

ESTUDIO PRELIMINAR

José F. Palomino Manchego (*)

I. Premisa: Impresiones de viaje a la ciudad de Bologna

Con devoto entusiasmo redacto las cuartillas que ahora siguen, para dar cuenta de una de las últimas obras escritas al alimón por dos distinguidos constitucionalistas italianos, a saber: Lucio Pegoraro (Vicenza, 30-I-1952) y Angelo Rinella (Roma, 28-V-1960). Y lo hago con sumo agrado por cuanto se trata de dos colegas dueños de una gran calidad humana, abiertos al diálogo, de personalidad cultísima, y desde luego, preocupados por lo que sucede en la realidad constitucional iberoamericana. De ahí que Pegoraro y Rinella –me consta– gozan de una grata simpatía en la ciudadela académica española, especialmente en la comunidad constitucional.

(*) Profesor de Derecho Constitucional de las Universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima y de la Academia de la Magistratura. Profesor de Derecho Constitucional comparado en la Maestría con mención en Derecho Constitucional de la Universidad Privada de Tacna. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)

Antes que nada, hay que decir que los autores, al ofrecer una gama de opciones interpretativas y sistemáticas, reafirman con el presente libro *Las fuentes en el Derecho Comparado (Con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, la línea trazada por sus antecesores, entre los que destacan: Paolo Biscaretti di Ruffia (1912-1996), Livio Paladin (1933-2000), Alessandro Pizzorusso (Lucca, 1931), Giuseppe de Vergottini (Pisa, 1936), Gustavo Zagrebelsky (Turín, 1943) y Giancarlo Rolla (Génova, 1946).

La primera vez que llegue a Bologna fue en el mes de noviembre de 2000, en compañía de Domingo García Belaunde, Ernesto Blume Fortini y Vladimir Arriaga Pinedo, merced a la invitación que nos formuló el eminente profesor Giuseppe de Vergottini. Había escuchado en mi época de estudiante del famoso Istituto Giuridico «Antonio Cicu» que está ubicado en la Via Zamboni, 27/29, y deseaba conocerlo. De igual forma, tenía ilusión de estar en la Universidad más antigua del mundo, la de Bologna, que data su acta natalicia de 1088.

En aquella ocasión conocí a uno de los colaboradores del profesor Vergottini, me refiero a Luca Mezzetti, muy compenetrado con lo que sucede en las democracias en transición –sus obras así lo reafirman– en especial en las de América Latina.

Ahora volvemos, cargados una vez más de ilusiones por ver tan agradable ciudad de tinte medieval, a fin de participar en la Universidad bolognesa en una velada académica cuyo título es «Le influenze europee e statunitensi sul costituzionalismo latinoamericano, con particolare riferimento al decentramento territoriale, alla giustizia costituzionale e alla protezione dei diritti». La invitación nos la formuló Lucio Pegoraro a Domingo García Belaunde, Ernesto Blume Fortini, Gerardo Eto Cruz y a mi persona, para el día 2 de octubre de 2001 a las 16.00 horas. Producto de dicho evento se ha publicado un libro que da cuenta de nuestras actividades académicas en la Universidad de Bologna.

Traigo a colación este recuerdo porque fue en Bologna donde con García Belaunde y Lucio Pegoraro definimos la traducción del presente libro al castellano, previos comentarios, detalles, composición y acabado. Esta es una de las formas cómo la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional va nutriéndose de autores de prestigio como son Pegoraro y Rinella.

Bologna es una ciudad muy importante, amén del turismo bien explotado, no solo para Italia, sino también para Europa: gente amable y culta, buenos restaurants, buena comida, buen café, agradables dulces, tiendas bien equipadas con lo último de la moda, y librerías para todos los gustos. Se siente un ambiente cultural inigualable, complementado con sus hermosos paisajes arquitectónicos de viejo cuño.

No olvidemos que Bologna ha sido testigo presencial de la II Gran Guerra (1939-1945) tal como lo demuestran los lugares donde cayeron abatidos los ciudadanos héroes, incluyendo a los niños y mujeres, y que ahora se les venera en verdaderos santuarios en determinados lugares de la ciudad a través de sus fotos, nombres y ofrendas.

II. Breves datos bio-bibliográficos sobre los autores

Importa observar a este respecto que Lucio Pegoraro es profesor ordinario de Derecho Público Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bologna. Ha publicado diversas monografías sobre *Il Governo in Parlamento. L'esperienza della Va Repubblica francese* (Padova, 1983); *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa* (Padova, 1987); *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* (Milano, 1988); *Le leggi organiche. Profili comparatistici* (Padova, 1990); *Gli statuti degli enti locali* (Rimini, 1993), *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei* (Bologna, 1993, en colaboración con A. Reposo), y *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata* (Torino, 1998).

Por otra parte, ha trabajado con G. Morbidelli, A. Reposo y M. Volpi en la elaboración del manual *Diritto costituzionale italiano e comparato* (Bologna, 2ª. ed., 1997); ha participado con D. López Garrido y M.F. Massó Garrote en la redacción del *Nuevo Derecho Público Comparado* (Valencia, 2000); en colaboración con A. Reposo, C. Fusaro, M. Gobbo, R. Scarciglia ha supervisado varias recopilaciones de lecturas, obras didácticas y códigos a cargo de las prestigiosas editoriales Cedam y Giappichelli.

Es autor de decenas de ensayos y artículos publicados en revistas italianas, españolas y latinoamericanas, incluyendo Perú, sobre temas relacionados con el Derecho Constitucional, con el Derecho Regional y de los entes locales y con el Derecho Comparado, como, por ejemplo, el derecho de la información, las fuentes del Derecho, la justicia constitucional, cuestiones metodológicas y la revisión constitucional, entre muchos otros temas. Dirige, junto a N. Olivetti Rason, la serie «*Diritto pubblico contemporaneo. Gli ordinamenti costituzionali*» (Editorial Giappichelli).

Unas palabras ahora sobre Angelo Rinella. Nuestro autor es profesor ordinario de Derecho Constitucional italiano y Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad LUMSA de Roma. Los asuntos tratados por él son principalmente: la Constitución económica y armonización comunitaria; el federalismo, la subsidiariedad y las minorías; las formas de Gobierno y la oposición parlamentaria; las fuentes del common law; los procesos de evolución y transición constitucional (UE, Europa centro-oriental, África del Sur, Canadá), también por lo que se refiere a la circulación de ciertos modelos.

Además de varios artículos y ensayos, ha publicado monografías sobre *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, 1997; *Materiali per uno studio di diritto comparato sullo "statuto" costituzionale dell'opposizione parlamentare*, Trieste, 1999; *Le fonti nel diritto comparato*, Torino, 2000 (con L. Pegoraro).

De igual forma, participó en unas publicaciones colectivas, tales como: con L. Pegoraro, *Semipresidenzialismi* (Padova, 1997); con L. Coen y R. Scarciglia, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali* (Padova, 1999); con L. Pegoraro e R. Scarciglia, *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale* (Padova, 2000); es colaborador de la obra colectiva dirigida por D. López Garrido, M.F. Massó Garrote, L. Pegoraro, *Nuevo Derecho Constitucional Comparado* (Valencia, 2000).

Bastará así un breve examen para resumir la carrera profesoral de Pegoraro y Rinella, docentes cabales, que no necesitan ningún tipo de presentación por cuanto son hartos conocidos por la comunidad jurídica italiana. De modo que no es ocasión de insistir sobre ello.

III. Algunas observaciones sobre el Derecho Comparado: su importancia e incidencia en el sistema de fuentes

Nadie puede objetar en las actuales circunstancias que el Derecho Comparado (o "sistemas jurídicos comparados" como prefiere denominarlo Pizzorusso⁽¹⁾) constituye el eje temático que da vida y forma a la Ciencia del Derecho, proyectándose a través de la transmisión del idioma, la religión y los valores, estableciendo el grado y tipo de desarrollo para hacer frente –bien artillada– a los fenómenos de la globalización, al universalismo, al intercambio intercultural de ideas, a la post-modernidad, y a la democratización de los Estados constitucionales⁽²⁾.

(1) Cfr. Alessandro Pizzorusso: *Curso de Derecho Comparado*, traducción del italiano de Juana Bignozzi, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1987, en especial págs. 79-102

(2) Cfr., al efecto, Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (Editores): *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiem-*

Empero, ¿Qué es el Derecho Comparado? ¿Cuál es su naturaleza? ¿Cuál es su objeto? ¿Macrocomparación y microcomparación del Derecho Comparado? ¿Cuáles son las familias jurídicas (sistemas jurídicos) que la integran? ¿Disciplina autónoma o Ciencia autónoma? ¿Es el Derecho Comparado una pluralidad de objetos o un método? Estas y un largo etcétera de interrogante podemos seguir planteando debido a la riqueza conceptual que ofrece el Derecho Comparado, especialmente, a partir del Primer Congreso mundial sobre la materia organizado por Raymond Saleilles, y que se desarrolló en París en 1900.

Al respecto, Leontin-Jean Constantinesco señala que: “Cualquier disciplina autónoma significa elevación. Esta se realiza partiendo de los hechos hacia la idea; de la profusión incoherente de observaciones, hacia la unidad de las reglas; de la yuxtaposición caótica de los conocimientos, hacia la jerarquía de categorías lógicamente establecidas. El primer deber de cualquier ciencia es, en suma, el de reducir, enmarcar y ordenar la multiplicidad desordenada de observaciones y hechos, pertenecientes a determinado ámbito, en categorías estables y objetivamente creadas. Su segundo deber es el de explicar lo que parece inexplicable, es decir, la profusión de los hechos por la unidad de las reglas y categorías. Tal sería –concluye Constantinesco– el papel que le toca desarrollar a la Ciencia del Derecho (s) Comparado (s) en cuanto disciplina autónoma: empeñarse en ordenar y clasificar en un todo coherente la multitud caótica de los macroresultados que le suministra la microcomparación; pero sólo podrá hacerlo sobre la base de los criterios científicos fundamentales que le son suministrados por la teoría de los elementos determinantes”⁽³⁾.

pos de globalización, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 2003, págs. 1-25, referidas a la Introducción.

(3) Cfr. Leontin-Jean Constantinesco: *Tratado de Derecho Comparado. (Introducción al Derecho Comparado)*, vol. I, traducción del francés por Eduardo Freitas Da Costa, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1981, págs. 328-329.

De ahí que el Derecho Comparado, de conformidad con lo expuesto por Rene David, constituye un instrumento indispensable para llevar a cabo la renovación de nuestra Ciencia Jurídica; debe servirnos para conocer mejor, comprender y profundizar en nuestro propio Derecho. Cuando los juristas se repliegan sobre su Derecho nacional, corren el riesgo de convertirse en simples técnicos, incapaces de dirigir, como es su misión, el desarrollo de su Derecho ⁽⁴⁾.

A mayor abundamiento, como ha sostenido Cueto Rúa ⁽⁵⁾, el tema de las fuentes del Derecho es uno de los que ha suscitado más vivas polémicas entre los juristas y iusfilósofos perplejos ante la variedad de los matices que ha ido adquiriendo en el tiempo y las sucesivas dificultades teóricas por él planteadas.

En esta avenida de continuidad, la multivocidad del vocablo *fuerza* («metáfora hidráulica») en el lenguaje natural, acota Pérez Luño, se traduce en abierta equivocidad al ser trasplantado a los dominios de lo jurídico, a tal extremo que el catedrático de Sevilla reflexione con sobriedad para sostener que hay un «desbordamiento de las fuentes del Derecho» ⁽⁶⁾.

Todo ello implica, por la fuerza de las cosas, que el Derecho Constitucional tendrá que acometer la tarea de regular todo el sistema de fuentes teniendo como norte a la Constitución, sin

(4) Cfr. Rene David: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción del francés de Pedro Bravo Gala, Aguilar, S.A., de Ediciones, Madrid, 1969 pág. 9.

(5) Cfr. Julio Cueto Rúa: *Fuentes del Derecho*, reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 9. Antecede Prólogo de Juan Francisco Linares.

(6) Así lo apunta Antonio-Enrique Pérez Luño en su libro *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, págs. 14 y sgtes. Se trata del Discurso leído el día 12 de diciembre de 1993, en el Acto de su recepción pública que incluye al final la contestación del Sr. D. José Martínez Gijón.

obviar por cierto, las tres grandes actitudes teóricas, a partir de 1934, sobre las fuentes del Derecho: a) La *positiva* que polariza su atención en la *causa formal* de las fuentes, de la que hace depender su fundamento y finalidad, y circunscribe su problemática teórica en la identificación del criterio de *validez*, que permite reconocer a una norma como perteneciente a un ordenamiento jurídico; es decir, el criterio que confiere a una norma la calidad de norma jurídica: la tesis de Hans Kelsen, y que ahora ha sido llevada a sus últimas consecuencias por las tesis autopoieticas de Niklas Luhmann y Gunther Teubner; b) La posición realista que enfatiza la *causa material* de las fuentes jurídicas, al situar su fundamento en las fuerzas sociales que contribuyen a crear el Derecho y su fin en determinar su grado de eficacia: la tesis de Alf Ross; y c) las doctrinas iusnaturalistas que tienden a primar la *causa eficiente* y la *causa final* de las fuentes del Derecho: la tesis de Ronald Dworkin, Robert Alexy y Guido Fassò ⁽⁷⁾.

Ahora bien, tal como hemos escrito en otra oportunidad, desde una acepción etimológica, la expresión fuentes del Derecho se refiere a todo aquello de lo que el Derecho procede, es decir, al origen de las normas jurídicas. El proceso de creación del Derecho, en realidad, es el que alude al concepto de fuentes del Derecho, o sea, a las distintas manifestaciones del Derecho en un ordenamiento dado.

El momento cumbre de la Constitución radica cuando se constituye en fuente de fuentes. El rol que desempeña la Constitución en el ordenamiento jurídico debe ser materia de atención por parte del operador-intérprete, ora el juez. En especial, debe poner énfasis a la coherencia lógica de las normas jurídicas dentro de cada uno de los Estados constitucionales modernos. Para lo cual se debe tener presente dos sistemas de articulación: a) el

⁽⁷⁾ Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, citado, págs. 57-61.

principio de jerarquía normativa, y b) el principio de competencia o distribución de materias.

Grafiquemos con un ejemplo. La Constitución de 1993 en su artículo 51, establece lo siguiente: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente". De igual forma, el artículo 138 apunta: "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

Aquí está el principio (estructural) de jerarquía formal o normativa, que consiste en que a las normas se les asignan diferentes rangos, ya sea superior o inferior, según la forma que adopten, conforme enseña Ignacio de Otto. Es decir, hay diversas categorías de normas jurídicas que tienen diferente rango (*prelación*), relacionándose de manera jerárquica entre sí. Ahora bien, el respeto al principio de jerarquía normativa determina la *validez* de las normas jurídicas. Una norma que contradice a otra superior carece de fuerza normativa y adolece de un vicio de invalidez *ab origine*. De otro lado, el principio de jerarquía normativa es decisiva para determinar la vigencia temporal de las normas: *lex posterior derogat anteriori*.

Y, el principio (estructural), de competencia o distribución de materias supone, en su formulación más genérica, que cada norma sea dictada por el órgano que posea la *potestad normativa*, es decir, por el órgano correspondiente. Este principio demuestra también que en un mismo nivel jerárquico existen diversas categorías de normas.

IV. Contenido y estructura teórica del libro "Las fuentes en el Derecho Comparado"

Nos encontramos frente a una obra, sistemáticamente articulada en tres sendos capítulos, y que se podrían resumir así,

sin trastocar su limpieza expresiva, ni mucho menos el matizado pensamiento de los autores.

Por lo que respecta al Capítulo I (*Las categorías de referencia*) hemos de significar que constituye el punto de nacimiento para poder entroncar bien al Derecho Comparado, y sobre esa base, ampliar los horizontes de cualquier saber jurídico. Una vez más vienen a cuento los conceptos y las categorías (de alta significación, por ejemplo, en el Derecho Constitucional). En tal sentido, la *macrocomparación* —como objeto de estudio— permite establecer un concepto lógico y aglutinante de fuentes del Derecho: fuentes legales, fuentes *extra ordinem*, fuentes-acto, fuentes-hecho, fuentes de grado superior, fuentes de grado inferior, fuentes intermedias y fuentes supremas. Recuerdan los autores, tomando como norte el Derecho Político, el papel que le cupo desarrollar —por ventura hoy en día prácticamente extinguido— al *Derecho ideológico*, como forma de producción normativa, representada por el Derecho soviético desde 1917 hasta finales de la década de los ochenta del siglo XX: ósmosis entre el Derecho y la ideología política dominante.

Los autores —luego de haberlo espigado cuidadosamente— resaltan muy bien el influjo religioso en las fuentes, a través del *Derecho divino* ⁽⁸⁾, en tanto que constituye una manifestación de la voluntad de una autoridad sobrenatural y que se impone a los destinatarios de las normas con la amenaza de sanciones en otra vida, juntas con otras de carácter terrenal. Para lo cual, hay tres religiones que califican la revelación divina como fuente del Derecho: a) Derecho canónico, b) Derecho hebreo y c) Derecho musulmán.

La *ratio* jurisprudencia, en tanto en cuanto es fuente del Derecho, desarrollada básicamente en Inglaterra, y cuyos fundamentos se manifiestan en las argumentaciones racionales de los jueces

(8) Viene a cuento el libro de John N. Figgis: *El derecho divino de los reyes y tres ensayos adicionales*, traducción del inglés de Edmundo O'Gorman, F.C.E., México, D.F., 1942.

producidas para solucionar casos concretos, dan lugar al *Common Law*. El Derecho transnacional como fenómeno de producción normativa se incluye dentro del Derecho jurisprudencial, con el propósito de buscar soluciones conducentes a la aplicación de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos que son diferentes al de referencia. Ejemplo: los tratados, convenios, protocolos, pactos o convenciones en materia de derechos humanos.

Estamos conformes con la académica palabra de Pegoraro y Rinella, en cuanto la norma consuetudinaria a través de sus dos elementos configuradores: *a)* el *usus* (como elemento material) y *b)* la *opinio* (como elemento espiritual), cuyas raíces se hunden en la antigüedad, también han jugado un papel importantísimo en la consolidación del sistema de fuentes. Su operatividad se refleja en la costumbre *contra legem* (las normas que derivan de actos legislativos prevalecen sobre las normas consuetudinarias precedentes para evitar posteriores costumbres que colisionen; en la costumbre *secundum legem* (se limita a aquellos casos en que la misma ley reenvía al uso; y en la costumbre *praeter legem* (materias no disciplinadas por la ley).

Por cuanto se ha expuesto, es el Derecho convencional, entendido como conjunto de normas autónomas sobre cuyo contenido los destinatarios se han puesto de acuerdo previamente, una de las fuentes *extra ordinem* de un ordenamiento jurídico, expresándose a través de los tratados, concordatos en materia religiosa y convenciones constitucionales, en Inglaterra especialmente.

Es de interés el planteo teórico, con consecuencias prácticas, que hacen Pegoraro y Rinella sobre la dicotomía entre el *Common Law* (cuyo origen es el *legal system* con influjo en EE.UU. De ahí que se hable del Derecho Angloamericano⁽⁹⁾ y el *Civil Law* (siste-

(9) Una visión global se puede ver en el libro de Oscar Rabasa: *El Derecho Angloamericano. Estudio expositivo y comparado del "Common Law"*, FCE, México, D.F., 1944. Antecede Prólogo de Salvador Urbina.

ma romanista) cuyo campo de acción tiene presencia en los Estados de cuño democrático-liberal de la Europa Continental. En la actualidad, lo demuestra la *praxis*, ambas tienen línea de contacto, relaciones e interconexiones.

En cuanto concierne al Capítulo II (Fuentes del *Common Law*) diremos con Pegoraro y Rinella que entre el pasado y el presente se asiste a la circulación del modelo del *Common Law* (Derecho inglés) por los motivos siguientes: *a)* relaciones y distancias (factores divergentes) que se han presentado en el decurso de la historia entre el *Common Law* y el *Civil Law*; *b)* períodos de comunicación y diálogo entre ambos sistemas (por ejemplo, la presencia de Inglaterra, por lo demás “recalcitrante”) en la Unión Europea con los Estados del *Civil Law*; y *c)* consolidación en el panorama internacional de dos modelos ejemplares de la familia del *Common Law*: el modelo inglés (Constitución flexible) y el modelo estadounidense (Constitución rígida). Enseñan los autores que el momento crucial de la separación de la familia del *Common Law* de la familia romanista se desarrolla a principios del siglo XVII debido a la fuerte personalidad de Sir Edward Coke (1552-1634).

En esa línea evolutiva, con precisión mayor, el *Common Law* presenta como rasgo característico —por espacio de cinco siglos— la centralización del sistema (medieval) judicial, es decir, es un Derecho regio con alcance y proyección a los súbditos y cuya composición dependía directamente del Rey ⁽¹⁰⁾. Lo dicho demuestra que —y para eso sirve el Derecho Comparado— no se puede entender hoy en día el problema que vive el juez (*judge-made-law*), y como tal la judicatura, si es que no se toma como constante referencial a la realidad inglesa de aquella época.

⁽¹⁰⁾ Vid. Jorge Carpizo: *Lineamientos constitucionales de la Commonwealth*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1971.

Y desde el ámbito procesal, los autores acometen la tarea de puntualizar que, el sistema inglés también hacía su propio espacio para poder fundamentarlo a través de diversas categorías: *cause of action* (reclamación de un derecho), *writ o brevis* (orden), *petitum causa petendi*, *itenera procesales*, *forms of action* (y su impacto en el *jury* o jurado), *writ in consimili casu*, *remedies precede rights*, *common lawyer*, *pleading*, *demurrer* y *serjeants* (hoy los *barristers*). Así, el procedimiento que realizaba la judicatura inglesa se tuvo que ir adaptando a nuevas experiencias puestas de relieve a la hora de llevar a término la impartición de justicia. Una de ellas es la *equity*, expresión del Derecho jurisprudencial derivados de los fallos provenientes de la *Court of Chancery* (Administración de la Cancillería), aun cuando con sus justos límites. El binomio legislación-jurisdicción tardó en asumir (decisión judicial) forma plena dentro del sistema del *Common Law*, como se demostró entre los años 1873 y 1875 a través de varias *Judicature Acts*.

El papel que cumple el precedente judicial resulta de vital importancia en el *Common Law* a través de la regla *stare decisis* que, en rigor, tiene doble valor: *a)* horizontal, ya que impone que todo tribunal debe seguir sus propios precedentes, y *b)* vertical, en tanto que obliga a los demás tribunales a someterse a los precedentes dictados por el tribunal jerárquicamente superior. Todo esto se ajusta y camina debido a la *opinion* del juez del *Common Law* puesta de manifiesto en la decisión judicial. La teoría clásica del precedente, nacida en Estados Unidos y luego irradiada en Inglaterra se cuaja a partir de los años 30 del siglo XX. Consta de dos partes: *a)* la *ratio decayendo*, que es la regla general, el principio jurídico subyacente que aplicado a los datos probados, determina la decisión del caso concreto; y *b)* el *boite dictame* o *gratis dicta*, que representan la parte de la decisión que no es reconocible a la *ratio decayendo*, y cuya autoridad es apreciable en términos de doctrina jurídica. En definitiva, la *decision* crea el precedente, y la *opinion* consiste en los argumentos de que se valen los jueces para motivar la *decision* misma.

Súmese a lo expuesto las recientes tendencias en la teoría del precedente desarrolladas en la jurisdicción del *Common Law*, sin abandonar las vigas maestras, con lo cual se presenta una suerte de reinterpretación en la regla del *stare decisis*. Como lo señalan Pegoraro y Rinella: un caso que sea frecuentemente *criticized* (criticado), *questioned* (cuestionado) o *distinguished* (de *distinguishing*: poder de distinguir) tiene más probabilidades de sufrir el *overruling* (negación del precedente) que siempre lo tiene un caso que se resuelve no tanto por el vínculo burocrático y positivista del precedente, sino por el conocimiento que alberga. De lo expuesto se desprende que: a) la técnica *anticipatory overruling* se basa en un principio del *stare decisis* que se entiende derivado no de decisiones anteriores, sino de decisiones futuras; y b) la técnica *prospective overruling* consiste en la posibilidad que tiene un juez de modificar un precedente que crea inadecuado ante la evolución previsible del supuesto de hecho que se discute: *pro futuro*.

Menciónese ahora dos últimos aspectos puntuales referidos a este capítulo. Me refiero a la labor que le toca desarrollar a la legislación en el *Common Law* y que comprende el conjunto de fuentes que presentan forma escrita: el *status* que una vez que ha sido promulgado queda suspendido hasta que el juez no proceda a su primera aplicación a un caso, para que recién ahí entre al circuito del *case law*. Y, en fin, el tema de las fuentes constitucionales o *constitutional law*, reconocidas en los sistemas del *Common Law*, y que tiene varios puntos de contacto con sus homólogos del *Civil Law*, como lo han demostrado en la obra Pegoraro y Rinella.

Su estructura la componen las convenciones constitucionales, es decir, normas de Derecho Público no escrito y que serían, básicamente, las siguientes ⁽¹¹⁾: la *Magna Charta Libertatum* (1215),

(11) Vid. Arthur E. Sutherland: *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana. (Ideas fundamentales sobre constitucionalismo)*, traducción del inglés de José Clemente, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires,

las *Confirmatio Chartarum* (1297), la *Petition of Rights* (1628), la *Habeas Corpus Act* (1679), el *Bill of Rights* (1689), el *Act of Settlement* (1701) modificada por la *Abdication Act* (1936), la *Representation of the People Act* (1867) y las *Parliament Acts* (1911 y 1949). Su complemento se ha hecho con las denominadas *conventions* (normas *extra-ordinem*) en su condición de reglas.

Y, en lo que atañe al Capítulo III (Fuentes del *Civil Law*) debemos precisar que la codificación francesa (*Code Civil* de 1804), la suiza y la alemana, fueron las que sentaron las bases en Europa del siglo XIX. A partir de ahí sus categorías se fueron expandiendo en el globo terráqueo. Paralelamente a ello, comienza a tomar fuerza el fenómeno del constitucionalismo y la expansión de los derechos fundamentales. Será el concepto de ley el que empiece a enriquecer el sistema de fuentes, sin embargo el concepto de Constitución (como meta-fuente) y el principio de rigidez serán los que diseñen la estructura taxonómica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, teniendo al frente al Tribunal Constitucional como "intérprete supremo" de la Constitución. Con el nacimiento de las constituciones rígidas, el concepto de reserva de ley (material y formal) ha sufrido una fuerte evolución.

Resulta interesante significar –siguiendo una vez más a los autores– que el procedimiento de formación de la ley (*iter legis*) se regula tanto en la Constitución, en los reglamentos parlamentarios, en las fuentes no escritas, algunas veces en leyes orgánicas y raramente en leyes ordinarias. Nos encontramos así con el tema de la técnica legislativa –elemento configurador del Derecho Parlamentario– y cuya labor también incidirá en el sistema de fuentes del Derecho.

El *iter* legislativo se encuentra articulado en tres fases o etapas: a) fase de iniciativa parlamentaria, procedimiento legislativo

1972. La presente obra constituye de capital importancia para abordar el tema en toda su complejidad.

vo o toma de consideración; *b*) fase constitutiva (en tres lecturas: anuncio del depósito, comisiones competentes y nuevamente la intervención del *plenum* que realiza el reconocimiento final del texto. Destácase aquí que la intervención del jefe del Estado en el procedimiento legislativo se manifiesta más allá de la fase introductoria en la fase de perfeccionamiento o de complemento de la eficacia, bajo tres modalidades diferentes: el reenvío al Parlamento de la deliberación del Legislativo, la sanción y la promulgación (o el rechazo). Y, *c*) la publicación a través de un periódico oficial para asumir la presunción de conocimiento de los ciudadanos pasado un período más o menos prudencial, no siendo usual que las leyes entren en vigor el mismo día de su aprobación.

Asimismo, subráyese la labor que cumple la ley orgánica en su versión moderna reconocida por la Constitución francesa de 1958, que constituye un acto-fuente del Parlamento que se aprueba mediante un procedimiento más riguroso, en comparación con el *iter* ordinario de la ley, que se encarga de regular materias que involucran principalmente a los poderes públicos que se encuentran limitados por los principios establecidos en la Constitución y que, como tal, están sometidos a un proceso de modificación y derogación más complejo.

Los actos con fuerza de ley del Poder Ejecutivo, la legislación delegada (*autorización*), los decretos y ordenanzas de necesidad (cuyo acto ahora es asumido por el Ejecutivo), las fuentes de los entes territoriales periféricos (constituciones y estatutos), la distribución de competencias (criterios por el cual cada materia es disciplinada por el "poder central"), las fuentes comunitarias (las Comunidades europeas, denominadas Unión Europea a partir de 1992), la *fuerza* de los actos comunitarios, los reglamentos, las fuentes-acto residuales, los reglamentos parlamentarios, las sentencias constitucionales, y el referéndum abrogatorio, rubrican a todas luces las singularidades que ofre-

ce el *Civil Law*, ahora expuestas y analizadas con el caudal de saberes, capacidad de síntesis y agudas reflexiones, por los constitucionalistas italianos Pegoraro y Rinella.

Así las cosas, ambos demuestran que dominan los estilos y las técnicas que todo cultor de la Ciencia Jurídica debe tomar en cuenta al momento de usufructuar el Derecho Comparado, en esta oportunidad, por el conducto del Derecho Constitucional.

V. Consideraciones finales

Así pues, a la luz de todo lo expuesto diremos que *Las fuentes en el Derecho Comparado*. (Con especial referencia al ordenamiento constitucional), es un libro breve y conciso, pero preñado de sugerencias y rubricado con un exquisito anclaje bibliográfico. Ahí los lectores encontrarán las directrices fundamentales del Derecho Comparado, disciplina que sirve como cabeza de puente, ora al Derecho Privado, más en concreto al Derecho Constitucional Comparado⁽¹²⁾.

Y, además, consiguientemente, porque el libro contiene un riqueza de perspectivas científicas y académicas, útiles para quienes se proponen llevar adelante el cultivo del Derecho Constitucional Comparado, teniendo como norte el método comparativo, empleando lo que Pegoraro y Rinella han venido insistiendo con sobrada razón: *la circulación de los modelos clásicos*. Así, la presente obra acentuará con creces –qué duda cabe– el sincero contacto intelectual que tenemos con los constitucionalistas italianos, productos del buen entender y decir universitarios.

(12) Más propiamente, para el tema *vid.* José F. Palomino Manchego: *Syllabus de Derecho Constitucional Comparado*, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003, Antecede Liminar de Domingo García Belaúnde

Ya llegados a este punto, resulta conveniente señalar y recomendar al atento lector –si pretende sacar provecho– que se centre en el contexto general de la obra, aun cuando no sea necesario. Todo lo anterior nos sitúa ahora en condiciones de decir que, la incardinación del Derecho Comparado en el Derecho Constitucional –no empece decir que es un concepto netamente iusprivatista– se hace más notorio e imprescindible que en las demás disciplinas jurídicas. Dos botones de muestra: la Ley N° 27687 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) y la Ley N° 28094 (Ley de Partidos Políticos) traerán –qué duda cabe– una nueva perspectiva de análisis, y para eso hay que estar bien artillados con las categorías del Derecho Comparado.

Y los sistemas del *Common Law* y del *Civil Law*, como hacen notar los autores en las consideraciones finales cargadas de ideas, todas muy sugestivas, sirven de base para una mejor formación y visión de los juristas en el mundo jurídico. Las tareas vocacionales y el deseo de acercamiento intelectual de Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, puestas de relieve en el presente libro, demuestran que ambos siguen prestando un mejor servicio a la Ciencia del Derecho Constitucional. Por tanto, acogamos con cordial aprobación el presente libro útil y oportuno.

Bologna, octubre de 2001.

Lima, diciembre de 2003.