

ano 14 - n. 55 | janeiro/março - 2014
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla

Bibliotecário: Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Crítica de la comparación constitucional “ad hoc”

Michele Carducci

Catedrático de Derecho constitucional comparado y Director del “Centro Euroamericano sulle Politiche Costituzionali” en la Universidad del Salento (Italia). Profesor Honorario de la Universidad “Ricardo Palma” de Lima (Perú). Profesor visitante de la PUC Paraná.

Resumen: Este artículo resume las características de los métodos de comparación constitucional, que prevalecen en el estudio de los fenómenos de globalización y derecho transnacional. La comparación de “casos” y “problemas”, fundada sobre “dialogue” y “cross-fertilization”, sin discutir de las “causas” de las diferencias en la fragmentación de los espacios jurídicos, produce una actitud intelectual de “praesumptio similitudinis” y de “talcualismo”, que el autor define comparación “ad hoc”, porque funcional a las condiciones geopolíticas y económicas preconcebidas y por ello perjudicial en la educación crítica del jurista global.

Palabras-clave: Comparación “ad hoc”. Isomorfismos. “Talcualismo”. Fragmentación de los espacios jurídicos. Educación crítica.

Sumario: I “Ad hoc-cracia” y derecho constitucional comparado – II ¿Cómo se manifiesta la comparación “ad hoc”? – III ¿Cómo superar la comparación “ad hoc”?

I “Ad hoc-cracia” y derecho constitucional comparado

¿Cuál es la función de la comparación constitucional frente a los fenómenos de fragmentación de los espacios jurídicos, reorganización global de los poderes públicos, (aparente) constitucionalización del orden internacional? ¿Cómo enseñar los métodos de comparación? Hoy en día estas preguntas son esenciales para reconstruir el ethos de la educación legal en el mundo global.¹

La dominación del “nacionalismo metodológico” ya no es suficiente para entender el derecho contemporáneo. Pero también la comparación “ad hoc”, vinculada a este “nacionalismo metodológico”, ya no tiene capacidad eurística global.²

¹ Véase el “clásico” W. Twining, *Globalization and Comparative Law*, en *Maastricht Journal*, 6, 1999, 217 ss., y también W.M. Reisman, *Designing Law Curricula for a Transnational Industrial and Science-Based Civilization*, en *Journal of Legal Education*, 46 1996, 322 ss.; G.M. Sanchez, *A Paradigm Shift in Legal Education. Preparing Law Students for the Twenty-First Century: Teaching Foreign Law, Culture, and Legal Language of the Major U.S. American Trading Partners*, en *San Diego Law Rev.*, 34, 1997, 635 ss.; M.C. Daly, *The Ethical Implications of the Globalization of the Legal Profession: A Challenge to the Teaching of Professional Responsibility in the Twenty-First Century*, en *Fordham Int'l Law Journal*, 21, 1998, 1239 ss.

² Véase M. Carducci, *Euristica dei “flussi giuridici” e comparazione costituzionale*, en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2013, pp. 337.

Sin embargo, la comparación “ad hoc” sigue siendo la práctica más generalizada de derecho público comparado, con todas las limitaciones derivadas.³

¿Qué significa comparación “ad hoc”?

Significa el estudio comparado del derecho reconducido a la mera adquisición de conocimientos funcionales a “casos” y “problemas” en un espacio: simple información comparada sobre soluciones, sin tener en cuenta el contexto histórico y semántico de la sociedad y la pluralidad de espacios del derecho público. La práctica y la enseñanza de la comparación siguen entonces deteniéndose en la contemplación de un deseo tan imposible como inútil: aquel que confiere al jurista un conocimiento orgánico, cuasi completo, incluso atento, sobre todo a los detalles de un espacio (generalmente el propio Estado), para hacer asimilar, con el ejercicio y la memorización, información y conocimientos, en función de usos prevalentemente profesionales (o, como se suele decir hoy, “profesionalizantes”),⁴ sin la carga de la contextualización histórica, social, económica, cultural, antropológica del derecho en la complejidad de los espacios globales.

Téngase presente que esta elección es cualquier cosa menos “neutra”. Ella legitima el status quo, haciendo caso omiso de las figuras históricas que la han producido. Entonces, la comparación “ad hoc” es una verdadera ideología jurídica. Esto se puede constatar al menos en tres frentes.

En primer lugar, esta idea del Derecho comparado como información representativa es un producto fisiológico de la tradición occidental en la formación universitaria, cual institucionalización del desarrollo consciente y orgánico de una pertenencia física y moral: el mundo de la civilización cristiana y la soberanía secularizada. Se trata de una expresión, si así puede decirse, de “etno-(euro-)centrismo pedagógico” del jurista.

En segundo lugar, la investigación informativa del comparatista salvaguarda el “disciplinarismo”, o sea, la organización institucional —sobre todo la universitaria— del conocimiento compartimentado, las “disciplinas” concebidas como dominios separados, auto-referencialmente constituidos, cerrados en sí mismos y sin comunicación y, precisamente por tales razones, “controlables” (confundiendo, de esta manera, la “verificabilidad” científica de una investigación, con su “controlabilidad” institucional o incluso burocrática).

Este “cierre” probablemente facilita el esfuerzo del profesor-investigador (es más fácil transmitir un estatuto disciplinario, antes que comunicar los diversos elementos de la complejidad social), pero justifica, además, aquella clara separación entre los objetos de la humanidad (naturaleza, ser humano, sociedad, tecnología), cuya unidad nace, por el contrario, como impronta específica del constitucionalismo

³ Véase la crítica de L. Pegoraro, *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato*, en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2013, 305 ss.

⁴ Esta es la posición de B. Markesinis, *Il metodo della comparazione*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2004, 87.

moderno, con respecto a todas las experiencias que han precedido las Revoluciones americana y francesa.⁵

Entre otras cosas, como es evidente, este proyecto está siendo debatido como nunca antes de cara a las nuevas fronteras constitucionales: desde la cuestión de la dignidad humana en la bioética, al "desarrollo sostenible", hasta los derechos de las generaciones futuras y los "derechos de la naturaleza".⁶

Por último, esta producción parcializada de la investigación, axiomática y cerrada en sí misma, unida a la racionalidad "autónoma" de cada disciplina separada, obstaculiza el espíritu crítico del conocimiento, ya que admite pasivamente la dificultad, si acaso no la imposibilidad, de acceder a formas complejas de realidad y de encaminar a soluciones los distintos problemas de la realidad mundial. Desde este punto de vista, cada disciplina, omitiendo considerar un componente constitutivo de la cientificidad de cualquier disciplina de investigación y enseñanza —vale decir la real y efectiva capacidad de resolución de los problemas humanos emergentes en sentido a la sociedad— se revela al fin y al cabo "socialmente inútil".

El método construye en sí mismo el propio objeto y lo mantiene aislado dentro de fronteras rígidas que exoneran al constitucionalista de sentirse como un "intelectual social".

De esta manera, la comparación "ad hoc" trata de "casos" en lugar de "causas" (por ejemplo, comparando institutos, modelos, problemas y soluciones, según un enfoque "clínico"),⁷ pero no considera la complejidad de las historias del constitucionalismo y de las relaciones geopolíticas entre sistemas jurídicos⁸ como también la "constitución económica" del derecho internacional,⁹ la "Konstitutionelle Verfassung".¹⁰

Hoy, sin embargo, esta influencia geopolítica ya no se puede negar, porque el derecho público contemporáneo no es sólo una regulación de un espacio (como derecho del Estado) o entre espacios (como derecho internacional).¹¹

De hecho, justo el derecho público contemporáneo, como se ha señalado,¹² se ha convertido en una "ad hoc-cracia", de acuerdo a la sectorialización de los intereses

⁵ A la Constitución como "mecanismo", la modernidad entrega la idea de Constitución como "proyecto de humanidad": en este sentido M. Troper, *La machine et la norme. Deux modèles de Constitution*, en *Id, La Théorie du Droit, le Droit, l'état*, Paris, PUF, 2001, 147 ss.

⁶ Véase M. Zuleta, H. Cubides, M. Escobar (eds.), *¿Uno solo o varios mundos? Diferencia, subjetividad y conocimientos en las ciencias sociales contemporáneas*, Bogotá, Universidad Central-lesco, 2007.

⁷ Acerca de los problemas de la "clínica jurídica" en la comparación, véase *Clinical Legal Education: Form and Funding*, en www.heacademy.ac.uk/events, 2012.

⁸ M. Koskenniemi, *International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education*, en *European Journal of Legal Studies*, 1, 2007, 2 ss.

⁹ P. Picone, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, en *Comunicazioni e Studi*, XVI, 1980, 137 ss.

¹⁰ C. Schmitt, *Il Nomos della terra* (1950), trad. it., Milano, Adelphi, 1991.

¹¹ En Italia, véanse: M. Bussani, *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Einaudi, 2010; P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, Laterza, 2013; G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

¹² S. Cassese, *Il diritto costituzionale globale: un'introduzione*, en *Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2005, 342, y *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 16.

geopolíticos y económicos. Esta sectorialización relativiza las categorías jurídicas en el espacio y amenaza la estabilidad de los derechos y libertades de las personas en las relaciones sociales en cada espacio.¹³

Resolver “casos” en un espacio, gracias también a una comparación “ad hoc”, no significa garantizar la estabilidad de los derechos y libertades de las personas en todos los espacios. Y la comparación “ad hoc” para un espacio no conduce necesariamente a garantizar los mismos resultados de estabilidad obtenidos en otros espacios.

En esta perspectiva, imaginar que existe un constitucionalismo “trans-nacional” o incluso un derecho constitucional “cosmopolita”, es muy poco realista.

II ¿Cómo se manifiesta la comparación “ad hoc”?

En el mundo occidental, se encuentran al menos tres prácticas de esta comparación “ad hoc”.

La primera se basa en la presunción ideológica de los partidarios del “Rule of Law” global basado en el “diálogo” entre los Cortes, los Legal Network, el Constitutional Borrowing, las “Migrations of Constitutional Ideas”, las “imitaciones”.¹⁴

Este es el fenómeno material e intelectual más ampliamente difundido en el mundo. Es también el fenómeno más paradójico, ya que se practica dentro y fuera de Europa, en una lógica de “mundo plano”, consecuencia de la globalización del mercado y de la comunicación tecnológica.¹⁵

De hecho, esta comparación “ad hoc” se basa en el protagonismo del operador jurídico, sea este un jurista técnico o un juez, independientemente del “espacio” en el que éste opere. Sin embargo, desde un punto de vista metodológico, el optimismo hacia el “Law in Action” de estos “técnicos” cual promotores del “diálogo”, se olvida de cuatro aspectos analíticos de la comparación constitucional.

- a) Olvida que el “Derecho común” del constitucionalismo es transitado históricamente a través de la construcción de “sentidos comunes” de pertenencia que son edificados sobre espacios políticos, límites territoriales, historias sociales, idiomas y culturas, conflictos sobre identidades, que han sido tematizados y resueltos a través de la escritura constitucional del poder constituyente.

¹³ D. Chalmers, Post-nationalism and the Quest for Constitutional Substitutes, en *Journal of Law and Society*, 27, 2000, 192 ss.

¹⁴ En América latina, veáanse estos autores: I. Turégano Mansilla, *Justicia global: los límites del constitucionalismo*, Lima, Palestra, 2010; N. Neves, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009; A. Ramos Tavares, Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional, en *12 Rev. Brasileira Est. Const.*, 12, 2011, 4 ss.

¹⁵ Th.L. Friedman, *The World is Flat. A Brief History of the Twenty-First Century*, New York, Picador, 2007.

- b) Olvida que, ante la evidencia de los datos empíricos, el llamado "diálogo" representa más bien un "lugar común"¹⁶ donde se proyectan discursos casi siempre unilaterales y de uso retórico interno,¹⁷ y no un verdadero proceso real de construcción de una utilización "recíproca" de herramientas conceptuales y decisiones jurisprudenciales.
- c) Olvida además que el llamado "diálogo", en cuanto técnica de citación de otras opiniones jurídicas, históricamente nunca ha logrado edificar tradiciones jurídicas radicadas en la sociedad, sino que ha producido opinio iuris en lugar de Constitutional Customs.¹⁸
- d) Olvida finalmente que cualquier "diálogo" debe considerar las estructuras internas del ordenamiento jurídico en el que cada juez opera, respecto a las relaciones entre las fuentes del derecho, y en especial debe considerar la dialéctica de las relaciones de poder entre las decisiones políticas y las decisiones jurisprudenciales respecto a la concretización de los derechos materiales sean individuales o sociales y de las instancias de emancipación y de igualdad.

Junto a esta práctica, se ha extendido, especialmente en América Latina, la comparación "ad hoc" sobre los procesos de integración regional, en nombre de un presunto derecho constitucional transnacional, basado en la "idea" del isomorfismo de los sistemas legales.¹⁹

Las teorías acerca del isomorfismo entre ordenamientos jurídicos consideran que las experiencias jurídicas pueden uniformarse "en función" de objetivos compartidos por éstas. Estas teorías ofrecen la base al "funcionalismo", el cual ha permitido se lleve a cabo el proceso de integración europeo y se conforme la "figuración" intelectual (incluso antes que su misma hipótesis científica)²⁰ de la *praesumptio similitudinis* entre realidades jurídicas: piénsese, en general, a las teorías de isomorfismo de los Organizational Fields, mediante las cuales se busca legitimar, antes que explicar, los fenómenos de circulación de modelos institucionales, prácticas, ideas, y "diálogos".²¹

¹⁶ Así lo decía ya en la segunda mitad del siglo XX L.J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, trad. it., Torino, Giappichelli, 2000. Referente a los "lugares comunes" del juez, véase G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, il Mulino, 2010.

¹⁷ M. Carducci, *Judicial Re-Use. "Codification" or Return of Hegelism in the "South" of the World?*, en 2 ns. *Eunomia*, 2, 2013, 15 ss.

¹⁸ H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, trad. it., Bologna, il Mulino, 2011, 228 ss.

¹⁹ M. Carducci, *Argomento comparativo e presunzione di isomorfismi interordinamentali: spunti critici dalla prospettiva latinoamericana*, in *Studi in on. di Aldo Loiodice Bari*, Cacucci, 2012, 1577 ss.

²⁰ Sobre la diferencia entre "figuraciones" e "hipótesis científica" de comparación, refiero a M. Carducci, *Coinvolgimento e distacco nella comparazione mondo*, en *Bol. Mexicano Der. Comp.*, 128, 2010, 595 ss.

²¹ Véase: C.L. Machado da Silva, Edson R. Guarido Filho, L. Rossoni, *Organizational Fields and the Structuration Perspective: Analytical Possibilities*, en 3 *BAR*, 2, 2006, 32 ss. (www.anpad.org.br/bar) y con referencia al *Judicial Dialogue*, O. Frishman, *Transnational Judicial Dialogue as an Organizational Field*, en *Eur. L. J.*, 19, 2013, 739 ss.

De acuerdo con su más autorizado representante, el rumano David Mitrany,²² el funcionalismo se legitimaba sobre la base de un enfoque gradualista de tipo económico: para tener éxito y no reproducir nuevas guerras en Europa, y entre Europa y los Estados Unidos, la cooperación interestatal debía consistir en una integración supranacional por “sectores pacíficos”, es decir, no por “materias” o “funciones” que fueran restadas a los Estados, sino por “ámbitos técnicos comunes a los Estados” recíprocamente ventajosos en el plano económico y por tanto “no controversiales”. Estos “ámbitos/sectores pacíficos” habrían conllevado a las “funciones” y a las “materias”, ya que «la soberanía no (habría sido) transferida a través de una fórmula sino sólo a través de una función».

Este pragmatismo abrió las puertas para calificar a Europa como el “prototipo” de las integraciones supranacionales: será precisamente Mitrany, quien de hecho sostendría que lo “funcional” es “imitable y exportable”, y lo “político” no lo es; allanando de esta forma el camino para las teorías del Policy Transfer y los enfoques funcionalistas en el derecho comparado.²³

Sobre estas bases, sin embargo, la teoría de la “reproducibilidad”, desclasificando los elementos de carácter jurídico constitucional de los procesos supranacionales, terminó ignorando a lo que Antonio Papisca ha definido como los “indicadores de estatalidad sostenible”,²⁴ con los cuales poder medir el impacto de los ámbitos/sectores “no controversiales”. De esta forma sin considerar (asumiéndolos como indiferentes) los presupuestos constitucionales de salida de los Estados “a integrarse” (y comparar) y su “grado” normativo (por verificar) de integración, la integración funcional resultaba indefinida, en lugar de “neutral”, en los posibles resultados finales.

En cierto modo, la profunda dificultad de identidad “constitucional” de la Unión europea, así lo demuestra.²⁵

La tercera práctica de comparación “ad hoc” es la anglo-americana practicada por los bancos y los intereses financieros,²⁶ legitimada por la Legal Origins Theory, o teoría de las Legal Ground Rules,²⁷ y utilizada para los “países en desarrollo”²⁸ y

²² D. Mitrany, *The Prospect of Integration: Federal or Functional?*, en *J. Common Market St.*, 4, 1965, 33 ss., y *A Working Peace System: an Argument for the Functional Development of International Organizations*, London, Royal Institute of International Studies, 1943.

²³ Véase: C. Radaelli, *Policy Transfer in the European Union: Institutional Isomorphism as a Source of Legitimacy*, en *Governance*, 13, 2000, 25 ss.; D. Argyriades, *Good Governance, Professionalism, Ethics and Responsibility*, en *Int'l Rev. Adm. Sc.*, 72, 2006, 155 ss.; M. Evans (ed.), *Policy Transfer in Global Perspective*, Aldershot, Ashgate, 2004.

²⁴ A. Papisca, *Dallo Stato confinario allo Stato sostenibile*, en *Dem. Dir.*, 2-3, 1994, 273 ss.

²⁵ M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, Cedam, 2013, Cap. Primo.

²⁶ World Bank-International Finance Corporation, *Doing Business*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2004 y 2005.

²⁷ M. Siems, *Legal Origins: Law & Finance v. Comparative Law?*, Duesseldorf Center for Bus. & Corp. L. Res. Paper Series n. 0023, 2006; K. Pistor, *Legal Ground Rules in Coordinated and Liberal Market Economies* 30, ECGI Working Paper Series in Law, 005; L.M. Firefax, *The Legal Origins Theory in Crisis*, en *Brigham Young Univ. L. Rev.*, 2009, 1571 ss.

²⁸ D. Schneiderman D. *Constitutionalizing Economic Globalization: Investments Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2008.

ahora evocabada también para la Europa en crisis.²⁹ Esta se basa en la presuposición heurística neoliberal,³⁰ destacada por Ferguson,³¹ de la división entre "modernidad como telos" (es decir como objetivo de un proceso que se desarrolla a través del tiempo) y "modernidad como status" (como privilegio de quién es moderno respecto de quién no lo es): Occidente posee el status y el resto del mundo el telos.

En los planteamientos de la Legal Origins Theory y de la Ground Rules, la intención es exactamente esta:³² direccionar jurídicamente las realidades "no modernas" hacia la realización del telos, manteniendo la diferencia de status.³³ He aquí pues que el estudio y la comparación de estas "nuevas" realidades siguen una trayectoria predeterminada: sirven a la "modernización" de las relaciones sociales y son útiles a la lógica económica de Occidente.³⁴ Evidentemente, los fundamentos de estas teorías son puramente políticos e ideológicos. Se trata de análisis que se basan en un modelo normativo considerado universalmente convergente hacia Occidente en todos los campos de la observación social.³⁵ Al mismo tiempo, sin embargo, no se puede ignorar el hecho de que la supuesta "universalidad" neutral del derecho opera sobre la realidad como si fuese un arma que algunas veces genera condicionamiento, hegemonía y dominación y otras veces lo hace de manera implícita, alimentando visiones incompletas de teorías y fenómenos jurídicos de Occidente.³⁶

III ¿Cómo superar la comparación "ad hoc"?

La comparación "ad hoc" se imagina que existe solamente un constitucionalismo históricamente sin adjetivos ni evolución material y social. Con estas premisas, la comparación olvida una pregunta fundamental: ¿Qué lenguaje habla el constitucionalismo occidental y qué estrategias lingüísticas ha seguido a lo largo de la historia? La respuesta es una sola, simple y compleja a la vez: las estrategias del constitucionalismo son las estrategias lingüísticas de la modernidad, que se identifican en

²⁹ J.P. Morgan, The Euro Area Adjustment: About Halfway There, Europe Economic Research-28 May 2013, in www.jpmorganmarkets.com.

³⁰ R.S. Turner, Neo-Liberal Constitutionalism: Ideology, Government and the Rule of Law, in 1 *Journal of Politics and Law*, 2, 2008.

³¹ J. Ferguson, *Global Shadows. Africa in the Neoliberal Order*, Durham-London, Duke Univ. Press, 2006, 191.

³² R. Michaels, Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law, en *Am. J. Comp. L.*, 57, 2009, 765 ss.

³³ De acuerdo con el paradigma cognitivo del Law and Development.

³⁴ Ver: A. Martinelli, *La modernizzazione*, Laterza, Roma-Bari, Laterza, 2004.

³⁵ Véanse, M. Berman, *L'esperienza della modernità*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1985, y M. Di Meglio, *Lo sviluppo senza fondamenti*, Trieste, Asterios, 1997. En el derecho comparado véanse J. Kroncke, *Law & Development as Anti-Comparative Law*, en 45 *Van. Trans. L. J.*, 2012, 477; B.Z. Tamanaha, *The Primacy of Society and the Failures of Law and Development*, en 44 *Cornell Int'l L. J.*, 2011, 209 ss., e Id., *The Lessons of Law-and-Development Studies*, en 89 *Am. J. Int'l L.*, 1995, 470 ss.; A.J. Cohen, *Thinking With Culture in Law and Development*, en 27 *Buff. L. Rev.*, 2009, 511 ss.

³⁶ Véase, con referimiento al neo-constitucionalismo difundido en América Latina a R. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*, Quito, Ed. Abya-Yala, 2012, 63-77.

la universalización de un lenguaje (el Estado, la Nación, la Soberanía, la Libertad, la Igualdad, etc.)³⁷ que dirige su especificación a lo real y, por tanto, presupone un contexto social de diferenciación funcional del ser humano como sujeto social en el espacio. Todos los textos constitucionales “sociales” del Siglo XX reflejan este nexo de la universalización, la especificación, la diferenciación y las múltiples identidades del sujeto constitucional en el espacio: los paradigmas del “derecho al trabajo” y de la “dignidad social”, y no solamente individual, identifican la nueva condición de seguridad jurídica del hombre en los espacios.³⁸ Las distintas formas de variación de este nexo identifican a tradiciones culturales y técnicas diferentes, y en él puede prevalecer el ascetismo descontextualizado del lenguaje metafórico del Civil Law y del Law on the Books, sobre la contextualización analítica del lenguaje metonímico del Common Law y de su vocación al Law in Action.³⁹ Estas variaciones, sin embargo, han también afirmado a los fenómenos de la “democracia de fachada” del llamado Tercer Mundo.⁴⁰

Si descuidamos estas importantes diferencias, tanto en Europa como fuera de ella, nos reducimos al tipo intelectual que Roland Bartehs denominaba precisamente como “talcualismo”,⁴¹ más o menos conscientemente funcional también éste a una estrategia lingüística de valor meramente “indicativo” o si se quiere, “carente de forma específica” y “neutral” con respecto a la realidad.

Este enfoque no es metodológicamente correcto.

Como ha explicado con claridad Paulo Freire, el “talcualismo” niega la memoria de los orígenes y causas de las diferencias, pues pretende representar a la humanidad como una realidad homologable y objetivamente “igual”.⁴²

Hoy, en el mundo globalizado, las diferencias tienden a desaparecer y los roles a unificarse. La condición intelectual no es tan diferente en Estados Unidos, Suramérica, Europa, e incluso en Asia y África. Es posible percibir las ruedas de un sistema de producción determinado y su refinada manipulación del consenso.

Si bien, sólo el consenso aleja el riesgo de la dictadura, a su vez éste hace de las democracias constitucionales y sus confusas mezclas de experiencias imitadas,

³⁷ Sobre estos conceptos “imaginados” P. Gilroy, *The Black Atlantic. Modernity and Double-Consciousness*, Cambridge (Ma), Harvard Univ. Press, 1993.

³⁸ Véase la interesante reflexión de R. Dukes: *A Global Labour Constitution?*, en <http://www.labourlawresearch.net/Portals/0/Dukes>, y Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law, en G Davidov, B Langille (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2011, 38 ss.

³⁹ Véanse M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, cit., 333 ss.; R.C. van Caenegem, *I sistemi giuridici europei*, trad. it., Bologna, il Mulino, 2003; M. Rosenfeld, *L'identità del soggetto costituzionale*, trad. it., Lecce, Pensa, 2004.

⁴⁰ Véanse F.W. Riggs, *Fragilité des Régimes du Tiers Monde*, en *Rev. Int. Sc. Soc.*, 136, 1993, 235 ss., y F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia*, Milano, Giuffrè, 2004, 95 ss.

⁴¹ R. Barthes, *Il grado zero della scrittura*, trad. it., Milano, Lerici Editori, 1960, 91 ss.

⁴² Véase J.S. Assis Borges Nasser Ferrera, *A inteligência ética das metodologias jurídicas*, en *Argumentum*, 2003, 169 ss. Sobre la subjetividad de la “objetividad” véase H. Maturana Romesín, *La Objetividad. Un argumento para obligar*, Santiago de Chile, Dolmen, 1997.

premisas de la aceptación del mundo tal y como es.⁴³ En estas condiciones todas las utopías son consideradas negativas, mientras la idea de la redención como ética arraigada en el sufrimiento parece esfumarse en la memoria junto al recuerdo de la propia Constitución.

Por lo tanto, la enseñanza del Derecho constitucional comparado debe poseer una nueva función "pedagógica" para el estudiante y para el propio estudio del derecho.

Tal necesidad ha sido advertida en Italia sobre todo por los grandes comparatistas de formación filosófica y teórico-general, y no simplemente "disciplinal".⁴⁴ En particular, se pueden recordar las magistrales enseñanzas de Emilio Betti,⁴⁵ para quien cualquier comparación sincrónica y diacrónica entre los ordenamientos jurídicos requiere de la evaluación de las actitudes y formas de ser de la mente humana, con el fin de enseñar a los alumnos sobre la necesidad de averiguar el por qué una norma de conducta (sea jurídicamente impuesta) sigue siendo incapaz de dominar la variedad de la experiencia humana y el por qué el conocimiento jurídico no debe precisamente renunciar a la comprensión de la complejidad de la experiencia.

En realidad, la comparación conlleva la conciencia de observar la complejidad, y manifiesta siempre la exigencia de un camino crítico marcado por continuas preguntas acerca de la doble dimensión del sujeto —el jurista que observa— y los otros —los sujetos y los ordenamientos observados y confrontados.

Cómo enseñar a identificar esta duplicidad de dimensiones no es una tarea sencilla.

En el panorama europeo, ha sido Michel Miaille⁴⁶ quien ha precisado que es la pedagogía la gran ausente en los métodos de la enseñanza jurídica, en detrimento, no tanto de la eficacia del aprendizaje de los estudiantes, sino de la reflexión misma sobre los condicionamientos inconscientes que el jurista enseñante lleva consigo como investigador, pues se encuentra inmerso en una tradición, y luego como enseñante de esa tradición que se preocupa por transmitir a los alumnos; enseñándola en términos principalmente de transmisión, en vez de comunicación.

Recientemente, existe un importante debate sobre la "comparación crítica", la cual debe ser entendida como una forma de emanciparse de esa tendencia a reducir la observación en una simplicidad manejable de la clasificación abstracta y, por lo demás, eurocéntrica.⁴⁷

⁴³ Véanse los estudios en A.C. Wolkmer, O. Correas (orgs.), *Crítica Jurídica na América Latina*, Aguascalientes, CENEJUS, 2013.

⁴⁴ Ver: G. Gorla *Diritto comparato e straniero*, en Enc. Giur. Treccani, vol. XI, Roma, Ist. Enc. Italiano, 1989; A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009.

⁴⁵ E. Betti, *Di alcune trasformazioni tecniche ed economiche e delle loro ripercussioni sociali nell'età moderna*, en *Nuova Riv. Dir. Comm.*, 1948, 259.

⁴⁶ M. Miaille, *Introduzione allo studio critico del diritto*. trad. it., Roma, Savelli, 1979, 69.

⁴⁷ En este sentido todo el pensamiento jurídico, no eurocéntrico ni etnocéntrico, de M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2003. Sobre la originalidad de

La "crítica", en este caso, no responde a una vocación militante o totalmente "política" del jurista-intelectual, sino que más bien refleja una cognición apremiante del estatuto disciplinario del investigador, definitivamente inmerso en la confrontación de las interpretaciones entorno a la idea de justicia, de tutela de los derechos, del reconocimiento de la dignidad social de la persona humana, del respeto por la diferencia, ahora proyectados en su dimensión global.⁴⁸

Critics of Constitutional Comparison "ad hoc"

Abstract: This paper summarizes the characteristics of the methods of constitutional comparison, prevailing in the study of the phenomena of globalization and transnational law. Comparison of "cases" and "problems" founded on "dialogue" and "cross-fertilization", without discussing the "causes" of the differences in the fragmentation of legal spaces, produces an intellectual attitude of "praesumptio similitudinis" and "as such" that the author defines comparison "ad hoc", functional to geopolitical and economic conditions and therefore detrimental to the critical education of the global jurist.

Key words: Comparison "ad hoc". Isomorphism's. "As such" attitude. Fragmentation of legal spaces. Critical education.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARDUCCI, Michele. Crítica de la comparación constitucional "ad hoc". A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 13-22, jan./mar. 2014.

Recebido em: 03.12.2013
Aprovado em: 04.02.2014

este Autor, véase N.C. Dagrossa, Los veinticinco años de una introducción histórica global al derecho, en Revista de historia del derecho, 31, 2003, 432 ss.

⁴⁸ J. Tully, Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1997.