilo o la implantación, como el hecho de que estos últimos, rechazando la supervivencia del *jus commune* y de los Derechos particulares, sobre la base de las ideas del iusnaturalismo racionalista, del iluminismo o del iuspositivismo, pretenden renovar las bases del sistema de fuentes y no sólo racionalizar las fuentes existentes en una compilación preordenada para un mejor conocimiento¹³; fueron condicionados, sin embargo, también ellos por la herencia del Derecho romano, al punto que todas las codificaciones de los siglos XVIII y XIX pueden ser consideradas el producto natural de la tradición de Derecho civil¹⁴.

La ley por antonomasia es por tanto el código: «un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (...) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para (...) todo el Estado (...), destinado a todos los súbditos o sujetos a la autoridad política estatal, por esta autoridad adoptado y publicado, abrogatorio de todo el Derecho precedente sobre la materia disciplinada y por ello no integrable con materiales jurídicos ya vigentes, y destinado a durar largo tiempo»¹⁵.

El diferente desarrollo de la situación política, la sensibilidad de los Monarcas, la formación de los juristas, la unidad o el quebrantamiento de los Estados, la madurez de nuevas doctrinas políticas condicionaron, sin embargo, la huella de varias codificaciones¹⁶. En el *Code civil*, que entró en vigor en 1804, viene ordenado un satisfactorio punto de equilibrio entre abstracción y sistema casuístico, mientras fue definitivamente establecido el nuevo modelo de técnica legislativa. Sea en él, sea en el gran *Code de commerce* de 1807, cuya redacción fue parcialmente influenciada por el mismo Napoleón¹⁷, el nexo con el Derecho romano es estrecho, bien por el contenido, bien por la sistematización de la materia.

Pese a la identidad de algunos presupuestos, la codificación alemana presentó características profundamente diversas en su vigorosa reacción al sistema francés. La Escuela Histórica de Savigny, Puchta,

10

12 El código de Hammurabi, el Decálogo de la Biblia, las Doce Tablas, el código de Justiniano, etc.

13 Una exposición de las más importantes consolidaciones y codificaciones del Derecho romano al contemporáneo en el mundo occidental se encuentra en M.E. VIOLA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Giappichelli, Torino, 1967. Véase, sobre los antecedentes, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982; en general, V. PIANO MORTARI, voz “Codice (storia)”, en *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 228 ss.; así como G. TARELLO, voz “Codice (Teoria generale)”, en *Enc. giur.*, VI, Ist. enc. it., Roma, 1988, p. 1 ss.; y R. SACCO, voz “Codice (diritto comparato e straniero)”, *ibid.*, p. 1 ss. En relación con las recopilaciones de textos jurídicos de la antigüedad se puede consultar la *Rev. int. dr. antiquité*; y J. GAUDEMET, “L’autorité de la loi et de la coutume dans l’antiquité”, en AA.Vv., *Rapports Généraux au V^e Congrès international de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1960, p. 9 ss.

14 A. WATSON, *The Making of the Civil Law*, Harvard U.P., Cambridge, 1981, p. 14 ss.

15 G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Absolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1976; ID., voz “Codice”, cit., p. 1; ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988, p. 41.

16 Sobre la gran codificación, véase G. CORRADINI, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell’Ottocento*, Giuffrè, Milano, 1971; R. BONINI, *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, I, Patron, Bologna, 1973; A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Lgdj, Paris, 1969; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, II, ed. rev., Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1967, trad. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, Giuffrè, Milano, 1980; F. VIOLA, M. URSO, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Giappichelli, Torino, 1989; G.A. CANNATA, A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, 4^a ed., II, *Dal medioevo all’età contemporanea*, Giappichelli, Torino, 1989. Una gran cantidad de información útil aparece en los tres volúmenes de AA.Vv. dedicados a *L’educazione giuridica*, Esi, Napoli, 1988, y en los tres volúmenes sobre *Reason in Law: Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984*, Giuffrè, Milano, 1987-88. Véase también AA.Vv., *Legislazione. Profili giuridici e politici. Atti del XVII Congresso naz. della Soc. it. di filosofia giur. e pol.*, Giuffrè, Milano, 1992.

17 A. PADOA SCHIOPPA, “Napoleone e il Code de commerce”, en AA.Vv., *Studi in onore di Cesare Grassetti*, 3 vols, Giuffrè, Milano, 1980, II, p. 1325 ss., y en ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Led, Como, 1984.

Hugo, que contemplaban el Derecho romano, como también los germanistas J. Grimm, Eichhorn, Beseler, rechazaron la idea misma de un único código que unificase el Derecho de tantos Estados en que se dividían los pueblos germánicos, tal y como venía patrocinado por Thibaut; al contrario, el Derecho podía crecer “orgánicamente” solo a través de la costumbre, la praxis y la ciencia. El positivismo científico de la Escuela Histórica y de la Pandectística estaba, sin embargo, destinado a pagar también él su tributo al positivismo legislativo, pese a la ausencia de una revolución y no obstante la derrota sufrida en 1848 por el movimiento liberal, fautor de la codificación. El *Reich* bismarckiano nacido en 1870 produce los primeros proyectos de códigos civiles, que serían desarrollados en el *BGB*¹⁸ que entró en vigor el 1 de enero de 1900. Si, por así decir, el “contenedor” era el mismo –esto es, un código, tanto en Francia como en Prusia, en Austria como ahora en el *Reich* germánico–, el contenido del *BGB* fue sin embargo un producto de la Pandectística alemana, en el que era evidente el repudio del Derecho abstracto y racional, a favor del Derecho histórico y nacional, con una amplia parte general, con generosas concesiones a las cláusulas generales y, junto a ello, a la apreciación del juez, que los franceses como decía Montesquieu consideraban en cambio mera “*bouche de la loi*” (boca de la ley).

Frenado por la Restauración, el impulso hacia la unificación del Derecho y la codificación recobra nueva fuerza en Suiza después de los motines de 1848. Varios Cantones se dictaron códigos propios, que tomaban como modelo, en alguna ocasión, a los precedentes franceses o al austríaco, mientras la tendencia a la unificación se concretó en un “Derecho de las obligaciones” en 1884¹⁹, aunque encontró el resultado más elevado en el código civil, influenciado tanto por el positivismo como por la Pandectística y que, proyectado nueve años más tarde, entró en vigor el 30 de marzo de 1911.

Las codificaciones francesas, alemanas y suiza representaron los modelos de una recepción de alcance ecuménico. Los territorios restaurados después de la caída de Napoleón asistieron casi todos a repentinas abrogaciones de los códigos franceses allí introducidos y al momentáneo resurgimiento del *jus commune*, pero su evidente inadecuación, la difusión de la cultura iluminista, las exigencias de unificación del Derecho, las presiones de los movimientos liberales, indujeron a los distintos príncipes a proceder a nuevas codificaciones (cuando no se conservó simplemente el *Code civil*). Sin dejar de influir en los países objeto de la conquista napoleónica, como Suiza, Italia, los Países Bajos y Bélgica, los códigos franceses fueron exportados a otras regiones de Europa y del mundo²⁰.

Inmunes a los influjos del *common law*, en el curso del siglo XIX todos los Estados latinoamericanos, que apenas acababan de alcanzar la independencia, consideraron indispensable dotarse de códigos y superar el Derecho basado en las Leyes de Indias, las llamadas Siete Partidas (América española) o las *Ordenações Filipinas* (Brasil). Allí, la codificación habló francés por la imposibilidad de utilizar otros modelos, en particular los de los países de lengua materna –España y Portugal– los cuales no solo representaban la antigua potencia colonial, sino que carecían de códigos civiles respectivamente hasta 1889 y 1867, cuando se proveyeron de los mismos imitando el prototipo napoleónico. En el mismo tiempo, otras experiencias codificadas dan testimonio del exitoso intento de implantar en el *corpus* del “ultraocéano” institutos propios del Derecho indígena²¹.

Después de mediados del siglo, los códigos franceses fueron contemplados también, en el Norte del continente, por Luisiana, Quebec y hasta por California y Dakota; así como, después de la descolonización, por las ex-colonias francesas y por Somalia y Etiopía. En los territorios musulmanes, la implantación de los códigos franceses ocasionó problemas –no como en América Latina–, por por la enorme distancia que separaba, y continúa separando, las concepciones filosóficas, culturales, religiosas y las condiciones políticas, económicas y sociales de Occidente respecto de las del mundo islámico y del Derecho por él expresado: era fatal que un Derecho rígido manifestase profundas crisis de rechazo por las instancias de renovación que sin embargo fueron perseguidas en otras ocasiones. En el Imperio otomano, donde la Ley de las

18 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

19 *O.R., Obligationrecht*.

20 V. en general P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2016.

21 Véase S. LANNI, *Il diritto nell'America Latina*, Esi, Napoli, 2017, p. 55 ss.

Capitulaciones, que aseguraba la aplicación del Derecho occidental a los europeos, había favorecido una parcial familiarización de varios sistemas jurídicos, la influencia francesa se traduce en un código comercial en 1850 y en un código penal en 1858. Así también, en el curso del siglo XIX se proveyeron de códigos Túnez, Argelia y Egipto.

Es necesario prestar atención también a la circulación de los códigos alemanes y, en particular, del *BGB*. Ellos no fueron nunca objeto de pasivas recepciones pero su influencia fue notable en Japón y en China (código de 1929); en Brasil y en Perú; en Hungría, Yugoslavia, Checoslovaquia y en Grecia. A su vez, el código civil suizo no solo representó una piedra miliar de la modernización turca emprendida por Mustafá Kemal (1927)²², sino que también llegó a influenciar a numerosos países de Europa Oriental²³, de Sudamérica²⁴ y de Asia²⁵.

No obstante las numerosas crisis de rechazo que la codificación sufrió, bien en Europa (especialmente en los países germánicos), bien más tarde en países declarados independientes²⁶, el modelo codificado hunde por todas partes firmes raíces, acompañando a otro gran movimiento coetáneo: el de la formalización de las constituciones.

El acuerdo perfecto entre código y sociedad de su tiempo empezó a romperse apenas el programa liberal expresado por él se demostró insuficiente para afrontar la nueva misión que el Estado se proponía en el campo social²⁷. La crítica a los códigos proviene, bien de los componentes políticos que reputaban inadecuadas las “gotas de aceite social” a veces incluidas en el texto, bien de la Iglesia, de la doctrina o de la jurisprudencia, llamada a interpretar los códigos y que alcanza a reivindicar con la *Freirechtsschule* –Escuela del Derecho libre– un papel creativo. Fue, sin embargo, el mismo legislador el que propinó el decisivo golpe al modelo codificador, en el que el Estado liberal se reconocía²⁸. Al final del siglo XIX y, sobre todo, después de la I guerra mundial, la legislación laboral, aseguradora, previsor sobre los alojamientos, etc., viene a afincarse y a sobreponerse a los códigos, formando un cuerpo de leyes especiales, con las que los Parlamentos querían satisfacer las necesidades de nuevas clases y de particulares grupos²⁹.

La ley especial no se caracteriza solo por su contenido: la técnica legislativa se corrompe y la formulación de los enunciados no presenta la claridad de los códigos; a la ley le faltan las características de generalidad y de abstracción; la naturaleza concreta que ella asume comporta inmediatas recaídas sobre la administración y la jurisdicción³⁰; se hace más denso el filtro de los operadores y de los aparatos de la ejecución; los magistrados son llamados a colmar las lagunas y a establecer válidas interpretaciones de disposiciones que no alcanzan a estar en el sistema.

22 M.G. LOSANO, *L'ammodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, 2ª ed., Unicopli, Milano, 1985.

23 URSS (código civil de 1923), Checoslovaquia, Hungría y Polonia.

24 En especial el código civil de Perú.

25 Siam y China.

26 En particular donde la raíz del Derecho consuetudinario, jurisprudencial y religioso obstaculizó su aplicación.

27 F. KLEIN, “Die Lebenskraft des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches”, en AA.VV., *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911*, Manz, Wien, 1911, p. 3 ss. Sobre la crisis de la ley, v. F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), reimpr. Giuffrè, Milano, 1968; F. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, Kohlhammer, Stuttgart, 1964, trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973; A.J. PORRAS NADALES, *Introducción a una teoría del Estado post-social*, Ppu, Barcelona, 1988. Para una perspectiva de Ciencia de la Administración, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000.

28 F. WIEAKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Athenäum Fischer, Frankfurt a.M., 1974, trad. it. *Diritto privato e società industriale*, Esi, Napoli, 1983.

29 N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1999.

30 L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 180 ss.

IV. LAS CONSTITUCIONES DEL CONSTITUCIONALISMO Y SU CIRCULACIÓN.

La colonización ha implantado sobre cuerpos normativos autóctonos, con legitimación tradicional o divina, formas de producción del Derecho derivadas de los arquetipos occidentales, los códigos (o, en el *common law*, un Derecho con base jurisprudencial). A ello se ha acompañado o le ha seguido la fase de la exportación de las constituciones.

Ya en el periodo revolucionario el reconocimiento mismo de la existencia de derechos naturales no podía más que producirse en su afirmación positiva y en la enunciación de reglas que garantizaran su ejercicio: la fuente por excelencia, la ley, venía llamada a rediseñar el Derecho civil y, a la vez, aunque con un nombre diferente –el de constitución– venía a delimitar el poder del Monarca, a reestructurar el Estado y a establecer los límites de la administración pública. El Derecho constitucional, en suma, nace como Derecho formalmente legislativo.

Posteriormente, la constitución presenta forma y contenidos distintos. Forma, porque se vuelve en rígida; contenido, porque incorpora los derechos y libertades, es decir la forma de Estado.

La rigidez del texto a través de cláusulas especiales representó la necesidad de recomponer los intereses en conflicto, no sujetos a la regla habitual de la mayoría simple del Parlamento. La flexibilidad, por el contrario, manifestaba la indiferencia de un poder, monolíticamente representado en el Parlamento, en utilizar procedimientos diferentes a los de la ley ordinaria para deliberar en las instancias políticas. Esto explica cuales son las razones por las que las constituciones rígidas se imponen: para tutelar, en los ordenamientos federales, a los Estados miembros contra las posibles interferencias del centro, como ocurrió ya en 1787 con la Constitución de los Estados Unidos³¹; y debido a la llegada al poder de nuevas clases sociales, que con la eliminación del monopolio de la representación a la burguesía pretenden ponerse a salvo contra cualquier golpe de mayorías simples en un Parlamento que ya no es formado solo por una clase social³². La constitución pactada tiene que ser rígida, porque establece las reglas del juego, y estas no pueden ser cambiadas por mayorías electorales³³.

Casi todos los Estados se han dotado de una constitución en sentido formal. Así bien, casi todos los Estados tienen constituciones rígidas. Sin embargo, la idea de constitución en sentido francés o norteamericano puede funcionar solo donde la base cultural que produjo las declaraciones de derechos es la misma. De no ser así, se crea una fractura. La gran división está encentrada entre la aceptación o el rechazo de las doctrinas del constitucionalismo, que desmiente la ecuación hecha por el art. 16 de la Declaración de 1789³⁴: la mayoría de los Estados del mundo se rigen por constituciones sin constitucionalismo³⁵. En el

13

31 Es por este motivo, pues, que el proceso implica la participación de los Estados.

32 L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli-Astrea, Torino-Buenos Aires, 2017, trad. esp. *Derecho constitucional comparado*, II, *Sistemas constitucionales*, 2 vols, Giappichelli-Astrea, Torino-Buenos Aires, 2018, tomo A, cap. II, pp. 100 ss., 107 ss.

33 Es cierto, sin embargo, que, incluso en ausencia de las condiciones mencionadas antes (necesidad de un pacto entre el centro y la periferia, o entre las clases sociales), en algunos casos, el deseo de consagrar la inmutabilidad de los principios ha llevado a los constituyentes a endurecer textos que se asumía fuesen dictados por la razón y por lo tanto lejos de cualquier posibilidad de cambio extemporáneo (constituciones revolucionarias francesas de 1791, 1793, 1795). Del mismo modo, hay que recordar que incluso una constitución reputada por muchos como flexible, es decir el Estatuto Albertino, se definía como irrevocable, así como se desprende de la fórmula de promulgación: «Por lo tanto, por Nuestra ciencia cierta, autoridad Regia, contando con el asesoramiento de Nuestro Consejo, hemos ordenado y ordenamos con fuerza de Estatuto y de Ley Fundamental, perpetua e irrevocable de la Monarquía, lo siguiente (...)».

34 Sobre las razones que empujan también los regímenes autocráticos a dotarse de una constitución v. A. RINELLA, «Le costituzioni dei regimi autoritari», en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols., Tirant lo Blanch-México, México, 2017, I, p. 1265 ss., y L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemas constitucionales*, cit., tomo A, cap. II, p. 167 ss.

35 También hay casos de ordenamientos que hacen referencia al constitucionalismo, sin una constitución en sentido formal (la Unión Europea, el ordenamiento internacional). El Tratado de la Unión Europea, en su art. 6, se refiere a las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» que «forman parte de la legislación de la Unión como principios generales»: cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino, Bologna, 2002. En relación con Europa, en la

mundo occidental se acepta la forma y el contenido; en otras regiones culturales a veces se acepta, debido a imposición, también el contenido, sin embargo no se implementa; muchas veces se acepta la forma pero se rechaza el contenido. Sin olvidar el efecto de retorno que, por lo menos, la aceptación formal de la idea de constitución determina en el ordenamiento, no solo en cuanto a los derechos y la forma de gobierno, sino también respeto a la misma cultura jurídica, cabe destacar, por lo tanto, la brecha entre el formante normativo (forma constitucional) y el marco jurídico-cultural que lo soporta³⁶.

En su expansión, el constitucionalismo consigue adaptar su índole monoclasa y “monoterritorial” a la llegada de nuevas clases sociales a la arena política, fundando la liberal-democracia, sin embargo no consigue aceptar el pluralismo cultural y proporcionar soluciones distintas a las que se basan en la división de poderes y el respeto a los derechos humanos. No sabe cómo conciliar respeto del hombre y respeto de las culturas, e impone la prevalencia del primero.

El constitucionalismo ha sido *formalmente* adoptado en todas partes o casi, pero limitadamente a la idea de que en la cúspide de la jerarquía de las fuentes se sitúa un texto llamado “constitución”, casi siempre rígida. En estos países, la *verdadera* constitución (en sentido substancial) sigue siendo el Derecho civil, es decir el conjunto de reglas que regulan las relaciones entre particulares.

V. CAMBIAN LAS RELACIONES PROPIETARIAS: EL DERECHO SOCIALISTA.

En los países socialistas, la reacción a las reivindicaciones de las clases obrera y campesina se traduce conservando las estructuras formales de la tradición jurídica (Derecho codificado, una constitución formal, hasta una *Stufenbau*, aunque bastante dúctil y derogable), sin embargo, cambian las relaciones propietarias y con ellas el Derecho y la constitución substancial.

La referencia de mayor evidencia en este tipo de fuentes procede del sistema del *soviet law* tal y como se configuró entre 1917 y finales de los años 80 del siglo pasado³⁷. Con el advenimiento de la doctrina marxista-leninista la fuente del Derecho por excelencia se identificaba con la organización económica comunista del Estado. Realmente, en la base de la ideología comunista estaba –y todavía está en los ordenamientos que aún se inspiran en aquella ideología– la necesidad de abolir el Derecho y el Estado en cuanto meras superestructuras de la organización económica. Sin embargo, a este estadio de evolución no se llegó jamás y del mismo modo que no fueron abrogadas las codificaciones, constitucionales y legislativas, se continuó igualmente produciendo Derecho. En tal sistema la ley adquiere el papel de instrumento para la realización del proletariado, organizado en el partido único³⁸.

búsqueda de analogías y diferencias, orígenes, modelos, influencias mutuas y peculiaridades de las soluciones adoptadas, v. E. PALICI DI SUNI (ed.), *Diritto costituzionale dei paesi dell'Unione europea*, 4ª ed., Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2020. Del mismo modo, a los valores del constitucionalismo clásico (como los derechos humanos) hace referencia el Estatuto de las Naciones Unidas: la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948. Las referencias en el preámbulo a los “derechos humanos fundamentales” (en cuyo álveo se incluyen, no solo los derechos consagrados en la Declaración de 1789, sino también los derechos sociales y de participación), sin embargo, no encuentran sitio en la cultura jurídica de muchos Estados signatarios, lo que explica la falta de aplicación y las violaciones generalizadas y frecuentes de la Declaración en muchas partes del mundo.

36 A nivel doctrinario, los criterios comúnmente aceptados para clasificar las constituciones se basan sobre modelos hegemónicos, y sobre estos los profesores construyen tanto las clasificaciones históricas, como las sincrónicas, basadas en distintos elementos: legitimidad, flexibilidad o rigidez, incorporación o no de los derechos, etc. En particular, las clasificaciones tradicionales de las constituciones tienden a dar por sentada la fuerza expansiva del constitucionalismo (R.L. BLANCO VALDÉS, voz “Constitucionalismo”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 40), tienden a resumir en una clase principal las constituciones que lo aceptan, poniendo al margen cuántas lo rechazan, tienden también a matizar las diferencias dentro de la primera clase, así como basarse sobre una concepción estatal del Derecho.

37 Vid. A. REPOSO, “I modi contemporanei di produzione giuridica”, cap. I de L. PEGORARO, A. REPOSO, *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Monduzzi, Bologna, 1993, p. 29 ss., y espec. el cap. sobre “Il diritto russo e sovietico” de M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari, 2000, p. 125 ss.

38 V. R. GUASTINI, *Marxismo e teorie del diritto*, il Mulino, Bologna, 1980; ID., *El léxico jurídico del Marx liberal*, Un. Autónoma de

En el Estado socialista «Las fuentes del Derecho se encuentran jerárquicamente ordenadas y esa ordenación se da en función de la posición que tengan los órganos que producen las normas. En la cumbre del ordenamiento soviético estaban las leyes del *Soviet* Supremo, modificables por el *Presidium* [...] mediante edictos destinados a la imprescindible ratificación por parte del *Soviet* Supremo, seguidos a su vez por los actos reglamentarios del Gobierno –adoptados bajo la forma de decretos expedidos con base y en ejecución de las leyes– y después por todos los actos de los órganos subordinados a partir de los ministerios hasta aquellos de los *Soviet* locales. Según los principios del Derecho socialista, dada la posición de supremacía del acto legislativo emanado del *Soviet* Supremo, no podía haber contraste entre ley formal y ley en sentido material, y un decreto del Gobierno (órgano superior de la administración estatal) no podía modificar una ley del *Soviet* Supremo [...]. A pesar de que existía una jerarquía de las fuentes, en la práctica había una significativa indiferencia por las mismas, según una tradición que se remonta a la época zarista»³⁹.

Las formas de producción normativa, coherentemente con tal planteamiento, derivan de la organización estatal y, por lo tanto, del Partido Comunista. Negada cualquier división de poderes, la suma de estos se concentra en manos de los órganos dirigentes del partido al cual pertenece, entonces, el primado sobre las fuentes. Desde esta perspectiva, la misma constitución no representa otra cosa que un mero balance descriptivo de las relaciones económicas y sociales instauradas y/o programadas.

Las relaciones económicas disciplinadas por los códigos civiles cambian: cambian, cualquiera que sea el nivel de las fuentes: tanto la legislación ordinaria, como las constituciones; cambian, en su substancia (es decir, en muchos institutos, que por otro lado siguen retomando la herencia del Derecho romano, como en Rusia, o del *common law* o del Derecho tradicional, como en algunos países asiáticos y en esporádicas experiencias africanas), y en su colocación “constitucional” en el sistema (coherente con la ideología).

VI. DICTADURAS Y TOTALITARISMOS: LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES AGRARIOS Y BURGUESES.

Un caso en sí de continuidad en la tradición del Derecho civil, y de fractura con el constitucionalismo, lo representan las dictaduras y las experiencias totalitarias de la primera posguerra: mantienen propiedad y códigos, marcan fracturas con las constituciones (canceladas o suspendidas).

En el lenguaje común, se habla de dictadura haciendo referencia al fascismo italiano, después al nazismo alemán, al estalinismo, al franquismo, hasta los regímenes de los coroneles griegos y del general Pinochet en Chile, por no mencionar también a las “dictaduras” africanas y asiáticas. En realidad, estas experiencias no parecen poderse adscribir a la corriente con características de dictadura legítima y temporal recibida de la experiencia de la antigua Roma⁴⁰.

Puebla, Puebla, 1984; ID., *El léxico jurídico del Marx feuerbachiano (La filosofía política de la alienación)*, Un. Autónoma de Puebla, Puebla, 1986; M. COSSUTTA, *Formalismo soviético. Delle teorie giuridiche di Vyšinskij, Stuča e Pašukanis*, Esi, Napoli, 1992.

39 M. GANINO, voz “Derecho socialista”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 138 s.

40 El “*dictator*” (siglos V-III a.C.) era un magistrado extraordinario nominado por un cónsul para hacer frente a la situación de emergencia como una guerra (*dictator rei publicae gerendae causa*) o un motín interno (*dictator seditionis sedandae causa*). Tratándose de situaciones excepcionales, eran conferidos al dictador poderes extraordinarios y temporalmente limitados. Se atenúa la distinción entre *imperium domi* (el mando soberano ejercitado dentro de los muros de la ciudad) e *imperium militiae* (el mando fuera de los muros) y sobre todo caían los límites que generalmente acompañaban el poder de imperio existente en condiciones de gobierno ordinarias; se suspendían las garantías constitucionales ordinarias. El dictador ejercitaba el poder pleno y por el tiempo necesario para remediar la situación excepcional, de todas formas no más de seis meses y tampoco con posterioridad a la finalización del periodo de mandato del cónsul que lo había nominado. El *dictator* representaba una institución plenamente legítima, prevista en el ordenamiento constitucional y dotado de poderes extraordinarios justificados por el “estado de necesidad”. [El estado de necesidad representa un hecho normativo, idóneo para determinar la suspensión de una situación jurídica o para plantear una nueva situación jurídica. Sobre la necesidad como fuente de Derecho, véase S. ROMANO, “L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione” (1901), en ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950; T. PERASSI, “Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica” (1917), en ID., *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 191 ss.; N. BOBBIO, voz “Fatto normativo”, en *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 988 ss.]. La dictadura, por tanto, debe entenderse como una

Carl Schmitt, partiendo de los escritos de J. Bodin, plantea una distinción conceptual entre la perpetuidad del poder soberano y la temporalidad del poder dictatorial⁴¹. La dictadura tradicional asigna al dictador funciones de comisario: las garantías constitucionales son temporalmente suspendidas para defender la sobrevivencia de la constitución misma. La *dictadura de comisario*, pero, encuentra en la misma constitución su legitimación. Por el contrario la dictadura soberana es diversa: según Schmitt esta dictadura pretende remover y sustituir el ordenamiento constitucional vigente. Ésta no intenta poner remedio a una crisis temporal, sino se propone dar vida a un nuevo orden constitucional: «El dictador comisario está constituido, el dictador soberano es constituyente. El primero está investido por el poder propio de la autoridad constituida; el segundo es el producto de una auto-investigación»⁴². Las dictaduras tienden sin embargo frecuentemente a prolongarse más allá del período de emergencia, y a asumir un carácter relativamente estable, a menudo auto-legitimándose con la excusa de que la emergencia continúa. La distinción anclada en la legitimidad y el carácter temporal debe ser por tanto atenuada: de hecho, a) en su mayoría quien la instaura tiende a justificar la asunción del poder en base a cualquier cláusula de Derecho vigente; b) a veces, la individualización del carácter de una dictadura puede hacerse solo *ex post facto*, precisamente porque el estado de emergencia se prolonga en el tiempo, más allá de la persistencia de las condiciones de necesidad que la justifican. Así que, aunque motivado por la necesidad de salvaguardar la constitución vigente, su eficacia y el factor tiempo, transforman su naturaleza de “comisionada” a “soberana”⁴³.

En conclusión, las experiencias más recientes clasificadas como dictaduras emanan no tanto de un estado de excepción temporal, sino de una crisis de régimen que conlleva la ruptura de la constitución vigente y la instauración de un nuevo orden constitucional que encuentra en sí mismo la propia legitimación⁴⁴. Siempre, la crisis se determina para reequilibrar relaciones económicas comprometidas, y bloquear (o cambiar) la redistribución de la riqueza, a favor de la clase propietaria, como demuestra de forma clara la experiencia latinoamericana.

Como característica ulterior, respecto a las otras formas de autocracia, la forma de Estado totalitaria está caracterizada por la presencia de un Estado que invade cualquier aspecto de la vida social, de la afirmación de una ideología oficial, del papel penetrante del partido único, *trait d'union* entre el Estado y las masas, de la movilización de estas últimas a los fines de adquisición del consenso (característica opuesta a la de las dictaduras), de la función de la propaganda política, de la estructura corporativa de la vida social y económica⁴⁵. “Totalitarismo”, término acuñado por Mussolini con una connotación positiva (contrapuesto a las “demoplutocracias”) estaba preparado para señalar la unidad también espiritual entre sociedad (nación) y Estado, a través del papel unificador del partido, órgano del Estado proveniente de y que está anclado en la sociedad⁴⁶.

magistratura monárquica dotada de poderes extraordinarios, legítimos y limitados en el tiempo (N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976, p. 202).

41 Cfr. C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1921, trad. it. *La dittatura*, Settimo sigillo, Roma, 2006.

42 N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976, p. 207.

43 Cfr. el ensayo de F. RIMOLI, “Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituyente”, en *links. Zeitschrift für deutsche Literatur- und Kulturwissenschaft*, Istituti Editoriali e Poligrafici Internazionali, Pisa-Roma, http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/eccezione_trasformazione/index.htm.

44 Autocrática, en su versión dictatorial, va definida por ej. aquella que se afirmó en Chile tras el golpe de Estado de 1973, bajo la guía de Augusto Pinochet, que se caracterizó por una feroz represión de la oposición política. Ésta resume las características esenciales de las dictaduras, la variante más frecuente de la autocracia.

45 Así por ej. E. OPOCHER, *Lezioni sul totalitarismo*, Cleup, Padova, 1974; sobre todo v. H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, 3ª ed., Harcourt Brace & Co., New York, 1958; C.J. FRIEDRICH (ed.), *Totalitarianism*, Harvard U.P., Cambridge, 1954; J.L. TALMON, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Secker & Warburg, London, 1952; G. LUCATELLO, “La fonction de la propagande politique dans l'État totalitaire et son organisation dans les États italien et allemand”, en *Rev. dr. int.*, n. 4, 1939, n. 3, 1940, nn. 1 y 2, 1941, y en ID., *Scritti giuridici. Nuova raccolta*, coordinados por A. REPOSO, N. OLIVETTI RASON, L. PEGORARO, Cedam, Padova, 1990, p. 241 ss.; L. PEGORARO, “La propaganda política. Un test para un acercamiento interdisciplinario a una búsqueda de derecho comparado”, en *Pensamiento const.*, n. 14, 2010, p. 141 ss., y en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 8, 2011, p. 1 ss.

46 Véase S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, il Mulino, Bologna, 2010, para las reflexiones sobre sus elementos constitutivos y su

Concretamente, con referencia a la experiencia histórica del siglo pasado, las manifestaciones más evidentes de esta forma de Estado han sido obtenidas con el Estado fascista en Italia y el Estado nacional-socialista en Alemania⁴⁷, y, en formas más atenuadas, con el régimen franquista en España⁴⁸; contiguo a esta clase, incluso con las debidas distinciones, pueden considerarse algunas experiencias populistas latinoamericanas, como la de Argentina en los años 40, bajo la guía de Juan Domingo Perón (peronismo o justicialismo), caracterizada por el amplio uso de la propaganda y de la unión del *leader* con las masas, pero no en una concentración del poder y en una compresión de la libertad parangonable a la de los regímenes europeos⁴⁹.

La doctrina historicista, politológica y jurídica liberal y marxista no tiene duda acerca de las finalidades de los totalitarismos: bloquear las reivindicaciones de las clases sociales que querían lograr un acceso más amplio a la riqueza y el poder político que la acompaña en el Estado liberal. Por lo cual, los totalitarismos no abandonan el modelo de Derecho civil codificado, aunque a veces acompañado por cambios en el sistema de las fuentes (por ej., las “normas corporativas” fascistas), una redistribución populista de las tierras (sobre todo perjudicando a otros países, como el Imperio italiano o la expansión al Este de los nazis – la búsqueda del *Lebensraum*), pero sin cambiar la estructura de los códigos civiles.

VII. CONSIDERACIONES INTERLOCUTORIAS.

Lo que hemos dicho con anterioridad explica que los elementos útiles para hacer un análisis son muchos: a) la dimensión geográfica, es decir, la codificación y el constitucionalismo se afirman solo donde las exigencias económicas de la burguesía son parecidas (ej: los códigos no pueden ser los mismos en Francia y en África del Norte; si lo pueden en Bélgica, o Italia del Norte, ya menos en el Sur); b) la dimensión política y económica (solo donde y cuando la clase social prevaleciente, la burguesía, consigue tener al margen a las otras clases sociales, la codificación y el constitucionalismo tienen el alcance original); c) la dimensión sociológica (solo donde la cultura jurídica se basa en el racionalismo occidental, la herencia cristiana y su personalismo, las doctrinas consiguientes, los códigos y el constitucionalismo pueden afirmarse sin crisis de rechazo.) Los distintos fenómenos están estrictamente entrelazados.

17

VIII. LOS CÓDIGOS Y LA COLONIZACIÓN.

La colonización del mundo por parte de las potencias europeas, ya conocida en las épocas anteriores, empieza de modo sistemático en el siglo XVI, después el descubrimiento de América, y se desarrolla en varias etapas. Al comienzo de 900, estas logran controlar el 85% del planeta a través de *commonwealths* y *dominions*, protectorados, colonias, posesiones, concesiones, etc. Todas las distintas fases, desde las primordiales de los primeros asentamientos españoles, portugueses, ingleses, franceses, holandeses, hasta los fenómenos de

carácter autoritario. Además L. PALADIN, voz “Fascismo”, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 887 ss.; E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Carocci, Roma, 1995; A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario* (1965), reimpr. Einaudi, Torino, 1995; M. PALLA (ed.), *Lo Stato fascista*, La Nuova Italia, Milano, 2001.

47 F. NEUMANN, *Behemot: The Structure and Practice of National Socialism*, Gollancz, London, 1942, trad. it. *Behemot: Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Mondadori, Milano, 1977; E. COLLOTTI, *Fascismo, fascismi*, Sansoni, Firenze, 1989; J. LINZ, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lyenne Rienner, London, 2000; G. MELIS (ed.), *Lo Stato negli anni trenta: istituzioni e regimi fascisti in Europa*, il Mulino, Bologna, 2008.

48 L. PALACIO BAÑUELOS (ed.), *El primer franquismo*, n. monográfico de *La Albolafia*, 1, 2014. Asimismo, entre otros, M. ENCARNA, N. MARÍN, *La libertad encadenada: España en la Dictadura Franquista 1939-1975*, Alianza, Madrid, 2005; F. GALLEGU, *El evangelio fascista: la formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Crítica, Barcelona, 2014.

49 Sobre el peronismo, A. ITURRIETA, *El pensamiento peronista*, Cultura Hispanica, Madrid, 1990; J.P. BRENNAN, *Peronism and Argentina*, Scholarly Resources, Wilmington, 1998; S. LEVITSKY, *Transforming Labor-Based Parties in Latin America: Argentine Peronism in Comparative Perspective*, Cambridge U.P., Cambridge, 2003; G.F. BENEDINI, *Il Peronismo*, Ed. Riuniti, Roma, 2007; L. ZANATTA, *Il peronismo*, Carocci, Roma, 2008.

800 y también justo más tarde (incluso con Estados Unidos, Alemania, Italia) dejan huellas indelebles en la organización jurídica de los territorios conquistados y dominados.

Para cumplir con la misión de “civilizar a los bárbaros”, las potencias coloniales establecen sobre las instituciones jurídicas preexistentes su modo de hacer Derecho y organizar la sociedad. En la primera fase, los trasplantes afectaron sobre todo a la concepción de las estructuras del poder (por lo general haciéndose referencia a virreyes, gobernadores y cargos parecidos), la administración de la justicia, la organización territorial, y los mismos modos de producción del Derecho (con bases según el caso jurisprudenciales o de “Derecho “político”). En las épocas posteriores, las ideas “constitucionales” que maduran en Europa se reflejan en las colonias.

Donde se consolida una clase dirigente local (como en los futuros Estados Unidos además de Canadá y Oceanía, y más tarde en América Latina), el constitucionalismo –en sus varias evoluciones– viene en parte metabolizado, y una vez lograda la independencia influye con muchas peculiaridades en la estructura constitucional de los nuevos Estados (que en su mayoría siguen rechazando cualquier forma de integración de los derechos autóctonos). En otras partes (Asia y África –con parcial excepción de India y Sudáfrica–, y Oriente Medio), la base jurídica exportada por el colonialismo se queda en general en un nivel superficial ni penetra las raíces profundas del Derecho y del pensamiento autóctono. Así, la descolonización de la segunda posguerra deja como herencia estructuras formales como la constitución escrita, rígida, la división de poderes, los derechos humanos, el sistema judicial, formas de descentralización, pero no la identificación entre estas y la forma de sentir el Derecho “constitucional” del Occidente colonizador. (Ya nos hemos detenidos sobre la circulación de los códigos fuera de occidente.)

Las etapas en la evolución de las formas de Estado corresponden entonces solo a una parte minoritaria –aunque hegemónica– del mundo. Al lado de los desfases temporales, otros factores marcan de forma indeleble el alejamiento. Sin embargo, la fuerza de influencia de los modelos hegemónicos en muchas ocasiones permanece también después de los procesos de descolonización. La evolución permite a veces recuperar las antiguas concepciones y proponer soluciones sincretistas, pero ello ocurre casi solo en el siglo XXI. A estas se opone empero la globalización, nueva forma *soft* del colonialismo.

IX. GLOBALIZACIÓN.

El Estado democrático pluralista y social, que ha conocido una difusión geográfica históricamente sin precedentes, ha mostrado ante las dificultades algunas señales de crisis⁵⁰. La globalización ha asignado una dimensión nueva a los mercados de bienes y servicios, a los mercados financieros, a los sistemas de comunicación multimedia y vía internet; dimensión que no pudo ser contenida en el espacio de gobierno del Estado nacional⁵¹.

La globalización no es solo un fenómeno económico: incluye e implica múltiples perfiles jurídicos: «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*” (...)⁵². 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

50 Una síntesis sólida y eficaz en A.J. PORRAS NADALES, *La acción de gobierno. Gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, Trotta, Madrid, 2014.

51 M. CROZIER, S.P. HUNTINGTON, J. WATANUKI (& TRILATERAL COMMISSION), *The Crisis of Democracy*, New York U.P., New York, 1975; Y. MENY, Y. SUREL, *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave Macmillan, Houndmills-Basingstoke, 2001; V.C. CROUCH, *Post-Democracy*, Polity Press, Cambridge, 2004.

52 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, p. 168 ss.

las culturas ajenas, las recepciones son bastante difíciles⁵³.

El Estado democrático no tiene hoy la capacidad de previsión y de control de los fenómenos que se mueven a escala mundial; los factores económicos internacionales son siempre más penetrantes respecto a la vida política y económica del Estado, al punto que la relación política-económica tiende a volcarse: la economía se sustrae de las elecciones políticas nacionales, es más la primera influencia en las últimas. El mercado global asume el rol de valor dominante; tendiendo a sustraerse de las reglas de los Estados, se confía en su capacidad natural de autorregularse. La competición económica en el mercado global empuja a los actores a buscar fórmulas para bajar los costos de producción ya sea a través de la disminución de los derechos económico-sociales o recurriendo a la deslocalización de la actividad productiva a favor de lugares fiscalmente y socialmente menos exigentes.

La búsqueda de fórmulas que aseguran un gobierno democrático mundial o una pluralidad de gobiernos democráticos supranacionales en grado de ejercer una función reguladora y de control del mercado global no parece haber dado hasta ahora éxitos relevantes. Principalmente, las instituciones globales existentes tienen una naturaleza económico-financiera y actúan bajo el control de los Estados más ricos (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial del Comercio). En definitiva, no se puede negar que el fenómeno de la globalización ha incidido e incide profundamente por un lado, sobre la primacía de la política, que requiere órganos democráticamente electos titulares *pleno jure* de las funciones de gobierno; por el otro, sobre la concepción de la economía de mercado como factor funcional respecto al bien común.

Eso con evidencia incide sobre la (de)codificación y la codificación constitucional del Derecho civil.

Un ejemplo lo señala M. Nicolini acerca el Derecho agrario⁵⁴, subrayando –en relación con la Constitución italiana– que «Si es verdad que la agricultura es considerada por la Constitución como factor económico-productivo, elemento calificante de propiedad, tierra y organización de los medios de producción⁵⁵, también es cierto que, conforme al art. 44 Const., esta contribuye a la construcción de un entramado social equilibrado (mediante ayudas para pequeños y medianos propietarios y/o el acceso a la propiedad de tierras por parte de los pequeños agricultores)⁵⁶. Se podría decir: la Constitución individualiza en la agricultura un instrumento de “emancipación social” coherente con las tareas asignadas a la República por los arts. 2, 3, apartado 2, 4 y 9 Const.». Sobre los usos cívicos, las propiedades y los dominios colectivos, «en la sent. n. 113/2018, la Corte constitucional reelabora su régimen jurídico y, mediante una interpretación constitucionalmente orientada, los transforma en “mecanismo de garantía integrado y recíproco” de utilización no-intensiva del patrimonio cívico⁵⁷. El régimen jurídico de los bienes colectivos se convierte en una herramienta de realización de un interés –la protección del medio ambiente– que va más allá de la

19

53 Sobre la globalización, entre muchos: P. DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish, London, 1995; I. EDGE (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, Transnational, Ardsley, 2000; W. TWINING, *Globalisation & Legal Theory*, Cambridge U.P., Cambridge, 2000; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; ID., *Il diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009; F. DE SOUZA DE BRITO, *Motivações e tendências pós-modernas do Direito Comparado e as filosofias da globalização*, U.I. Ed. Internacional, Lisboa, 2004; B. DE SOUSA SANTOS, C.A. RODRÍGUEZ-GARAVITO (eds), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005; P. HAYDEN, *Cosmopolitan Global Law*, Ashgate, Aldershot, 2005; el n. 6, 2016 de *Albolafia*, “La globalización: un análisis global”, coordinado por A. DE PRADA GARCÍA. Acerca de la política “globalizadora” de la Unión Europea y la creación del mercado como finalidad y valor v. ahora A. SOMMA, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Laterza, Bari-Roma, 2021.

54 M. NICOLINI, “Agricultura, nuovi interessi ed equi rapporti sociali”, en M. NICOLINI, W. WALLNÖFER (eds), *Agricoltura e 'nuovi interessi'. Alla ricerca di uno statuto pubblicistico per l'attività, l'impresa e l'agrarietà dei suoli*, Esi, Napoli, 2019.

55 Cfr. P. PASSAGLIA, “L'importanza della materia ‘agricoltura’ nel tessuto costituzionale: una ‘retrospettiva prospettica’, en *Riv. dir. agr.*, n. 1, 2017, p. 5: no se comprende bien si, en el art. 44 Const., «la agricultura se considere más desde la perspectiva de la actividad económica o desde la perspectiva de la propiedad (*scil.* de la tierra)».

56 S. RODOTÀ, “Art. 44”, en G. BRANCA (ed.), *Commentario della Costituzione*, Tomo II, *Rapporti economici. Art. 41–44*, Zanichelli, Bologna-Roma 1982, p. 219. Cfr. asimismo E. SIRSI, “Art. 846-856”, en M. D'ADDEZIO, E. SIRSI, E. CRISTIANI (eds), *Riordinamento della proprietà rurale, bonifica integrale, vincoli idrogeologici. Artt. 846–868*, y, en *Il codice civile*. Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano 2013, p. 52 ss.

57 Corte const., sent. n. 113/2018, fundamento jurídico n. 6.1.

comunidad de los co-propietarios, impidiendo la adopción de soluciones capaces de sustraer el patrimonio colectivo a esta nueva –mas “natural”, según la Corte– vocación ambiental». Sin embargo, «El silencio de la decisión sobre la vocación agrícola de los usos cívicos parece [...] determinada [...] por una concepción productivista y –¿por qué no?– “agresiva” de la agricultura» y por la “erosión” de la misma por competencias estatales en materia ambiental⁵⁸».

X. EL *SOFT LAW*: ¿UN NO-DERECHO QUE DE-CODIFICA EL DERECHO CIVIL?

También el llamado *soft law* es un síntoma del cambio: en el siglo XIX el Derecho civil tenía expresión en una fuente nueva, los códigos, cuya crisis fue debida sobre todo –lo hemos dicho– a la legislación social y el ingreso de los derechos de crédito en el circuito de los derechos burgueses.

Ataques incisivos a la ley, tal como se concibe en el Estado liberal, y al principio de seguridad jurídica son impulsados hoy por el *soft law*⁵⁹. La expresión nace a principios de los años 70 entre los estudiosos anglosajones del Derecho internacional para señalar algunos tipos de actos normativos caracterizados por la ausencia de eficacia inmediatamente vinculante. Posteriormente la expresión se ha utilizado y todavía ahora se utiliza también en el seno de ordenamientos jurídicos no estatales (como la Unión Europea) para señalar a un «conjunto no homogéneo de actos y hechos normativos que bajo cualquier perfil no podían ser reconducidos a las tipologías normales de las fuentes del Derecho de corte autoritativo, dado el tenue efecto jurídico o el carácter participativo del *iter* de adopción»⁶⁰. De manera más precisa, la carencia de eficacia inmediatamente vinculante debe ser entendida en un sentido amplio y no técnico: los actos jurídicos de *soft law* producen ciertos tipos de efectos; se trata de normas legales incompletas (según lo propuesto por la prevaleciente doctrina)⁶¹, en el sentido de que no están auxiliadas por instrumentos de coacción o de sanción que derivan de forma directa de su inobservancia. Falta, en otras palabras, la estructura típica de la norma jurídica: la orden autoritativa acompañada por las sanciones impuestas por las autoridades públicas. «Más allá de las diversas soluciones posibles, en la perspectiva de la comparación y el pluralismo legal, de todas maneras sería imposible negarle la calidad de formante»⁶².

La nueva *lex mercatoria*, es decir «un Derecho creado por la clase empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados ...»⁶³, «es un “Derecho” autónomo, producido por los mismos operadores legales que operan a nivel transnacional, con el apoyo de las organizaciones internacionales de comercio y de las finanzas mundiales. El “peso” económico de esos actores es tal que hay una tendencia a transformar, de hecho o de Derecho, esas reglas en un *hard law*, ya que “tiene una fuerza conformativa tal que en última instancia es muy difícil, para los diversos contratistas, evitar recurrir a ello”⁶⁴. Hay una suerte de retracción del Estado en la disciplina de aquellas materias, lo que puede implicar el debilitamiento de de la protección de contratistas débiles, ya sean operadores económicos más pequeños, trabajadores o consumidores»⁶⁵.

Los instrumentos de *soft law* que se encuentran en el Derecho internacional son reconducibles a

58 Cfr. P. PASSAGLIA, “L’importanza della materia ‘agricoltura’”, cit., p. 13.

59 En ello, y en la globalización, ve algunas ventajas S. GALERA RODRIGO, “The Benefits of Legal Globalization: Soft law: A Case Study of Heritage Law”, en S. BAGNI, G.A. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, p. 965 ss. Varios perfiles del *soft law* son analizados por A. SOMMA (ed.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.

60 E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, p. 2.

61 M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 159 ss.

62 S. BAGNI, “Comparative law and ... love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista”, en *An. dir. comp. st. leg. 2017*, p. 53. *Ibid.*, p. 241 ss., v. también las reflexiones de D. DI MICCO, “La globalizzazione abusata. Quando un concetto impreciso s’impone nel discorso giuridico e nello strumentario del comparatista”.

63 F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 5ª ed., Bologna, 2010, p. 248.

64 E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., p. 111.

65 S. BAGNI, “Comparative law and ... love”, cit., p. 53, y M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 556.

los llamados acuerdos no vinculantes (*non-binding agreements*), y en la vasta y heterogénea producción de actos de parte de las organizaciones internacionales, entre las cuales en particular las resoluciones y las recomendaciones.

El propio Derecho transnacional constituye el terreno de desarrollo de formas de *soft law*. En particular, es relevante para las actividades de las entidades privadas (en general, organizaciones internacionales expresión de determinados agentes económicos, o agentes económicos de dimensión multinacional) con plena autonomía; esta actividad se concreta en actos de autorregulación cuya eficacia, sin embargo, se limita a los sujetos que la han voluntariamente aceptado. Sin embargo, estos actos tienen el potencial de afectar al alcance de otros sujetos que operan en el mismo sector económico, independientemente de su voluntad⁶⁶.

En conclusión, como destaca M. Nicolini⁶⁷, «international groups aim to control how wealth is distributed in society; secondly, the divide between the Global South and the Global North rises at a steady rate. Thirdly, the rule of law, which should spread good governance and development, conceals a policy of domination. Finally, global financial actors code their own interests through the law by seeking a connection with the public sphere in the field of public finance». Añade además «that private interests have infiltrated the public sphere and contributed, globally and domestically, to the rise of ‘mortgaged democracies’». Y sobre todo explica «how this has triggered a change in how societies perceive the political bond, which is now rooted in several acts of conveyance».

XI. LA DECONSTRUCCIÓN DE LAS FUENTES Y LA INVENCIÓN DE LAS HÍPER-FUENTES

La reconstrucción de las relaciones entre particulares (en la cual reside el Derecho civil) está estrictamente entrelazada con la reconstrucción de las relaciones entre ellos y los Estados (u otros ordenamientos, como el internacional). El cambio de los actores protagonistas de los derechos propietarios exige un cambio de rumbo.

La coherencia de la doctrina con los formantes “no jurídicos” de la globalización (así como su papel conservador y justificador)⁶⁸ pasa por la construcción de una “híper-constitución” metafísica transnacional, basada en los derechos humanos (o fundamentales, o constitucionales) de *imprinting* occidental⁶⁹ y en la

21

66 Por ejemplo, las normas auto-reglamentarias de algunos operadores económicos relevantes o sus organizaciones, que tienen efectos para los clientes o los proveedores de bienes y servicios: F. CAFAGGI, “Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione”, en *Pol. dir.*, n. 4, 2001, p. 543 ss.

67 M. NICOLINI, “Inequality of Goods and Lands in Mortgaged Democracies: Paradigms and Effects of Global Comparative Law”, en *Liverpool L.R.*, n. 41, 2020, p. 27 ss. (<https://doi.org/10.1007/s10991-019-09233-z>).

68 A. SOMMA, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, p. 412, nos recuerda que «el poder cuya protección requiere el sacrificio de la visión de parte, es aquel ligado a la profesionalidad que no raramente termina por expresarse en las formas que Alexis de Tocqueville pudo denunciar con palabras duras pero actuales: “si se estudiara atentamente lo que ha sucedido en el mundo desde que los hombres conservan el recuerdo de los acontecimientos, se descubriría sin dificultad que, en todos los países civilizados, al lado de un déspota que manda, casi siempre se encuentra un jurista que legaliza y da sistema a las voluntades arbitrarias e incoherentes del primero”».

69 Sobre la vagüedad de la categoría, su connotación ideológica y la confusión terminológica reenvío a L. PEGORARO, J. DELGADO GAITAN, “Derechos ‘fundamentales’: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo”, en *Rev. Der. del Estado*, 2001, n. 10, p. 41ss., en *Rev. jur. del Perú*, 2001, n. 26, p. 1 ss. y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006, p. 289 ss.; trad. port. “Os direitos ‘fundamentais’: considerações sobre a elaboração do conceito e sua implicação positiva no contexto do constitucionalismo contemporâneo”, en A. DE ALMEIDA FILHO (ed.), *Estado de direito e direitos fundamentais. Homenagem ao Jurista Mario Moacyr Porto*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 443 ss.; L. PEGORARO, “Metodología y modelos por una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transiciones constitucionales)”, en AA.VV., *Ponencias Desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Adrus, Arequipa, 2008, p. 3 ss., trad. it. “Metodologia e modelli per una ricerca sui diritti fondamentali (con particolare riferimento alle transizioni costituzionali)”, en *Studi in onore di L. Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, III, p. 1123 ss.

división de los poderes como única estructura admisible del *frame of government*⁷⁰. Las tomas de distancia –que a menudo hay– de los perfiles más llamativamente lejanos de la legitimación popular no oculta la sustancial obra de soporte al diseño imperial de un Derecho único (*la raison du plus fort*), a través del apoyo de la híper-constitución a las pretensiones hegemónicas de la economía y (con mucho más esfuerzo) de la política.

Mientras las constituciones las escriben sus constituyentes, las reformas constitucionales los órganos habilitados por la constitución, y las leyes los legisladores, la híper-constitución la escriben, avalados por la doctrina que llaman como apoyo, los jueces constitucionales y transnacionales, a los cuales la doctrina confía con entusiasmo esta tarea⁷¹. La conjunción entre (parte de la) doctrina y jurisdicciones constitucionales (y transnacionales), genera una nueva fuente de legitimación de los sistemas jurídicos del mundo, que condiciona toda la producción jurídica y que traduce el activismo judicial de “dictadura comisaria”, autorizada democráticamente, a “dictadura soberana”, autorizada solo por sí misma y por otro “poder” no democrático, la doctrina⁷². Ello no sólo en áreas jurídico-culturales donde no hay fractura entre formante cultural y formantes jurídicos, sino también –con reclamos hegemónicos, y a veces, mera aceptación– también donde el desprendimiento sea profundo y arraigado en los siglos.

Los valores meta-democráticos se buscan hoy no en una síntesis de valores compartidos por las diversas culturas que los forjan (“deber”, “moral”, “armonía”, “religión”, “naturaleza”, “familia”, “tribu”, “perdón”, “ocio”, “tradición”, “corrección”, “comunidad”, “deferencia”, “felicidad”⁷³), más nuestros derechos fundamentales/humanos y la dignidad, sino sólo en los derechos fundamentales/humanos y la dignidad, con desprecio arrogante de incorporar otros en el denominador común⁷⁴.

En discusión no está sólo la idea dogmática de los derechos fundamentales, es decir el derecho de cada comunidad de elegir, entre los derechos, aquellos que consideren predominantes (o “fundamentales”), sino la idea teórica de que éstos pre-existen y son iguales para todos, independientemente de las decisiones tomadas en cada caso por ellas.

En el plano epistemológico, presuponer derechos fundamentales universales, no anclados a las elecciones axiológicas de cada sociedad, implica: desconocer el conocimiento empírico y dar connotaciones religiosas a preferencias condicionadas ineludiblemente por la cultura de pertenencia⁷⁵; negar la enseñanza

70 Sobre la elaboración de la híper-constitución v. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Costituzioni e fonti del diritto*, Giappichelli, Torino - Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2018, p. 128 ss., trad. esp. *Constituciones y fuentes del derecho*, en ID. (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo III, *Constituciones y fuentes del derecho*, Giappichelli, Torino - Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2019, p. 189 ss.; L. PEGORARO, “Blows against the empire. Contro la iper-costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso”, en *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2020, p. 447 ss., trad. esp. “Blows against the empire. Contra la híper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido”, en *Teoría y realidad const.*, n. 47, 2021, y en *Rev. cubana de der.*, Nueva Epoca, n. 1, 2021.

71 Observa S. RAGONE, “The ‘Basic Structure’ of the Constitution as an Enforceable Yardstick in Comparative Constitutional Adjudication”, en *Rev. est. const., hermenéutica e teoria do dir. (RECHTD)*, n. 11 (3) 2019, p. 327 ss., que el núcleo duro es, sin embargo, determinado por el formante jurisprudencial, independientemente de las cláusulas concretas insertas en la constitución.

72 Obviamente se hace referencia aquí a C. SCHMITT, *Die Diktatur*, cit.

73 Para un análisis del impacto de los estudios sobre la felicidad en las elecciones de política del Derecho cfr. P.H. HUANG, “Happiness Studies and Legal Policy”, en *Annual rev. of law and soc. sc.*, n. 6, 2010, p. 405 ss., y M. GRAZIADEI, B. PASA, “Happiness Once More”, en *Journ. comp. law*, n. 14 (2), 2019, p. 203 ss.

74 La síntesis propuesta por la alianza doctrina-jurisprudencia es la “cédula” de Carlos V evocada por S. LANNI, voz “Sistema giuridico latinoamericano”, en *Dig. priv., Sez. civ., Agg.*, Utet, Torino, 2016, p. 720: una doctrina que de desde 1530 no ha avanzado un paso, con la cual se establecía que «los gobernadores, y justicias reconozcan con particular atención la orden, y forma de vivir de los indios, policía, y disposición en los mantenimientos, y avisen a los Vicerreyes, o Audiencias, y guarden a sus buenos usos, y costumbres en lo que no fueren contra nuestra sagrada religión». De la misma a. véase también *Il diritto nell'America Latina*, cit.

75 Critica este tipo de enfoque S. BAGNI, “Dal Welfare State al Caring State?”, en ID. (ed.), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013, p. 25, quien observa que «El problema no es de contenido, sino de método, en cuanto se impone interpretar una cultura y una tradición jurídica a través de parámetros propios de otra, a menudo completamente incompatibles entre sí».

de la historia y de otras ciencias, como la sociología, la antropología, la geografía, la ciencia política⁷⁶; además, poner la ciencia a disposición de usos partidistas, para avalar decisiones políticas que utilizan la defensa de los derechos (y de la democracia) para ocultar otros fines (salvo en ocasiones lamentar la distorsión de las ideas originales). Sin embargo, el universalismo todavía no ha conseguido uniformizar las tradiciones jurídicas del mundo⁷⁷, que reaccionan y desarrollan sus propios sistemas, incluso disociando la *law in action* del *trend* uniformizador de la globalización⁷⁸. Este es un Derecho *sumergido e invisible*, que decide el destino del «tercer y más amplio círculo concéntrico [...] compuesto por todos aquellos que ya están excluidos del sistema global»⁷⁹.

De la perspectiva substancial, conlleva: enfatizar los derechos individuales, pero al mismo tiempo justificar (o al menos aceptar) limitaciones a los derechos, a nivel constitucional, legislativo, jurisprudencial, en nombre de la defensa de la democracia; en particular, preparar el terreno para favorecer la democracia protegida de manera funcional a la realización del proyecto del *free trade market of ideas*; patrocinar o avalar la sustitución de la mediación partidaria, sindical, asociativa, con otras formas de representación, ancladas a la atomización de los sujetos (uno vale uno).

A nivel procesal, una vez negado o circunscrito el papel de la política para la composición de los intereses y en el balance de los valores, la formulación, la defensa y la expansión del núcleo se vale por lo menos de tres modalidades principales: la sustracción del mismo a cualquier posibilidad de modificación, cualesquiera que sean las opciones de la sociedad y los valores que elija; el desarraigo de los mismos, desvinculados de procesos legitimadores, mediante la superioridad conferida al Derecho de los tratados, considerado superior a las constituciones mismas; la confianza en el conocimiento de los jueces-demiurgos nacionales e internacionales de las decisiones sobre conflictos de prevalencia (en la práctica, qué es justo y qué no lo es).

El neo-liberalismo económico, junto al neo-constitucionalismo, está reestructurando las bases del Derecho civil, proponiendo otra vez, como en los orígenes, una visión universal de los intereses propietarios, sin tener en cuenta pluralismo y bases profundas –constitucionales en sentido substancial– del Derecho civil, de las relaciones que informan las distintas comunidades, de las estructuras familiares, de la propiedad colectiva, de las costumbres, de los valores básicos que rigen los pueblos, distintos de los occidentales... Hoy en día, la base dogmática no son los códigos (y las primeras constituciones flexibles) sino un Derecho (dúctil) basado en la fuerza, como el anterior, pero no en la forma. Cambia la estructura (los actores del mundo económico y financiero), pero no cambia la función del Derecho de los particulares, el Derecho civil: garantizar sus relaciones libres, desvinculadas del estatismo y soportadas por teorías libertarias (los derechos humanos) que ocultan su función reguladora de intereses económicos, los intereses que Burlamaqui denominaba “de dominio”.

76 Cfr. para la bibliografía mis escritos “Diritto, diritto comparato, altre scienze nello studio del nuovo costituzionalismo andino e del *buen vivir*”, en S. BALDIN, M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014, p. 389 ss.; “Comparación jurídica y uso ‘externo’ de las otras ciencias”, en *Rev. jur. Avances*, n. 7, 2012, p. 295 ss., y en L. MOCCIA et al. (eds), *Estudios de Derecho Civil. Derecho comparado, Derecho Híbrido, Derechos Humanos, Ciencia Política*, Upica, Lima-Bogotá-Panamá, 2014, p. 437 ss.

77 Remito a mis escritos anteriores, espec. a “Constitucionalización del derecho y cultura constitucional”, en E. BLUME FORTINI (ed.), *XII Congreso nacional de Derecho constitucional. En homenaje a Sigifredo Orbegoso Vanegas y Victor Julio Ortecho Villenas. Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993*, 2 vols, Upao, Trujillo, 2018, II, p. 1321 ss., en *Rev. dominicana de der. const.*, n. 1, 2018, p. 17 ss., y en *Rev. der. pol.*, n. 104, 2019, p. 13 ss.

78 Cfr. M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2014, p. 233 ss. La conservación del pluralismo de las tradiciones jurídicas es defendida por W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2ª ed., Cambridge U.P., Cambridge, 2006.

79 S. ORTINO, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Cacucci, Bari, 2010, p. 406, se refiere a A. HOOGVELT, *Globalization and the Postcolonial World: The New Political Economy of Development*, Johns Hopkins U.P., Baltimore, 1997: la humanidad se divide en tres círculos concéntricos. Al tercero, más externo, se añaden uno interno (las *élites* que se benefician de la globalización) y uno intermedio (los trabajadores precarios).

XII. PERSPECTIVAS CONTRAHEGEMÓNICAS DEL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO

Contra la función uniformizadora de la globalización, América Latina, África Austral y algunos países de Asia parecen haber emprendido un camino de parcial resistencia a los fenómenos de la globalización. Considerada por siglos como un emblema de homogeneización económica y cultural por parte de Europa y los Estados Unidos, América Latina en particular experimenta desde hace tiempo soluciones originales, por un lado, redescubriendo y tutelando las antiguas raíces, y por otro, proponiendo estructuras jurídicas no siempre coherentes con los patrones liberal-democráticos, alimentados por doctrinas conformistas y poco atentas a la diversidad⁸⁰.

En Ecuador, Bolivia, África del Sur, Madagascar, Nicaragua, Bután, y pocos otros, se trató, en años recientes, de reconocer –a nivel jurisprudencial, luego legislativo y constitucional– no solo los derechos individuales y comunitarios de los pueblos indígenas, sino de incorporar sus valores (su *Grundnorm*, podríamos decir) en el parámetro constitucional. Involucrando las tradiciones indígenas en los textos constitucionales, se ha constitucionalizado sobre todo su Derecho civil, sus concepciones de la propiedad y de la familia, y las relaciones con la tierra y la naturaleza.

Estos valores –escribe S. Bagni– se han introducido «a través de las cláusulas constitucionales (Ecuador y Bután) o criterios de interpretación de la Constitución (Sudáfrica) que reenvían a visiones del mundo de la tradición cultural indígena, con el fin de facilitar, por todos los sectores de la sociedad, la identificación personal en el contexto constitucional. De esta manera, la propia Constitución se propone como una ruptura con el pasado y la piedra angular para la construcción de un futuro realmente compartido»⁸¹. Incluso la reciente Constitución de Madagascar de 2010, aprobada tras una compleja transición democrática, constitucionaliza las tradiciones de ese pueblo. El preámbulo hace referencia, por ejemplo, a la creencia en Dios, Supremo Creador (*Andriamanitra Andriananahary*), la protección de la biodiversidad, las estructuras de gobierno tradicionales locales, la promoción de una sociedad que pueda vivir en armonía y en el respeto del otro.

«La tradición es una obra de la representación de la realidad basada en un conjunto de datos previamente aprendido»⁸² y el Derecho tradicional/consuetudinario es la base de un «esquema teórico [que] permite evaluar las reformas partiendo de los conceptos de tradición y pluralismo jurídico. El Derecho cosmopolita subalterno u de los oprimidos es un proyecto cultural, político y social que incluye un elemento

80 Las culturas orientales – nos recuerda B. MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Ibañez, Bogotá, 2016, p. 39– «no comparten la creencia en la naturaleza aislada, atomista y competitiva del ser humano, ni en la naturaleza utilitarista del homo economicus, ni en el modelo social de centrifugación y gravitación, ni en la naturaleza absolutamente racional del hombre, ni en la naturaleza laica del mismo, ni en la naturaleza idéntica de los géneros, ni en las libertades sin virtudes, ni en el enfoque materialista y hedonista de la vida». América Latina, distintamente de Asia y África, no rechaza todos los valores (o si quieren disvalores) de la cultura occidental; mejor, solo la percepción indígena puede ser paragonada a las culturas africanas o asiáticas, pero por lo demás el “sistema” se propone como gran elemento de reequilibrio entre culturas tan distintas: el nuevo constitucionalismo latinoamericano aparece entonces eso también como un mestizaje cultural, que traduce a nivel jurídico el mestizaje “físico” que caracteriza buena parte del continente.

81 S. BAGNI, “Dal Welfare State al Caring State?”, cit.; ID., “Il *sumak kawsay*: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador”, en S. BALDIN, M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014, cit., p. 62 ss. Para algunas aplicaciones particulares de la filosofía del buen vivir véase entre tantos: D. BONILLA MALDONADO (ed.), *Justicia colectiva, medio ambiente y democracia participativa*, Un. de los Andes, Bogotá, 2010; sobre presupuestos y la finalidad, *vid.* V.M. ÁVILA PACHECO, W.L. PEÑA MELÉNDEZ (eds), *Descolonización del Estado en América Latina*, Un. Libre, Bogotá, 2011; R. VICIANO PASTOR (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; R. GARGARELLA, C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Cepal, Santiago de Chile, 2009. Sobre la Constitución ecuatoriana en el contexto andino véase R. ÁVILA SANTAMARÍA, J.C. TRUJILLO VÁSQUEZ, *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y del derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

82 H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5ª ed., Oxford U.P., Oxford, 2014, trad. it. de la 2ª ed. *Tradizioni giuridiche nel mondo*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 5 ss.

jurídico». Por lo tanto, se basa en la categoría de «tradiciones jurídicas no hegemónicas para evaluar si es posible su uso en las luchas contra el neoliberalismo»⁸³.

Para “constitucionalizar” un Derecho civil pluralista y no hegemónico nada impide aprender de América Latina, África y Asia las soluciones propuestas en busca de un distinto equilibrio entre valores desequilibrados en Occidente, privilegiando el individualismo, en detrimento del comunitarismo y ecologismo; y privilegiando la libertad de los particulares, en detrimento de la igualdad y la fraternidad⁸⁴, aunque los tres sean considerados paritariamente en el tríptico revolucionario⁸⁵.

83 B. DE SOUSA SANTOS, *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*, Siglo XXI, México, 2009; además M. CARDUCCI, “Coinvolgimento e distacco nella comparazione mondo”, en *Bol. mex. der. comp.*, n. 128, 2010, p. 595 ss.; ID., “Epistemología del Sud e costituzionalismo dell’alterità”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2012, p. 319 ss.; S. BALDIN, “The Concept of Harmony in the Andean Transformative Constitutionalism: A Subversive Narrative and its Interpretations”, en ID. (ed.), “Narraciones contrahegemónicas y derecho”, secc. monográfica de la *Rev. gen. der. públ. comp.* n. 17, 2015, p. 1 ss.; R. TONIATTI, “Il paradigma costituzionale dell’inclusione della diversità culturale in Europa e in America Latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., III, p. 1445 ss.; ID., “La razionalizzazione del ‘pluralismo giuridico debole’: le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nell’esperienza africana”, en AA.VV., *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio*, Maggioli, Rimini, 2016, p. 449 ss.; A. COLOMER VIADEL, “Una teoría constitucional de la supervivencia para América Latina”, en *Rev. per. der. públ.*, n. 31, 2015, p. 175 ss.

84 Véase S. BAGNI, “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, p. 10 ss.; ID., “Ensayo introductorio metodológico: La fraternidad como principio epistemológico del derecho constitucional interno y comparado”, en *Rev. gen. der. comp.*, n. 20, 2017; ID., “Comparative law and ... love”, cit.

85 Véase el número especial de la *Rev. gen. der. comp.*, n. 20, 2017, dedicado a “Liberté, égalité, fraternité”, cit., y, acerca de la comparabilidad de Latinoamérica con Europa a este respecto, R. TONIATTI, “Il paradigma costituzionale dell’inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli”, en S. BAGNI, G.A. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del Derecho constitucional comparado*, cit., III, p. 1445 ss. y espec. p. 1477.