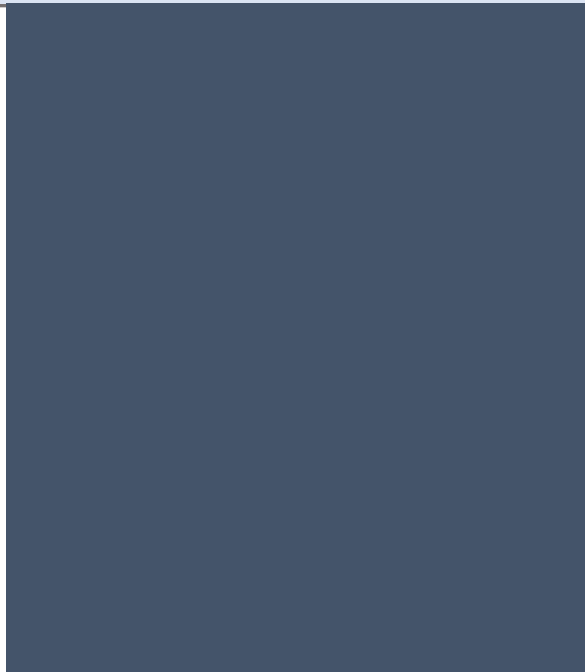




2018

Comparative Law Review

VOL. 9/1

ISSN: 2038 – 8993

SPECIAL ISSUE ON
LATIN AMERICA

VOLUMEN ESPECIAL SOBRE
AMERICA LATINA

N1

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)
Mauro Grondona

Comparative Law Review is registered at the Courthouse of Monza (Italy) - Nr. 1988 - May, 10th 2010.

COMPARATIVE LAW REVIEW VOL. 9 /1

SPECIAL ISSUE ON LATIN AMERICA N. 1

Helena Alviar

- 4 *Violencia economica contra la mujer y deber de alimentos en Colombia: visiones teoricas en conflicto.*

Giovanni Marini

- 29 *El Italian Style entre Centro y Periferia, o Gramsci, Gorla y lo que està en juego en el derecho privado.*

Carlos Petit

- 98 *Debido proceso y proceso civil, o cómo hacer códigos con teorías*

I. Jaramillo-Sierra

- 120 *El Papel de derecho en la production de desigualdad: el caso de los alimentos*

Lucio Pegoraro

- 143 *La Constitución española en su contexto comparado. Una lectura a través de las citas comparadas de los Constituyentes españoles y de algunas Constituciones influenciadas por ella*

Andres Botero Bernal

- 154 *Codigo Civil, Bello y La Exegesis en Colombia*

Mario Alberto Cajas Sarria

- 174 *La construcción de la justicia constitucional colombiana, 1910-1991: una aproximación histórica y política*

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN SU CONTEXTO COMPARADO

— UNA LECTURA A TRAVÉS DE LAS CITAS COMPARADAS DE LOS
CONSTITUYENTES ESPAÑOLES
Y DE OTRAS CONSTITUCIONES QUE RECIBIERON SU
INFLUENCIA —

LUCIO PEGORARO¹

El fenómeno de imitación-recepción constituye, en general, la vía ordinaria para la circulación de los modelos constitucionales, de forma similar a lo que normalmente ocurre en los modelos jurídicos de Derecho privado. En cualquier caso, en la mayor parte de las ocasiones la comparación nos permitirá comprender el conjunto de intuiciones y de ideas que se encuentran detrás de las formulaciones normativas asumidas como modelo.

En la praxis, cuando se usa la comparación para redactar un texto normativo, los trabajos preparatorios de las leyes de varios países evidencian una marcada predilección para el formante normativo. La situación cambia —aunque no en exceso— cuando se trata de redactar o de reformar las Constituciones. A menudo, las asambleas constituyentes poseen una composición ad hoc (diversa de las ordinarias asambleas legislativas). Así, en ellas encontraremos a la élite de la sociedad civil, e incluso a expertos constitucionalistas más abiertos al mundo. En ocasiones, además, se muestra la aportación de la doctrina, y algunas veces se traerá a colación la aportación de la jurisprudencia. Pero también podrá ocurrir que el uso de la jurisprudencia en la construcción de un texto constitucional se deduzca del léxico de la Constitución, aun cuando ello no tenga lugar de modo explícito en los trabajos preparatorios.

En definitiva, en este ensayo se quiere profundizar diversas cuestiones: a) la influencia del Derecho constitucional extranjero en la Constitución española de 1978 (parte I); y b) la influencia del Derecho constitucional español en algunas Constituciones extranjeras (parte II). Debido al número limitado de páginas, en la segunda parte abordaremos solo tres ejemplos; dos de países latinoamericanos (uno hispanófono, Argentina, y otro lusófono, Brasil), más el caso de Italia, debido a las peculiares conexiones constitucionales entre los dos países.

TABLA DE CONTENIDO

I. PREMISA: IMPOSICIÓN Y PRESTIGIO COMO CAUSA DE LA CROSS FERTILIZATION

¹ Profesor de derecho constitucional comparado en la Università di Bologna. El consejo de redacción ha invitado al autor a publicar este artículo en esta revista.

- II. PARTE I: EL DERECHO COMPARADO EN EL DEBATE CONSTITUYENTE ESPAÑOL:
 - II.I LAS REFERENCIAS A LA LIBERAL-DEMOCRACIA Y AL ESTADO SOCIAL
 - II.II LOS DERECHOS Y LIBERTADES
 - II.III LAS FUENTES DEL DERECHO
 - II.IV FORMA POLÍTICA Y FORMA DE GOBIERNO
 - II.V LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO
 - II.VI EL ESTADO AUTONÓMICO
 - II.VII EL SISTEMA DE GARANTÍAS
- III. PARTE II: ¿LA RECEPCIÓN DE MODELOS CONVIERTE A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN UN MODELO? :
 - III.I PREMISA
 - III.II EXPORTACIÓN DEL MODELO ESPAÑOL (O MÁS BIEN DE PARTES DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL) A LATINOAMÉRICA: 1. ARGENTINA. 2. BRASIL. 3. EL DIÁLOGO ENTRE ESPAÑA E ITALIA
- IV. CONCLUSIONES

I. PREMISA: IMPOSIZIÓN Y PRESTIGIO COMO CAUSA DE LA CROSS FERTILIZATION

En el Derecho constitucional comparado, la existencia de modelos configurados como *formas ejemplares* conlleva, *per se*, la circulación de los modelos mismos: las llamadas Constituciones “modelo” se consideran como tales precisamente porque han sido profusamente imitadas. Si se prestase atención a las mutaciones jurídicas de los ordenamientos no encontraríamos dificultades para constatar que dichos cambios se deben generalmente a experiencias de imitación-recepción de modelos jurídicos surgidos en otros lugares, siendo el nacimiento de un modelo original un fenómeno algo extraño², aunque en el Derecho constitucional no faltan casos de creaciones *ex novo* de modelos, sobretodo después

² Cfr. A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgh, 1974, 2ª ed., Un. of Georgia Press, Athens, 1993, trad. italiana *Il trapianto di norme giuridiche*, ESI, Napoli, 1984, p. 83; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Utet, Torino, 1992, p. 134 (6ª ed. 2015). Ello es válido incluso cuando un nuevo modelo surge (con elementos originales) de la fusión de varios modelos anteriores: piénsese en la Francia de la V República, que une en algo nuevo, algunos rasgos del presidencialismo y del parlamentarismo, ofreciendo un producto original (el semipresidencialismo).

de las revoluciones. Ahora bien, el fenómeno de imitación-recepción constituye, en general, la vía ordinaria para la circulación de los modelos constitucionales, de forma similar a lo que normalmente ocurre en los modelos jurídicos de Derecho privado. En cualquier caso, en la mayor parte de las ocasiones la comparación nos permitirá comprender el conjunto de intuiciones y de ideas que se encuentran detrás de las formulaciones normativas asumidas como modelo³.

En la praxis, cuando se usa la comparación para redactar un texto normativo, los trabajos preparatorios de las leyes de varios países evidencian una marcada predilección para el formante normativo. En otras palabras, a los legisladores les gusta citar (en exceso, pero no exclusivamente), las soluciones *normativas* que se dan en el extranjero, aunque algunas veces hacen referencia a categorías generales⁴, y en otras ocasiones a autores famosos o incluso que son una “referencia” (como suele decirse, “orgánicos” a la política del grupo político en cuestión)⁵. La jurisprudencia extranjera, sin embargo, suele brillar por su ausencia, como si los textos normativos extranjeros fuesen inmunes a ella, lo que posiblemente se deba, además de a la

³ A. WATSON, “Legal Change: Sources of Law and Legal Culture”, en *Un. of Pennsylvania L.R.*, n. 131, 1983, p. 1154, alude al «enormous power of the legal culture determinino the timing, the extent and the nature of legal change», aunque niegue el nexo necesario de los *transplants* con la cultura jurídica, no siendo necesariamente el Derecho un espejo de la sociedad. En este sentido también A. RILES, “Comparative Law and Socio-Legal Studies”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006, p. 795.

⁴ Respecto a las clasificaciones, me remito a S. BALDIN, “Riflessioni sull’uso consapevole della logica *fuzzy* nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2012, p. 1 ss.; ID., “The Fuzzy Logic and the Fuzzy Approach: A Comparative Law Perspective”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI G. (Eds.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch-México, México, 2017, I, p. 128 ss., que se refiere a A. SANGALLI, *L’importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, p. 23. Sobre la *fuzzy sets theory* véase también E. ROSCH, “Principles of Categorization”, en B. AARTS, ET AL. (Eds.), *Fuzzy Grammar: A Reader*, Oxford U.P., Oxford, 2004, p. 91 ss., y la bibliografía recogida en mi libro *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Astrea-Unam-Iij, Buenos Aires-México, 2016, pp. 198 ss.

⁵ Cfr. L. PEGORARO, “Las consultas de los profesores como fuentes del derecho (el papel de la doctrina en la jurisprudencia constitucional)”, en *Pensamiento Const.*, n. 20, 2015, p. 251 ss., también en ID., *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2016, p. 297 ss. Sobre los prejuicios que pueden generar las apresuradas afirmaciones de la doctrina constitucionalista, ID., “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, en *Diálogos de Saberes*, n. 43, 2015, p. 219 ss., y en AA.VV., *Studi in onore di Antonio Gambaro*, 3 vols, Giuffrè, Milano, 2017, I, p. 317 ss.

pobre o inexistente cultura comparatista de gran parte de los parlamentarios, a la mayor facilidad que tienen para apoyarse en los simples documentos textuales⁶.

La situación cambia –aunque no en exceso– cuando se trata de redactar o de reformar las Constituciones. A menudo, las asambleas constituyentes poseen una composición *ad hoc* (diversa de las ordinarias asambleas legislativas). Así, en ellas encontraremos a la *élite* de la sociedad civil, e incluso a expertos constitucionalistas más abiertos al mundo. En ocasiones, además, se muestra la aportación de la doctrina, y algunas veces se traerá a colación la aportación de la jurisprudencia. Pero también podrá ocurrir que el uso de la jurisprudencia en la construcción de un texto constitucional se deduzca del léxico de la Constitución, aun cuando ello no tenga lugar de modo explícito en los trabajos preparatorios. Representa, de hecho, un ejemplo claro de circulación transversal entre formantes el mismo artículo 82 de la Constitución española, que constituye una auténtica y propia *verbalizzazione* constitucional, no solo del artículo 76 de la Constitución italiana, sino principalmente de la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana sobre las leyes delegadas, fruto de los estudios elaborados⁷.

⁶ Contribuyen a esta tendencia también las oficinas de estudio de algún parlamento (como los franceses e italianos), que proporcionan solo los datos en bruto, sin comentarios, anotaciones y clasificaciones. Los parlamentarios no pueden pretender, sin la ayuda de las oficinas, abstraer o profundizar sobre el contexto en el cual vive la norma extranjera que quiere citarse, y mucho menos intentar que se compruebe su interpretación por parte de los jueces. Sobre la prohibición de comentar las traducciones (y más incluso, de “hacer comparación” por parte de traductores y funcionarios), en los parlamentos franceses e italianos, *vid.* F. MEGALE, “La traduzione delle legislazioni straniere nel Parlamento italiano e francese”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3, 2011, p. 663 ss. Sobre el diálogo interparlamentario, véase C. DECARO, N. LUPO (Eds.), *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, Luiss UP, Roma, 2009; L. SCAFFARDI (Ed.), *Parlamenti in dialogo. L’uso della comparazione nella funzione legislativa*, Jovene, Napoli, 2011.

⁷ En la Constitución española de 1978 se materializan algunas veces prepotentemente, y en otras solo se alcanzan a vislumbrar, los principios informadores del constitucionalismo liberal democrático, tal y como se han venido estructurando durante siglos en el viejo y en el nuevo continente, como también las instituciones del constitucionalismo heredado de Cádiz y dejados en el olvido por el franquismo. [Véase R. BLANCO VALDÉS, “La politica e il diritto: vent’anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)”, en L. PEGORARO, A. RINELLA, R. SCARCIGLIA (Eds.), *I vent’anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, Cedam, Padova, 2000, p. 9 ss.]. Ello junto con las soluciones innovadoras experimentadas en Alemania, Italia, Portugal, Francia y otros países, o bien, en otras ocasiones, los influjos de experiencias latinoamericanas, originales o de aquellas, muchos años antes imitadas de la antigua madre patria. En particular sobre los influjos portugueses, cfr. M. LIMONI, “*Le influenze della Costituzione portoghese nell’elaborazione della Costituzione spagnola*”, en L. PEGORARO (Ed.), *I*

Cuando se escriben *ex novo* las Constituciones, con frecuencia el terreno ya ha sido preparado por la doctrina, cuyo rol se enfatiza si a su elaboración concurren organismos especializados auxiliares de base científica (comités, comisiones de estudio o similares). Sin embargo, el buen o mal resultado dependerá del nivel de conocimiento comparado que muestren los órganos consultivos. Algunas veces se tiende a importar (o a exportar, como ocurre con la Comisión de Venecia⁸) soluciones normativas que no pueden dar frutos en otros lugares porque no se toma en cuenta la implementación de la jurisprudencia y las críticas de la doctrina pero, principalmente, porque no se hace caso de las advertencias de los comparatistas sobre las condiciones para la importación o exportación de los enunciados normativos o de las instituciones correspondientes. Todo depende, pues, de la preparación comparativa de los funcionarios y de los asesores, y en consecuencia también del papel de la Universidad, pues es quien ofrece esta preparación. Ello nos aporta el *sollen*, o lo que sería deseable, para proporcionar al legislador datos completos sobre el Derecho de otros países, que en muchas ocasiones se evoca de modo genérico y descontextualizado o que, incluso, es citado incorrectamente en los trabajos preparatorios de tantas leyes y Constituciones⁹.

trent'anni della Costituzione portoghese. Originalità, recezioni, circolazione del modello – Os trinta anos da Constituição portuguesa. Originalidade, circulação e recepção do modelo, Clueb, Bologna, 2006, p. 147 ss.

⁸ Es bien conocida la importante misión desempeñada por la Comisión de Venecia, constituida en el ámbito del Consejo de Europa, que ha servido como apoyo para la redacción de las Constituciones de los países del Este europeo. En tal sentido, podría decirse que el Derecho comparado está detrás de muchas elecciones constituyentes (o de reforma), como conjunto de normas, sentencias y doctrinas.

⁹ Sobre el papel de la doctrina en la toma de decisiones judiciales véase S. RAGONE (Ed.), *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*, Cepc, Madrid, 2015; G. AGUILAR CAVALLLO (Ed.), *Los profesores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, Triángulo, Santiago de Chile, 2017; P. PASSAGLIA (Ed.), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina – Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Ed. Scientifica, Napoli, 2015; P. PASSAGLIA, “Il Diritto Comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: un’indagine relativa al periodo gennaio 2005-giugno 2015”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (Eds.), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, p. 1275 ss.; J. RIVERO EVIA, R. SÁNCHEZ GIL, “Una manifestación del derecho intercultural: el uso de fuentes extranjeras en las sentencias”, *ivi*, I, p. 639 ss.; H. MIRANDA BONILLA, “La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica”, *ivi*, II, p. 1125 ss.; G. A. FIGUEROA MEJÍA, “Influencia de la doctrina en las decisiones de la Suprema Corte de justicia mexicana. Análisis de las sentencias de amparo en revisión, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (2001 a 2014)”, Porrúa, México, 2017 (e *ivi* L. PEGORARO, G. A. FIGUEROA MEJÍA, “Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales. Especial análisis de aquéllas incorporadas en los pronunciamientos de acción de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia mexicana”,

Querría, pues, plantear aquí dos interrogantes, al objeto de desarrollar el tema de mi ensayo –La Constitución española en su contexto comparado– de manera distinta a la habitual; es decir, documentando *per tabulas*, a través del análisis de los trabajos preparatorios, las citas comparadas que realizan los constituyentes: a) ¿cuales fueron los modelos existentes citados por las Cortes Constituyentes españolas en la labor de elaboración del texto del 1978?; y b) ¿representa la Constitución española un modelo imitado por los Constituyentes, o por el poder de reforma de otros países que reformaron sus Constituciones después de dicha fecha?

Existe una gran cantidad de libros y ensayos que muestran la influencia de España en las Constituciones extranjeras, sobre todo latinoamericanas, que fueron escritas tomando en consideración el Estatuto de Bayona¹⁰ y la Constitución de

también en *Bol. mex. der. comp.*, n. 147, 2016, p. 137 ss.); la parte I del *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, “Professori e giudici (I riferimenti alla dottrina nella giurisprudenza costituzionale e suprema)” (e *ivi*, p. 5 ss., L. PEGORARO, “L’influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo”). Además de L. PEGORARO, “Judges and professors: the influence of Foreign Scholarship on Constitutional Courts’ Decisions”, en M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (Eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford U.P., Oxford, 2015, p. 329 ss.; ID., “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado”, en E. FERRER MAC-GREGOR, A. HERRERA GARCÍA (Eds.), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013, p. 33 ss., en L. PEGORARO, *Teoría y modelos de la comparación*, cit., p. 95 ss., y en www.derechoydebate.com, 2017; L. PEGORARO, G. FIGUEROA MEJIA (Eds.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Iberoamérica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016 [e *ivi* ID., “Tribunales constitucionales, Cortes supremas y profesores en Iberoamérica”, p. 13 ss., trad. it. en S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (Eds.), *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze, I, Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 22 ss.]; L. PEGORARO, L. ESTUPIÑÁN ACHURY, Ó. HERRERA BEDOYA, (Eds.), “La circulación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana. Antecedentes, teorías y creación de un sistema de información web”, 128 *Universitas Juridica* (2014). doi:10.11144/Javeriana.VJ128.cdjc.

¹⁰ Sobre la Constitución de Bayona, *vid.* E. ÁLVAREZ CONDE, J. M. VERA SANTOS (Eds.), *Estudios sobre la Constitución de Bayona*, La Ley, Madrid, 2008.

Cádiz¹¹, y el influjo de la Constitución de 1978¹². Sin embargo, junto a los estudios sobre los procesos de decisión (o de invención), falta un análisis sistemático de los procesos de justificación (o validación)¹³. Aún con sus límites, estas investigaciones demuestran a veces el uso instrumental y político que se hace a partir de las referencias a los modelos por parte del poder constituyente y del poder de reforma¹⁴.

¹¹ Sobre la Constitución de Cádiz, entre los libros más recientes, entre otros, J. A. ESCUDERO (Ed.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Espasa, Madrid, 2011; B. PÉREZ GALDÓS, *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812*, Alianza, Madrid, 2012; TOMÁS Y VALIENTE, F., *Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*, Urgoiti, Pamplona, 2011; L. LÓPEZ GUERRA (Ed.), *La Constitución de 1812: Edición conmemorativa del segundo centenario*, Tecnos, Madrid, 2012; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas (Un análisis histórico-jurídico)*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1992, p. 65 ss. Sobre la influencia de la Constitución de Cádiz en América Latina, entre tantas contribuciones, publicadas en su mayoría con ocasión del bicentenario, *vid.* por ejemplo: J. L. CÁCERES ARCE, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Adrus, Arequipa, 2007; F. J. DÍAZ REVORIO, M. REVENGA SÁNCHEZ, J. M. VERA SANTOS (Eds.), M. E. REBATO PEÑO (Coord.), *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; AA.VV., *La Constitución gaditana de 1812 y sus repercusiones en América*, Un. de Cádiz, Cádiz, 2012; J. M. SERNA DE LA GARZA (Eds.), *Memoria del Seminario internacional: Conmemoración del bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina*, Unam, México, 2013; AA.VV., *México en Cádiz. 200 años después. Libertades y democracia en el constitucionalismo europeo (26 abr - 4 may. 2012 Cádiz, España)*, Trib. Elect. del Poder Jud. de la Federación, México, 2015. Sobre su circulación (también hacia Portugal) *vid.* E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *Breve historia del constitucionalismo común (1787-1931). Exilio político y turismo constitucional*, Arces, Madrid, 2006, p. 81 ss. En general *vid.* también diversos escritos de J. L. COMELLAS, espec. *Historia de la España Contemporánea*, Rialp, Madrid, 1990.

¹² Sobre la circulación de modelos constitucionales entre España y Latinoamérica, con referencia a la Constitución de 1978, véase F. FERNÁNDEZ SEGADO (Ed.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Min. de la Presidencia-Secr. General Técnica-Cepc, Madrid, 2003; J. F. PALOMINO MANCHEGO, “La Constitución Española de 1978 y su influencia en el Ordenamiento Constitucional Latinoamericano”, en J. PÉREZ ROYO, J. P. URÍAS MARTÍNEZ, M. CARRASCO DURÁN (Eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sevilla, 3-4-5 de diciembre de 2003)*, 2 vols, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, I, p. 357 ss.; ver también el n. 3, 2008 de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, con las ponencias presentadas al Congreso celebrado en Caserta el 29-30 de mayo de 2008: “2007-2008. Buon compleanno, Costituzioni (La circolazione di principi e istituzioni tra Europa e America: influenze reciproche tra le Costituzioni di Stati Uniti, Messico, Brasile, Italia, Francia, Spagna)”. Respecto a la circulación doctrinal, R. SÁNCHEZ FERRIZ, M. GARCÍA PECHUÁN (Eds.), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Ene, Valencia, 2001.

¹³ Sobre los procesos de decisión (o invención) y procesos de justificación (o validación), véase U. SCARPELLI, “Introduzione all’analisi delle argomentazioni giudiziarie”, en ID. (Ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976, p. 440.

¹⁴ *Vid.* en este sentido L. PEGORARO, “Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed ‘esportazioni’”, en F. FERNÁNDEZ SEGADO (Ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context – La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, trad. esp. “El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la ‘exportación’ de modelos”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, y en ID., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006.

En definitiva, trataremos pues de profundizar en diversas cuestiones: a) la influencia del Derecho constitucional extranjero en la Constitución española de 1978 (parte I); y b) la influencia del Derecho constitucional español en algunas Constituciones extranjeras (parte II). Debido al número limitado de páginas, en la segunda parte abordaremos solo tres ejemplos; dos de países latinoamericanos (uno hispanófono, Argentina, y otro lusófono, Brasil), más el caso de Italia, debido a las peculiares conexiones constitucionales entre los dos países.

II. PARTE I: EL DERECHO COMPARADO EN EL DEBATE CONSTITUYENTE ESPAÑOL:

En el debate constituyente español, las citas de ejemplos extranjeros afectan a muchos y muy diversos temas, desde la liberal-democracia y el Estado social, hasta las libertades, las fuentes, la forma de gobierno, la organización del Estado, las garantías, la justicia constitucional, etc.

II.I. LAS REFERENCIAS A LA LIBERAL-DEMOCRACIA Y AL ESTADO SOCIAL

En cuanto a la relación entre igualdad formal e igualdad sustancial o material, que sin lugar a dudas caracteriza una decisión fundamental conectada con la forma de Estado, en la discusión del Anteproyecto un diputado de AP propuso agregar a la palabra «igualdad» la expresión «ante la ley», ya que la Constitución puede solamente asegurar la igualdad ante dicha norma. Así, —como se explica en la breve motivación— «lo declama el artículo 3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana». E igualmente sugiere quitar cualquier referencia en el texto a las «condiciones personales o sociales», que no aparecen en el artículo 3, párrafo 3, del mismo *Grundgesetz*¹⁵. Por su parte, también ante el Senado se puso de relieve que lo dispuesto en la llamada «fórmula Lelio Basso» «como todos saben está inspirado en el artículo 3 de la Constitución italiana», y que «este artículo está tomado del artículo 2¹⁶ de la Constitución italiana, que ha sido uno de los más polémicos y que se

¹⁵ L. LÓPEZ RODÓ, Congreso, enmienda n. 691.

¹⁶ *Sic, recte* art. 3.

inscribe en este sentido prospectivo y dinámico de la Constitución»¹⁷. Los Constituyentes españoles demostraban, de este modo, conocer no solo la *law in the books*, sino también la *law in action*, aquella que habita en las sedes de los tribunales y en especial, en la justicia constitucional. Respecto al artículo 3 de la Constitución italiana, copiado casi íntegramente en el art. 9.2 CE, el Senador Monreal Zía recordó que «En la Constitución italiana, de cuyo artículo 3 procede, es éste uno de los preceptos que mayor juego han dado al Tribunal Constitucional en la interpretación de la legislación ordinaria...»¹⁸.

Desde una perspectiva más general, Peces-Barba Martínez resaltó que en materia de justicia (material) la recepción de los principios del artículo 3 de la Constitución italiana no impedían que al mismo tiempo estuviera “reviviéndose” en la nueva Constitución, una entera parte de la Constitución española de 1876, «menos progresista y menos moderna que la Constitución italiana de 1947»¹⁹. Asimismo, sobre el Estado Social de Derecho, se afirmó que ninguno ignora que sea «un Estado que ha sido constitucionalizado ya, y no sólo en distintas Constituciones de los “Länder” de la República Federal Alemana, sino en la propia Ley Fundamental de Bonn de 1949»²⁰. Y respecto al fundamento “laboral” de la renacida democracia se agrega –en el ámbito de una animada polémica sobre la naturaleza del nuevo Estado democrático– que España no es solo una monarquía, y que la referencia al trabajo como base fundamental «Tiene unos orígenes bien conocidos en la Constitución soviética, la expresión de una vigencia no ciertamente dilatada, así como en la Constitución española de 1931 y su recepción por la Constitución italiana»²¹.

¹⁷ Respectivamente, V. ARREGUI y P. PUGA, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 23.8.1978, n. 42, p. 1730 y 1731.

¹⁸ *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 26.9.1978, n. 59, p. 2951.

¹⁹ *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 5.5.1978, n. 59, p. 2032.

²⁰ O. BORDÁS, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 11.5.1978, n. 64, p. 2166.

²¹ G. SANZ y C. LABORDA (ponente), *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 11.5.1978, n. 64, p. 2177. Es preciso recordar, a propósito del rechazo de una determinada concepción del Estado, una intervención que afirma que también en Uganda y en Afghanistan tienen un «orden político», pero que no es el mismo propugnado por parte de los españoles: T. FARGAS, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 5.7.1978, n. 104, p. 3891.

Además, se alude a la Constitución italiana en el Senado respecto al art. 9, al subrayarse que era preferible utilizar la palabra «persona» en lugar de «ciudadanos»: efectivamente, se dice, «No aparece tal referencia en el antecedente de la Constitución italiana, que ha inspirado la redacción de este precepto»²². De otro lado, la misma disposición había sido presentada ante el Congreso, refundida entre las que eran objeto de una crítica posterior, acerca de la subordinación de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución, señalándose en ese momento que el «apartado (...) responde a las mismas preocupaciones de su homólogo de la Ley Fundamental de Bonn», y que «evidentemente el poder legislativo, como dice la Ley Fundamental de Bonn, está sometido a la Constitución ...»²³. También ante el Senado se recordaba el *Grundgesetz* de Bonn, al afirmarse que «nuestro texto se inspira directamente en el artículo 20 c) de la Ley Fundamental de Bonn». Y se añade que «No hay precedentes en que se diga que los ciudadanos están sujetos a la Constitución, sino es en la Constitución soviética, en la Húngara o en otras inspiradas en ellas»²⁴.

En lo que atañe a la filosofía en conjunto del texto, la llamada que se hace al «pluralismo político» en los términos del art. 6.1, viene apoyada en diversas justificaciones comparadas: efectivamente «La fórmula adoptada para el artículo 6 supone una posición intermedia entre la que sostiene la Constitución de Bonn y las que se encuentran en Italia, Francia, Portugal. La fórmula de nuestra Constitución es menos exigente que la alemana, pero más que la italiana, francesa y portuguesa, ya que se impone la actuación de los partidos “dentro del respeto a la Constitución y a la Ley”»²⁵.

El tema de la soberanía emerge, sobretodo, en relación al ordenamiento del Estado autonómico, aunque previamente surgieron también algunos problemas cuando se afirmaba que aquella “reside en el” o “proviene del” pueblo. A tal efecto se resaltó que «El artículo 1 de la Constitución de Weimar y el 20 de la Ley

²² Progresistas y Socialistas Independientes, enmienda n. 12.

²³ M. GIL, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 16.5.1978, n. 67, p. 2383.

²⁴ V. ARREGUI, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 23.8.1978, n. 42, p. 1727.

²⁵ Agrupación Independiente, enmienda n. 633.

Fundamental de Bonn se sirven del término “emana”, que si bien presenta una cierta connotación dinámica e incide en la idea del pueblo como fuente de la soberanía, no resulta quizá suficientemente expresiva en castellano, aún cuando fuera acogida, por influencia de la Constitución de Weimar, en el artículo 1 de la Constitución española de 1931». Por tales razones, el Senador Ollero Gómez sugirió la sustitución del término «reside» por «pertenece», ya que «Esa es la fórmula acuñada por la tradición constitucional francesa y recogida asimismo en la Constitución italiana de 1946 (*sic*)»²⁶.

Entre los diferentes temas tratados de forma sucinta en éste párrafo se encuentra, finalmente, el del ejercicio de la democracia directa, que dio lugar asimismo a diversas alusiones al Derecho comparado²⁷: por ejemplo, para solicitar la importación del art. 75 de la Constitución italiana e introducir el referéndum abrogatorio²⁸; o para prestar de todas formas una mayor atención a otros tipos de referéndum, sobre la base de la experiencia suiza²⁹, así como también de la inglesa³⁰; para poner de relieve cómo la utilización de los instrumentos de democracia directa encuentran siempre límites en su ejercicio, y cómo también la iniciativa popular debe acotarse, especialmente en materia fiscal, según evidencia la propia experiencia californiana³¹.

²⁶ O. GÓMEZ, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 18.8.1978, n. 39, p. 1584.

²⁷ Referencias doctrinales junto con las precedentes comparaciones citadas en los trabajos preparatorios, en N. PÉREZ SOLA, *La regulación constitucional del referendum*, Ed. Un. de Jaén, 1994, p. 27 ss.

²⁸ F. IRIBARNE, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 13.7.1978, n. 109, p. 4212.

²⁹ Id., *ibid.*

³⁰ Id., *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 6.6.1978, n. 81, p. 2945.

³¹ Id., *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 20.6.1978, n. 93, p. 3464.