

BALANCE Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO (*)

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Traducción: PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

SUMARIO: I. INSTITUCIONES POLÍTICAS Y COMPARACIÓN EN EL CAMPO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.—II. LA FUNCIÓN DE LA COMPARACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL: 1. *La función primaria de conocimiento; la comparación del derecho constitucional como ciencia.* 2. *La función de comprobación de los conocimientos.* 3. *La función de auxilio a la interpretación.* 4. *La función de auxilio a la preparación de textos normativos.* 5. *La función de auxilio a la armonización y unificación normativas.*—III. EL OBJETO DE LA COMPARACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL: 1. *Comparación interna y comparación externa a un ordenamiento.* 2. *Derecho extranjero y derecho comparado.* 3. *Macrocomparación y microcomparación.* 4. *El derecho positivo como objeto de comparación.*—IV. LA COMPARABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA COMPARACIÓN: 1. *Homogeneidad y comparabilidad de ordenamientos.* 2. *Homogeneidad y comparabilidad de institutos.*—V. CLASIFICACIÓN Y COMPARACIÓN: 1. *Clasificación y teoría de las formas de Estado. Criterios para elaborar una tipología.* 2. *Las tipologías escogidas.* 3. *Referencia a otras hipótesis de clasificación propuestas.*—VI. REFLEXIONES FINALES SOBRE EL MÉTODO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.

I. INSTITUCIONES POLÍTICAS Y COMPARACION EN EL CAMPO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

La formación de los Estados nacionales, cuya consolidación se produce especialmente en el siglo pasado y continúa en el presente, condujo a la superación de la unidad de los grandes sistemas jurídicos preexistentes, dando

(*) El presente trabajo es la contribución del autor a los *Estudios en homenaje al profesor Fix-Zamudio*, de próxima publicación.

lugar a la aparición de múltiples ordenamientos estatales que se consideran soberanos y autosuficientes.

Hoy día, cada Estado pretende poseer un ordenamiento que procede de unas fuentes propias de producción normativa, capaz de ofrecer respuestas a todas las exigencias de la comunidad. De la independencia política y del rechazo de condicionamientos externos deriva el postulado de su aptitud para disciplinar las relaciones sociales y definir los principios organizativos esenciales, así como la plenitud de las normativas adoptadas. Sin embargo, la *autosuficiencia* de un ordenamiento estatal y, por tanto, su idoneidad para cubrir con su propia normativa todas las situaciones que se consideren merecedoras de disciplina, no excluyen la existencia de *conexiones* con otros ordenamientos externos. Tales conexiones pueden suponer la simple toma en consideración de la existencia de otras disciplinas normativas —por ejemplo, para valorar mejor los proyectos de una nueva Constitución, de revisión constitucional, de leyes— o, incluso, la introducción en el ámbito de un ordenamiento de reglas jurídicas elaboradas y vigentes en otro, a través del procedimiento del reenvío.

El reconocimiento de la existencia de ordenamientos diferentes del que se toma como referencia y su consideración con fines diversos, según se indicará, lleva al *contraste* entre ordenamientos o entre instituciones pertenecientes a varios ordenamientos. De tales contrastes surgen coincidencias, semejanzas, diferencias que se tendrán en cuenta en distinta medida en función de las exigencias de quien los realice. La *comparación jurídica* es, pues, la operación intelectual del contraste entre ordenamientos, institutos y normativas de diferentes ordenamientos que, si se lleva a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico, asume los caracteres de las disciplinas científicas.

En el campo del derecho público y, en especial, en el del derecho constitucional, la comparación reviste unos caracteres particulares que la distinguen sensiblemente de la que se produce en el derecho privado. En efecto, aquélla considera, sobre todo, los institutos jurídicos que se refieren a los individuos en la medida que afectan a la forma en que los diferentes ordenamientos regulan la *organización del poder* y, además, la posición de las personas y los grupos.

Así, pues, aunque el esfuerzo del comparatista se ha de dirigir a la identificación y examen de la *disciplina jurídica* de las instituciones, el conocimiento de las instituciones políticas tiene una especial importancia para él. Es evidente que la familiarización con las diversas formas políticas constitu-

ye un presupuesto imprescindible para profundizar en los distintos regímenes jurídicos con ellas vinculados. Reaparece, por tanto, también al nivel de la comparación, el conocido problema de la relevancia o irrelevancia para el estudioso del derecho de las cuestiones relativas al *hecho político*. Problema que se resuelve distinguiendo claramente los perfiles propios del derecho constitucional de los correspondientes a otras disciplinas (politológicas, sociológicas, históricas) que cumplen una función auxiliar respecto de aquél y de los análisis comparativos que se desarrollan en su ámbito (1). Las contribuciones que aportan los estudiosos de esas ciencias son absolutamente necesarias para comprender una materia que engloba temas propios de la teoría de la Constitución y de la teoría de los derechos de libertad en el ámbito más amplio de la teoría de las formas de Estado y de gobierno.

Tras esta breve introducción, advirtamos que la ciencia de la comparación se enfrenta a una serie de problemas, que pueden reducirse a las siguientes cuestiones: para qué se compara (problema de la *función*); qué se compara (problema del *objeto*); cómo comparar (problema del *método*). Ahora bien, en el derecho constitucional, salvo contadas excepciones, la comparación se ha hecho siempre con escasas preocupaciones sistemáticas. De ahí lo limitado del esfuerzo de orientación científica, aunque evidentemente sea posible extraer una serie de criterios metodológicos implícitos en la mayor parte de las investigaciones que han estudiado las relaciones entre el ordenamiento italiano y otros diferentes desde una perspectiva comparada.

Las razones de la sustancial desatención a los problemas del *método comparado* en el derecho constitucional, pese a que numerosos autores recurren inevitablemente a ella, han de buscarse probablemente en el hecho de que hasta tiempos recientes las comparaciones se han producido, por un acuerdo general implícito, entre ordenamientos pertenecientes a un área político-institucional sustancialmente homogénea, centrada en los Estados

(1) Sobre la diferencia entre derecho comparado y otras disciplinas jurídicas, históricas, politológicas y sociológicas, cfr. los estudios publicados en M. ROTONDI (ed.), *Buts et méthodes de droit comparé*, Padua, 1973. Además, M. ROTONDI, voz «Diritto comparato», en *Novissimo Digesto Italiano*, V, Turín, 1960, pp. 822 y ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al Diritto Costituzionale*, 5.ª ed., Milán, 1984, pp. 16 y ss.; A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, Milán, 1983, pp. 99 y ss.; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Droit comparé. Théorie générale. 16 principes*, París, 1978, pp. 69 y ss.; R. BERNHARDT, «Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 24, 1964, pp. 431 y ss.; K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, I, Amsterdam, 1977, pp. 4 y ss.

europesos y en algunos de sus apéndices extraeuropeos. Los ordenamientos y los institutos comparados han sido los propios de la democracia liberal, que era considerada la forma política «natural» de los Estados que contaban en la escena internacional. Las desviaciones del modelo liberal clásico se consideraban como «degeneraciones» de las formas de Estado liberal. Los ordenamientos por los que se interesaba el estudioso eran normalmente los europeos y el de los Estados Unidos, históricamente ligado profundamente con el inglés. Los ordenamientos extraños a este área constitucional y geográfica suscitaban más que nada una curiosidad erudita, pero, en general, eran ignorados.

Esta visión fundamentalmente *eurocéntrica* comenzó a difuminarse tras el primer conflicto mundial con la entrada en escena del Estado soviético, que constituía una realidad demasiado notoria para ser olvidada pese a apartarse del modelo «clásico» de los ordenamientos democráticos. Y terminó con la ola imparable de nuevos ordenamientos estatales surgidos de la descolonización de la segunda posguerra (2).

Estos dos eventos rompieron progresivamente el consenso sobre cuál había de ser la forma de Estado digna de atención para la ciencia constitucional y, en consecuencia, para la del derecho constitucional comparado. Hicieron ver que, junto a la forma de Estado de democracia «clásica», iban surgiendo otras. Se tuvo en cuenta al Estado soviético y se comenzó a pensar que las desviaciones autoritarias del modelo democrático podían conducir a la individualización de una específica forma de Estado autoritario. Se comprendió que los Estados de nueva independencia no siempre podían encuadrarse en el esquema de referencia del Estado democrático-liberal o en el esquema socialista soviético a pesar de que hicieran constante mención de principios y soluciones organizativas ya experimentados en tales ordenamientos.

El reconocimiento de esas formas de Estado diferentes y no coincidentes no significó, sin embargo, que fuese fácil su sistematización científica ni el hallazgo de metodologías de comparación satisfactorias. En cuanto a la clasificación de las formas de Estado, únicamente el Estado liberal y el socialista han consentido una determinación clara de elementos reconducibles a tipologías precisas. Los Estados recién independizados son, a menudo, la resultante híbrida de principios y soluciones organizativas que se remontan a

(2) Cfr. V. KNAPP, *La scienza del diritto* (trad. it.), Bari, 1978, p. 90. Sobre la influencia ejercida por la forma de Estado socialista sobre la clasificación tradicional de las formas de Estado, cfr. P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, IV, Madrid, 1984, pp. 379 y ss.

características histórico-políticas y del sistema jurídico propias de tradiciones locales y de principios y soluciones inspirados en el Estado liberal o en el socialista. Su reducción a unidad es problemática, cuando no impropia, y solamente una investigación analítica de cada ordenamiento o grupo de ordenamientos podría conducir a la elaboración de una tipología científicamente aceptable.

Esto nos hace comprender las dificultades que representa proceder a comparaciones ampliadas a Estados diferentes del democrático-liberal y la razón por la cual, durante mucho tiempo, pasaban por estudios comparados análisis meramente descriptivos de ordenamientos específicos reunidos en una recolección. Las dificultades que acabamos de recordar no han desaparecido y, en la actualidad, a pesar del rico debate sostenido por los comparatistas en el campo del derecho privado, la depuración de los criterios metodológicos de la comparación en el derecho constitucional está todavía por realizar.

En el estudio que sigue se intentará reordenar conceptos en gran parte conocidos y ofrecer una orientación sistemática del estudio comparado del derecho constitucional, examinando su función, su objeto y su metodología.

II. LA FUNCION DE LA COMPARACION EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

A la hora de identificar las funciones de la comparación en el derecho constitucional son de gran ayuda las conclusiones, ampliamente compartidas, que hace ya tiempo alcanzaron los estudiosos de la comparación en el derecho privado y mercantil: la función primaria de la comparación es el conocimiento y su función secundaria es la utilización de los resultados obtenidos por medio de la comparación para conseguir diversos objetivos que se examinarán más adelante.

1. *La función primaria de conocimiento; la comparación del derecho constitucional como ciencia*

La comparación, además de instrumental para la verificación de las generalizaciones y de servir para otros fines que se indicarán después, es un método que consiente la adquisición de nuevos *conocimientos*. En otras palabras: del estudio comparado de ordenamientos o de institutos de distintos ordenamientos surgen elementos cognoscitivos indispensables para la ciencia

del derecho constitucional. Un ejemplo clásico lo constituye el estudio comparado del que se extrae aquel conocimiento de los ordenamientos que permite elaborar las categorías clasificatorias para encuadrar y analizar las diversas experiencias constitucionales. Los conceptos de «forma de Estado» y «forma de gobierno» proceden de intentos de depuración realizados por los estudiosos de los ordenamientos políticos y jurídicos a través de investigaciones comparadas de las experiencias institucionales del pasado y del presente. De este modo, la comparación puede ofrecer una ayuda válida a la construcción de los conceptos con los que se forman las clasificaciones dentro de las que se desarrolla el estudio del derecho constitucional y, en especial, el comparado.

Aunque sean muy variados los criterios utilizados para elaborar los esquemas de referencia, la teoría de las formas de Estado y la de las formas de gobierno, estrechamente ligada a ella, parten de un examen empírico de las distintas experiencias constitucionales y, luego, una vez formulados los propios criterios de clasificación, tienden a insertar en ellos las realidades constitucionales existentes históricamente.

Si, por ejemplo, consideramos la «forma de gobierno parlamentaria», constatamos que se trata de una fórmula clasificatoria que ha sido teorizada a partir de la observación de la experiencia constitucional inglesa y también de otros ordenamientos (francés, belga). El estudio de las analogías y de las constantes históricas ha conducido a la definición de un modelo dotado de elementos identificadores bien precisos (gobierno representativo, elecciones libres, confianza parlamentaria, control político del Parlamento sobre el Gobierno, función de oposición, distinción entre las funciones parlamentarias y las gubernamentales, función arbitral del jefe del Estado, etc.). Todas las veces que se examine un ordenamiento que, a primera vista, contenga alguno de estos elementos, será inevitable operar una comparación con el modelo abstracto de gobierno parlamentario o con algunos ordenamientos que habitualmente se definen como de gobierno parlamentario. De este modo se llegará a proponer si se debe incluir o no el ordenamiento estudiado en la figura tipológica denominada precisamente «gobierno parlamentario» (3).

(3) Cfr., por ejemplo, C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padua, 1973, pp. 145 y ss., a propósito de la noción de forma de gobierno parlamentaria y sus aplicaciones, y más en general, sobre la utilización en el derecho comparado de la tipificación de las diversas formas de Estado y de gobierno, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, 9.ª ed., Padua, 1975, p. 53; igualmente, cfr. M. DOGLIANI, «Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo», en *Giustizia Costituzionale*, 1973, pp. 216 y ss.; cfr., además,

Otras consideraciones que se hacen comúnmente para subrayar la función cognoscitiva del derecho comparado derivan de la observación según la cual «ningún análisis que se limite a los fenómenos surgidos dentro de las fronteras nacionales merece el nombre de ciencia». Una disciplina científica, para serlo verdaderamente, no puede limitarse al conocimiento de un solo ordenamiento estatal, aunque sea cierto que el estudio de las ciencias jurídicas, tras la constitución de los Estados nacionales, se ha mantenido normalmente dentro de sus confines. El derecho comparado permite que la ciencia jurídica se haga internacional y, por tanto, ciencia en sentido propio (4). Esta opinión, difundida entre los estudiosos del derecho privado, puede seguramente extenderse a las investigaciones que tienen por objeto el derecho público y constitucional.

La función de la comparación jurídica incluso en el campo del derecho constitucional es el conocimiento (5). El conocimiento es la premisa necesaria para utilizar los *resultados* de la comparación. Estos pueden encaminarse bien a fines de elaboración doctrinal, bien a fines eminentemente prácticos, según se verá inmediatamente.

Pero el conocimiento es también la esencia de una disciplina científica autónoma (6). Basta con mencionar al respecto la larga polémica que se produjo —especialmente en las últimas décadas— entre aquellos que sostenían

M. S. GIANNINI, «Prólogo» a G. BURDEAU, *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Milán, 1950, XV; V. CRISAFULLI, «Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia», en *Studi Crosa*, Milán, 1960, p. 598. Sobre la importancia de la tipificación, cfr. en especial L. SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, 6.ª ed., Madrid, pp. 23 y ss.

(4) K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *An Introduction...*, op. cit., p. 11.

(5) K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, op. cit., p. 12; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Droit comparé*, cit., pp. 25, 204.

(6) M. UDINA, «Metodi e fini del diritto comparato», en *Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro*, 1972-1973, p. 8; G. GORLA, voz «Diritto comparato», en *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milán, 1964, pp. 928 y ss.; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Turín, 1980, pp. 12 y ss.; A. GAMBARO y R. SACCO, voz «Diritto comparato», en *Novissimo Digesto Italiano*, apéndice II, Turín, 1981, p. 1167; R. SACCO, «Droit commun de l'Europe et composantes du droit», en M. CAPPELLETTI, *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Florencia, 1978, pp. 95 y ss.; ID., «Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo», en AA. VV., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milán, 1980, pp. 243 y ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione...*, cit., pp. 4 y ss.; A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, cit., pp. 100 y ss.; S. M. GRZYBOWSKI, «Les buts des recherches et les méthodes des travaux sur le droit comparé», en M. ROTONDI (ed.), *Buts...*, cit., p. 325.

que la comparación jurídica era un *método* de investigación científica y quienes, al contrario, entendían que se le debía reconocer el carácter de verdadera *disciplina científica*.

Será suficiente recordar, en relación con esta cuestión, que el derecho comparado no coincide con una disciplina sectorial caracterizada por un específico ámbito de conocimiento (como cuando el término derecho se ve calificado por los adjetivos «privado», «público», «constitucional» y otros similares) que afecte a una parte del *derecho positivo* vigente. El derecho comparado no es derecho positivo, pero concierne al contraste entre diferentes ordenamientos positivos y a partir de él se dedica a operaciones lógicas de análisis y de síntesis. Ese contraste comporta una metodología específica. Por eso, e innegable que el método comparado debe ocupar una posición central en cuanto instrumento y ocasión de conocimiento y también es comprensible que muchos autores hayan terminado por reducir la comparación exclusivamente al método comparativo.

Sin embargo, cuando el método comparado se construye con sus propias modalidades, cuando la comparación afecta a campos de investigación concretos, responde a fines específicos y atiende a reglas que sólo son propias de ella y no de otras disciplinas científicas, bien puede concluirse que es una ciencia autónoma de las demás (7).

2. *La función de comprobación de los conocimientos*

La comparación ofrece al investigador la ocasión de efectuar una comprobación de los datos referentes al conocimiento de los ordenamientos examinados. Es, pues, un «elemento de control» (8) para constatar la exactitud de cuanto resulta de otros métodos de investigación y entra en el marco más amplio de las posibilidades de las que dispone el intérprete de los ordenamientos constitucionales.

A los datos obtenidos a través del examen del derecho positivo y de la historia constitucional puede añadirse la comprobación comparativa.

Tomemos el instituto de la confianza parlamentaria en la Constitución

(7) Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione...*, cit., pp. 4 y ss.; A. PIZZORUSSO, *Corso...*, cit., pp. 105 y ss.; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Droit comparé*, cit., p. 214; L. SÁNCHEZ AGESTA, *Curso...*, cit., pp. 22 y ss.; M. ANCEL, *Utilità e metodi del diritto comparato*, Nápoles, 1974, p. 34.

(8) H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *op. cit.*, p. 205.

italiana. Para conocerlo será imprescindible examinar la normativa escrita y también la práctica constitucional republicana. Sin embargo, en un momento dado se revisará la regulación (consuetudinaria) de la confianza durante la vigencia del Estatuto de Carlos Alberto para convalidar ciertas valoraciones (recurso al método histórico-constitucional) y se recordará la introducción del instituto de la confianza y su desarrollo en una serie de ordenamientos cuya relación con el italiano se admite convencionalmente (recurso al método comparado e histórico-comparado) (9).

En otros casos se puede recurrir a la comparación para comprobar la compatibilidad con el ordenamiento de referencia de eventuales modificaciones del ordenamiento constitucional (hipótesis de nueva normación o de innovaciones normativas introducidas pero no suficientemente experimentadas).

Del debate político verificado en Italia en los últimos años pueden extraerse dos ejemplos: las «leyes excepcionales» y «la alternancia». Frente a las amenazas del terrorismo político y frente a la exigencia de defender las instituciones se pensó que los remedios ofrecidos por la legislación vigente no eran suficientes. Por eso, se recurrió a las «leyes excepcionales». Sin embargo, si se examina la Constitución italiana se verá que no existe en ella traza formal alguna de tal posibilidad jurídica. Para comprender en qué consiste este instituto es inevitable remitirse, además de a los precedentes constitucionales y a la interpretación sistemática de la Constitución, a las experiencias positivas de otros ordenamientos semejantes al italiano: art. 48 de la Constitución de WEIMAR; art. 16 de la actual Constitución francesa; cap. X, a), de la Ley Fundamental de Bonn, por citar solamente los más conocidos. De estas normas —y también de la praxis y de la elaboración doctrinal— se deduce que la tutela de la Constitución puede justificar una derogación de las garantías, previstas para los tiempos normales, de la separación de poderes, de las competencias de los jueces y otras similares.

El ejemplo de la «alternancia» se refiere a la observación que se ha hecho acerca de la posibilidad de aplicar también en Italia el principio de la rotación de las diversas fuerzas políticas en el control del aparato del gobierno, principio desconocido en la práctica constitucional italiana, ya que desde la entrada en vigor de la Constitución, en 1948, hasta hoy las funciones de gobierno y de oposición han permanecido tendencialmente estables. El princi-

(9) Cfr., por ejemplo, el estudio de M. GALIZIA *Studi sui rapporti fra parlamento e governo*, I, Milán, 1972.

pio de la alternancia es, por el contrario, familiar a numerosos ordenamientos europeos o históricamente relacionados con Europa (Inglaterra, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Alemania, Austria, Estados escandinavos). De aquí se desprende que para comprender su significado será necesario comparar las instituciones constitucionales italianas —especialmente el sistema de partidos, la legislación electoral, las concepciones de la lealtad constitucional— con las de los ordenamientos que han experimentado realmente tal alternancia.

En virtud de las consideraciones precedentes parece que se puede aplicar también al estudio del derecho constitucional comparado una persuasiva convicción que expresan los estudiosos de la política comparada: la *comprobación de las generalizaciones* que se formulan sobre la base de los conocimientos empíricos es una función esencial de la ciencia comparada. Observa, por ejemplo, SARTORI que entre los métodos seguidos por los científicos sociales (experimental, estadístico, comparado e histórico), el recurso al comparado se hace inevitable cuando se quieran comprobar los resultados obtenidos por medio de los demás, especialmente los ofrecidos por aquellos de carácter empírico, que parecen, en principio, los más seguros y satisfactorios (10).

En particular se suele observar que el método empírico es adecuado para afrontar cuestiones claramente definidas, institutos bien delimitados, mientras que difícilmente puede utilizarse para análisis de amplio espectro. Puede recurrirse al método estadístico cuando se cuenta con datos susceptibles de un tratamiento de esta naturaleza. El método histórico será útil cuando sean necesarios los precedentes históricos para estudiar un instituto desde una perspectiva diacrónica, que requiere una competente y meditada atención sobre los elementos y circunstancias de hecho, a menudo profundamente diferentes de los que caracterizan la realidad institucional actual de quien efectúa el análisis. En consecuencia, cuando los datos empíricos, estadísticos e históricos no sean suficientes, el único remedio será la comparación de las soluciones acogidas por diversos ordenamientos a fin de comprobar la exactitud de los datos cognoscitivos disponibles.

Un ejemplo aclarará cuanto se ha señalado. Como es sabido, el instituto de la encuesta ocupa un lugar significativo en el estudio de los instrumentos inspectivos del Parlamento en los ordenamientos con separación de poderes de los Estados de derivación liberal. Pues bien, la investigación sobre las en-

(10) G. SARTORI, «La politica comparata: premesse e problemi», en G. URBANI, *La politica comparata*, Bolonia, 1973, pp. 60 y ss.

cuestas parlamentarias en el ordenamiento italiano puede circunscribirse al estudio de una concreta comisión de encuesta (ley institutiva, composición, criterios organizativos, funcionamiento, conclusiones, eventual debate parlamentario subsiguiente) analizando con método empírico un «caso» particular. También puede efectuarse reuniendo los datos relativos a los criterios seguidos por el ordenamiento italiano para la creación de estas comisiones y sometiendo a tratamiento estadístico (formación de comisiones monocamerales o bicamerales; acuerdo constitutivo con forma de ley o sin ella; criterios de selección de los representantes de los grupos parlamentarios en relación con su número de miembros o el peso de los partidos; pautas en torno a la interpretación del principio de «proporcionalidad»; determinación de las normas procesales, recogidas en los códigos de enjuiciamiento y en los reglamentos parlamentarios, aplicables a la realización de la instrucción pertinente; previsión de sesiones públicas o secretas; posibilidad de conclusiones minoritarias; efectos de la presentación de las conclusiones ante el Pleno, distinguiendo la hipótesis de que se produzca discusión de aquella en la que no la hay). En fin, será posible llevarla a término mediante el método histórico recogiendo los precedentes que existan tanto en el ordenamiento republicano cuanto en el anterior monárquico (tal como generalmente se suele hacer respecto del acto institutivo de la comisión, su composición, los poderes de instrucción, las normas aplicables, los acuerdos que pueden adoptar y respecto de otros extremos similares).

Por lo regular, los criterios metodológicos observados por el investigador son integrados con consideraciones de carácter comparado que tienen —normalmente de manera implícita— la función de comprobar y justificar la exactitud de los datos extraídos del análisis directo de un ordenamiento nacional. Recurriendo a la comparación que relaciona ordenamientos homogéneos con el italiano (pertenecientes a la misma forma de Estado), el investigador está en condiciones de comprobar la existencia del instituto de la encuesta en casi todos los Parlamentos; la discrecionalidad política de la mayoría y, en general, la conexión con las directrices del gobierno de la decisión de proceder a la encuesta; la naturaleza excepcional de la competencia parlamentaria de encuesta política sobre el gobierno y la administración pública; el paralelismo entre las competencias de instrucción parlamentarias y judiciales; la distinción entre el cometido constitucional de la comisión *ad hoc* y el de la asamblea y entre las competencias inspectivas de la primera y las de control político de la segunda.

Obviamente, el investigador podrá poner de manifiesto elementos que se

apartan de los que existen en el ordenamiento italiano o en la práctica totalidad de los que se han examinado: notará las diferencias que hay entre la función de las comisiones inquiridoras de los ordenamientos con gobierno parlamentario y las de los que poseen tendencias presidencialistas; observará la existencia de tribunales de encuesta desvinculados del Parlamento en Inglaterra (11); encontrará hipótesis de iniciativa vinculante de la oposición y de atribución de competencias inquiridoras a comisiones permanentes en Alemania (12). Pero, en su conjunto, el conocimiento comparado ofrecerá un sólido marco de referencia al análisis realizado sobre el instituto de la encuesta en el ordenamiento nacional en la medida en que la depuración de los conceptos esenciales de la forma de gobierno de otros ordenamientos —con especial referencia a las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno, a la inspección política y, particularmente, a las encuestas parlamentarias— permitirá una madura reflexión sobre la exactitud de los elementos reunidos mediante el análisis empírico. Es posible concluir, por tanto, que también en el derecho constitucional el estudio comparado de otros ordenamientos en materia de encuestas parlamentarias permite perfilar mejor los contornos de este instituto dentro del ordenamiento italiano (13). En consecuencia, es correcto definir el método comparado como un instrumento a través del cual se convalidan los resultados de las investigaciones conducidas con arreglo a otros métodos.

3. *La función de auxilio a la interpretación*

Más en general, hay que señalar que el método comparado forma parte de las técnicas interpretativas de los institutos constitucionales utilizadas en el marco de la interpretación sistemática (14), especialmente por los órganos jurisdiccionales. Recurren a la comparación tanto los órganos jurisdiccionales nacionales cuanto los internacionales (15).

(11) Cfr. B. BERCUSSON, «Le commissioni parlamentari di inchiesta nel diritto costituzionale britannico», en G. DE VERGOTTINI (ed.), *Le inchieste delle assemblee parlamentari*, Rimini, 1985, p. 330.

(12) Cfr. W. LEISNER, «Le commissioni d'inchiesta parlamentari e la legge fondamentale di Bonn», *ibidem*, pp. 361 y ss.

(13) Sobre la utilización de la comparación espacial y temporal del instituto de la encuesta a la vista de su calificación en el ordenamiento italiano, cfr. G. RECCHIA, *L'informazione delle assemblee rappresentative. Le inchieste*, Nápoles, 1979, *passim*.

(14) A. PIZZORUSSO, *Corso...*, cit., pp. 109 y ss.

(15) Sobre el recurso a la comparación por parte de los tribunales internacionales,

La Corte constitucional italiana utilizó el método comparado cuando, al confrontar el sistema de garantías previsto por la Constitución italiana en materia jurisdiccional con el previsto por el tratado institutivo de la CEE, llegó, entre otras, a la conclusión de que la cuestión de legitimidad constitucional de la norma nacional que consiente la ejecución en Italia del artículo 189 CEE era infundada (cfr. la sentencia núm. 183, de 27 de diciembre de 1973). Igualmente, la Corte siguió el mismo método para considerar fundada la cuestión de legitimidad planteada respecto del convenio italo-francés en materia de extradición en la medida en que consentía la extradición por delitos que en el Estado reclamante eran castigados con la pena de muerte, no admitida por la Constitución italiana. En este caso, se comparó el ordenamiento italiano con el francés (cfr. sentencia núm. 54, de 21 de junio de 1979).

El artículo 38, letra c), del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (16) dispone que el Tribunal aplica, además de las convenciones y costumbres, los «principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas». Tales principios proceden, en su origen, de los ordenamientos estatales, pero pueden ser aplicados a nivel internacional, previo examen comparado. Entre ellos, destacan los que se refieren a la interpretación de las normas jurídicas (17). Por otra parte, el carácter fragmentario de las reglas procesales a observar ante el Tribunal Internacional de Justicia ha impulsado la búsqueda de una disciplina para las hipótesis no reguladas expresamente por las normas internacionales y ha sugerido el recurso a la comparación como método para colmar las lagunas (18).

cfr. H. MOSLER, «Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten», en *Internationale Festschrift für A. Verdross*, Munich-Salzburg, 1971, pp. 381 y ss.; K. ZEMANEK, «Was Kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Recht für das Recht der Internationalen Organisationen leisten?», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1973, pp. 453 y ss.; G. RESS, «Rechtsvergleichung und internationaler Schutz der Menschenrechte», en *Landesreferate 11 internationaler Kongress für Rechtsvergleichung*, Caracas, 1982; Heidelberg, 1982, pp. 257 y ss.

(16) Sobre la comparación respecto al artículo 38.c), cfr. W. FRIEDMANN, «The teaching of comparative jurisprudence», en M. ROTONDI (ed.), *Buts...*, cit., p. 228; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN, *op. cit.*, p. 84; K. ZWIEGERT y H. KÖTZ, *op. cit.*, pp. 6 y ss.

(17) Cfr. M. UDINA, «Metodi...», *op. cit.*, p. 6.

(18) H. VON MANGOLDT, «La comparaison des systèmes de droit comme moyen d'élaboration de la procédure des tribunaux internationaux», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1980, pp. 561 y ss., llega a la conclusión de que el recurso a la comparación ha de subordinarse a la voluntad de los Estados miembros de la institución internacional.

Pese a que no existe una normativa específica en relación con las competencias del Tribunal de justicia comunitario, el artículo 215 del Tratado de la CEE (y el art. 188 del Tratado de la CEEA) prevé que la Comunidad debe resarcir los daños causados por sus instituciones en materia extracontractual, «de conformidad con los principios generales comunes a la legislación de los Estados miembros». Esta previsión expresa de los tratados ha llevado a subrayar la importancia de la comparación entre las regulaciones de la responsabilidad extracontractual en los ordenamientos de los Estados que forman parte de la Comunidad (19).

Pues bien, el Tribunal de justicia de las Comunidades europeas debe utilizar frecuentemente los principios del derecho comunes a los ordenamientos de los Estados miembros para resolver numerosas cuestiones que se le someten en virtud de los tratados, y para obtener esos principios comunes es evidente que debe proceder a una comparación (20). A partir de la sentencia NOLD (causa 4-73) (21), el Tribunal ha reconocido que no puede separarse de los principios constitucionales «comunes a los Estados miembros». Posteriormente, el Tribunal se ha mantenido, en general, fiel a esta orientación. Así, a título de ejemplo, señalemos que reconoció su competencia, en materia contencioso-electoral relativa a la formación de los comités de personal, para el examen de los «recursos promovidos respecto de dichas elecciones en consideración a los principios de libertad y democracia comunes a todos los Estados miembros en materia de derecho electoral» (sentencia DE DAPPER, en la causa 54-75) (22). También admitió la declaración de

(19) A. P. SERENI, «Funzione e metodo del diritto comparato», en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 160; A. GRISOLO, *Contributo alla ricerca dei principi generali comuni ai diritti degli stati della Comunità Europea in materia di responsabilità extracontrattuale. Pubblicazione della Università di Pavia*, Padua, 1963; K. ZWEIGERT, «Les principes généraux de droit des États membres», en W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Droit des Communautés européennes*, Bruselas, 1969, pp. 441 y ss.; M. CAPPELLETTI, «Le droit comparé et son enseignement», en M. ROTONDI (ed.), *Buts...*, cit., p. 69.

(20) Sobre el recurso a la comparación por parte del Tribunal de Justicia comunitario, cfr. A. BREDIMA, «Comparative Law in the Court of Justice of the European Communities», en *The Yearbook of World Affairs*, 1978, pp. 320 y ss.; P. PESCATORE, «Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres», en *Revue internationale de droit comparé*, 1980, pp. 335 y ss.

(21) *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1974, 4, p. 491.

(22) *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1976, 7, p. 1389.

responsabilidad extracontractual de la Administración por los daños eventuales en la medida en que está prevista por los ordenamientos de los Estados miembros (sentencia KAMPFMEYER, en la causa 56 a 60-74) (23). Asimismo, procedió a la comparación de los sistemas nacionales de tutela jurisdiccional para la restitución de impuestos indebidamente percibidos por los Estados miembros (sentencia DENKAVIT italiana, en la causa 61-79) (24). En fin, en la sentencia dictada en la causa 149-79 (Comisión-Reino de Bélgica) (25), a los efectos de interpretar el artículo 48, número 4, del Tratado de la CEE, que excluye la aplicación de la normativa comunitaria sobre la libre circulación de los trabajadores «a los empleos de la Administración pública», el Tribunal se planteó el problema de si era posible extender tal cláusula, además de a la Administración dotada de poderes de imperio, también a la formada por los entes públicos económicos. Para resolverlo tuvo que considerar el régimen de la Administración pública y del empleo público en los ordenamientos de los Estados miembros con el objeto de comprobar si las diferentes normativas constitucionales consentirían excluir a los no ciudadanos del empleo público.

4. *La función de auxilio a la preparación de textos normativos*

La preparación de los textos normativos es un momento privilegiado para recurrir a la comparación. Más aún, históricamente, la ocasión para el desarrollo de la moderna ciencia de la comparación vino dada precisamente por los estudios de legislaciones comparadas.

En la elaboración de los textos constitucionales escritos siempre se ha recurrido de una forma más o menos sistemática a la comparación. Prescindiendo de la hipótesis en que un Estado distinto al destinado a recibir la Constitución ha impuesto sustancialmente un determinado modelo constitucional, en casi todos los casos de adopción de nuevos textos constitucionales los órganos constituyentes realizan una comparación entre las soluciones ya experimentadas o entre éstas y esquemas de referencia elaborados por los centros constituyentes interesados: influencia del modelo norteamericano

(23) *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1976, 5, p. 740.

(24) *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1980, pp. 1224 y ss.

(25) *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1979, pp. 3881 y ss.

sobre los constituyentes iberoamericanos; influencia de los modelos de los Estados liberales y de los socialistas sobre los constituyentes de muchos Estados recién independizados; influencia del modelo soviético sobre los constituyentes de la totalidad de los Estados socialistas.

Viniendo a ejemplos más próximos, es posible recordar las referencias a las Constituciones de otros Estados durante los trabajos preparatorios de la Asamblea constituyente italiana: la organización del Estado, la descentralización regional, la regulación de las libertades fundamentales, fueron objeto de amplios debates, frecuentemente basados en consideraciones y menciones de las experiencias comparadas (26).

Los trabajos de la comisión parlamentaria para las reformas institucionales, creada por las dos Cámaras del Parlamento italiano en la octava (abril de 1983) y novena (octubre de 1983) legislaturas con el objetivo de proponer incluso modificaciones constitucionales, son particularmente ricos en referencias comparadas, del mismo modo que los análisis efectuados en distintas sedes, también doctrinales, en tal ocasión. Por lo demás, ya los mismos acuerdos parlamentarios constitutivos de la comisión aludían a institutos constitucionales propios de otros ordenamientos (como el Parlamento unicameral o el defensor cívico) que implicaban el estudio comparado de diferentes experiencias constitucionales.

Análisis comparados precedieron a la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (27), a la de las Constituciones francesas de 1946 y 1958 (28) y han caracterizado los trabajos preparatorios de la Constitución

(26) Sobre la influencia ejercida por los modelos extranjeros sobre el constituyente italiano, cfr. S. VOLTERRA, «La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni, con particolare riguardo agli Stati Uniti», en U. DE SIERVO (ed.), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, I: *Costituzione italiana e modelli stranieri*, Bologna, 1980, pp. 117 y ss.; U. DE SIERVO, «Le idee e le vicende costituzionali in Francia nel 1945 e 1946 e la loro influenza sul dibattito in Italia», *ibidem*, pp. 293 y ss.; F. BRUNO, «I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati», *ibidem*, pp. 59 y ss.; ID., «Il problema del governo alla Costituente; el contributo di Egidio Tosato. Suggestione di modelli stranieri e spunti originali», en *Il Politico*, 1981, 1-2, pp. 127 y ss.

(27) H. DOLLE, «Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht», en M. ROTONDI (ed.), *Buts...*, cit., pp. 149-150; U. DROBNIG y P. DOPFFEL, «Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber», en *Rabel's Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, pp. 257-258.

(28) G. VEDEL, «Les apports de droit comparé de droit constitutionnel français (1945-1965)», en *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, I, París, 1969, pp. 184 y ss. y 192.

portuguesa de 1976 (29) y de la española de 1978 (30). Las consecuencias de este planteamiento del trabajo constituyente emergen a menudo con claridad en el mismo texto constitucional definitivo. Así, si entre otros ejemplos tomamos el que ofrece la Constitución española considerando solamente un número limitado de sus disposiciones, constatamos que: el artículo 113 recoge el mecanismo de la «censura constructiva» regulado por la Ley Fundamental alemana (art. 67); el artículo 122 instituye un órgano de garantía de la independencia de la magistratura fielmente modelado sobre la base del Consejo Superior de la Magistratura previsto por la Constitución italiana (art. 124); el artículo 155 prevé una forma de intervención represiva frente a una comunidad autónoma que incumpla sus obligaciones, que toma como modelo el mecanismo de la *Bundesexecution* (art. 37 de la Ley Fundamental alemana); el artículo 54 instituye el Defensor del Pueblo como alto comisario parlamentario, que se inspira en el instituto del *ombudsman* previsto por las Constituciones escandinavas.

La comparación tiene una función significativa en la preparación de la legislación en la práctica totalidad de los ordenamientos (31), incluidos los socialistas, aunque en estos últimos se suele limitar exclusivamente a la que

(29) Para una consideración de la experiencia comparada en los trabajos preliminares y sobre la influencia de las Constituciones extranjeras, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Le origini della seconda repubblica portoghese, 1974-1976*, Milán, 1977, pp. 83 y ss. y 232 y ss.; J. MIRANDA, *A Constituição. Estrutura, principios fundamentais*, Lisboa, 1978, pp. 170 y ss., 266, 276, 375 y ss., 418 y ss.

(30) M. HERRERO DE MIÑÓN, «Les sources étrangères de la Constitution», en *Pouvoirs*, 8, 1978, pp. 97 y ss.; también P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, cit., pp. 34 y ss.

(31) Una convincente panorámica del recurso a la comparación antes de la adopción de la legislación con especiales referencias al establecimiento de códigos se encuentra en las relaciones país por país publicadas en AA. VV., *Livre du centenaire de la société de législation comparé, II. Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*, París, 1971, pp. 267 y ss. Sobre la influencia ejercida por los estudios comparados en la preparación de las grandes codificaciones en materia penal, cfr. C. PEDRAZZI, «Apporto della comparazione alle discipline penalistiche», en AA. VV., *L'apporto...*, cit., pp. 179 y ss., y V. DENTI, «Diritto comparato e scienza del processo», *ibidem*, pp. 204 y ss. Sobre el recurso a la comparación en apoyo de proyectos de reformas legislativas, cfr. T. TREU, «Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro italiano», *ibidem*, pp. 130 y ss., donde se pone de relieve la influencia que ejercen sobre la legislación y la doctrina los modelos extranjeros invocados en materia de negociación colectiva, relación ley-convenio colectivo, reconocimiento de los sindicatos, regulación de la huelga.

se realiza con los ordenamientos que comparten las mismas premisas ideológicas (32). Referencias comparadas y verdaderas investigaciones de esta naturaleza se pueden encontrar en la fase preparatoria de la legislación en Italia. Citemos, como muestra, la Ley italiana de 27 de julio de 1967, número 685, que aprobaba el programa económico 1966-1970. Esta Ley fue precedida por un amplio debate político y doctrinal en el que la valoración y comparación de las experiencias de otros ordenamientos estuvieron a la orden del día (33).

Reconocer la importancia de la comparación entre los proyectos de leyes nacionales y los textos normativos de otros ordenamientos no debe, obviamente, inducir al error de aceptar el trasplante de tales textos al ordenamiento desde el que se realiza la comparación. Por el contrario, es exacto afirmar que la comparación tiende a suscitar propuestas o a comprobar aquellas que han madurado en el ordenamiento en cuestión y que, más que los textos considerados en sí mismos, interesan al legislador nacional las «ideas» que están tras las formulaciones normativas (34) o las soluciones ofrecidas a los problemas que se viven en el país.

En cualquier caso, está fuera de dudas que los factores políticos nacionales propios del ordenamiento que recurre a la comparación, así como el conocimiento del contexto político en el que operan las normativas estudiadas con motivo del análisis comparado, pueden condicionar la eventual propuesta de normas que deberían ser «trasplantadas» (35). En este sentido, no se debe ocultar el riesgo de la inutilidad de una comparación basada únicamente en el dato formal de tales textos normativos, ignorando, en cambio, su aplicación en el ordenamiento considerado (36).

(32) Cfr. V. KNAPP, «Le droit comparé en Tchécoslovaquie», en *Livre du centenaire*, II, cit., pp. 535 y ss.

(33) Citemos, a título indicativo, a A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milán, 1963, e ID., «Il programma economico 1966-1970. Aspetti giuridici», en AA. VV., *Il programma economico 1966-1970*, Milán, 1967.

(34) En este sentido, cfr. A. WATSON, *Legal transplants*, Edimburgo, 1974, p. 17.

(35) En torno al condicionamiento que ejercen los factores políticos ambientales sobre el éxito de una eventual utilización de normativas extranjeras, cfr. N. S. MARSH, «Comparative Law and Law reform», en *Rabel's Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 41, 1977, pp. 661 y ss.; para una referencia a los diversos resultados de los institutos constitucionales propios de las viejas potencias coloniales en los ordenamientos africanos, cfr. J. B. OJWANG, «The application of the Comparative Method in the Domain of Public Law: Some Reflections», en *Revue de Droit International*, 1982, pp. 207 y ss.

(36) Cfr. J. M. VAN DUNNÉ, «The use of Comparative Law by the Legislation in

No existe, pues, ningún criterio orgánico que presida el recurso a la comparación por parte del legislador: exigencias específicas (37), condicionadas por factores locales o por el particular momento histórico, al igual que la notoriedad lograda por opciones realizadas en otros ordenamientos, pueden incitar a la comprobación comparada.

Se admite generalmente que la comparación se efectúa mejor en la fase preparatoria que tiene lugar en las oficinas legislativas de los ministerios. En cambio, cuando el proyecto comienza su viaje a través de las comisiones parlamentarias, las exigencias políticas contingentes de los parlamentarios y de los representantes del Gobierno tienden a hacer que se olvide la confrontación con otros ordenamientos (38).

En fin, se ha observado que el recurso a los análisis comparados termina por interesar en aquellos sectores de la actividad legislativa que presentan aspectos técnicos particulares o uniformidad de intereses con los ordenamientos objeto de estudio comparado (por ejemplo: derecho penal, derecho mercantil, con especial referencia a la competencia, tutela del consumidor). Sin embargo, difícilmente se produce en aquellos sectores en los que emerge prioritariamente el carácter exquisitamente nacional de los intereses regulados o en los que existen instituciones nacionales sólidamente enraizadas.

En consecuencia, se ha constatado que «la predisposición a la comparación es inversamente proporcional a la originalidad del ordenamiento jurídico nacional» (39).

5. *La función de auxilio a la armonización y unificación normativas*

Los procesos de formación de nuevos Estados y los de colaboración política entre Estados han conducido a la experimentación de formas de integración de ordenamientos jurídicos diferentes, frecuentemente con el recurso determinante a la comparación. Los términos empleados para calificar el proceso de integración varían. Se habla de unificación, uniformización, aproxi-

the Netherlands», en *Netherlands Reports to the Eleventh International Congress of Comparative Law*, Caracas, 1982; Amsterdam, 1982, pp. 58-61.

(37) J. M. VAN DUNNÉ, *op. cit.*, p. 48.

(38) Cfr., para la República Federal Alemana, V. DROBNIG y P. DOPFFEL, *op. cit.*, p. 296.

(39) V. DROBNIG y P. DOPFFEL, *op. cit.*, p. 296.

mación, coordinación, armonización de las normativas estatales y se señala al respecto que con esta incierta terminología puede aludirse a procesos sensiblemente distintos (40).

A grandes líneas puede considerarse que las medidas puestas en práctica tienen como objetivo una *simplificación o eliminación de las diferencias* entre ordenamientos (41) que se pretenden superar mediante formas de coordinación que permitan una verdadera reconducción a la unidad. Hablar de armonización significa convencionalmente referirse a un proceso coordinado de homogeneización de los derechos estatales que conservan su propia individualidad aunque revistan características comunes. En cambio, hablar de unificación significa pensar en un proceso de uniformización de los ordenamientos implicados de manera que la homogeneidad sea lo más completa posible (42).

El fenómeno de la superación de las diferencias afecta al ordenamiento estatal unitario o descentralizado según el esquema federal o regional; a las relaciones entre ordenamientos estatales regulados por convenios; a las relaciones entre los Estados que se producen en el marco de las organizaciones internacionales. La normativa respecto de la cual se produce la mencionada simplificación o eliminación de las diferencias rara vez pertenece al campo del derecho constitucional (como, por ejemplo, cuando ordenamientos constitucionales preexistentes son englobados por otro nuevo). Sin embargo, parece oportuno referirnos a ella por razones sistemáticas recordando la función de los órganos constitucionales en el proceso de simplificación.

La unificación de ordenamientos o de normativas se produce cuando un Estado impone un ordenamiento unitario sobre territorios que anteriormente estaban sujetos a otro poder soberano. En estos casos el factor unificante está constituido precisamente por la voluntad soberana (43), sin que pueda excluirse que, en esos supuestos, la imposición de nuevos ordena-

(40) La incertidumbre de la terminología empleada a propósito de la progresiva aproximación de las normativas de los Estados miembros de organizaciones internacionales ha sido puesta de relieve por A. P. SERENI, «Funzione e metodo del diritto comparato», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, pp. 156 y ss.

(41) Cfr. K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 19.

(42) La contraposición entre armonización y unificación se encuentra, por ejemplo, en M. UDINA, *Metodi...*, cit., p. 4.

(43) Sobre la unificación en el interior de ordenamientos estatales, cfr. R. RODIÈRE, *Introduction au droit comparé*, Barcelona, 1967, pp. 58 y ss.; M. ANCEL, *Utilità...*, *op. cit.*, p. 73.

mientos se vea acompañada por investigaciones comparativas que precedan a las opciones políticas (44). El contraste entre ordenamientos diferentes puede tener lugar también cuando el poder político pretende realizar una centralización a través de la imposición de un derecho uniforme en el proceso de formación de nuevos Estados, tal y como sucede en muchos Estados recién independizados, los cuales suelen importar ciertas soluciones institucionales que después tratan de imponer a las distintas comunidades locales (45).

Por otra parte, la unificación o la armonización pueden derivarse de acuerdos entre Estados que aspiran a operar una simplificación de disciplinas de interés común —como ha sucedido en el campo del derecho privado y mercantil—. En efecto, se producirá bien conviniendo en sede internacional una regulación uniforme que, a través de la ratificación y la orden de ejecución, entrará a formar parte de los ordenamientos de cada Estado, bien preconstituyendo el compromiso de adoptar, dentro de cada Estado, normativas coherentes con los principios uniformes convenidos previamente, dejando así a cada Estado una esfera de autonomía en su aplicación (46).

Es posible encontrar perspectivas satisfactorias de integración —que, preferentemente, comportan nuevas formas de coordinación, pero, a veces, suponen también la unificación de normativas— en ámbitos *regionales* circunscritos (47): el área europea, la de la *Commonwealth*, la de los países socialistas, aquella en la que rige el derecho musulmán, han sido objeto de consideración (48) en cuanto potencialmente idóneas para experimentar fructíferamente iniciativas facilitadas por la *homogeneidad* de los principios que inspiran los ordenamientos jurídicos de los Estados interesados. El marco institucional en el que se opera puede venir dado por ordenamientos federales o de organizaciones internacionales. En estos casos se intenta conciliar la exigencia de respetar la autonomía (Estados miembros de Estados federales) o la soberanía (Estados miembros de organizaciones internacionales) con la

(44) Cfr., por ejemplo, sobre el recurso a las técnicas jurídicas con objeto de lograr la unificación del derecho en la Constitución de los Estados nacionales europeos, G. ZAGREBELSKY, «Considerazioni sull'uso della comparazione negli studi di diritto costituzionale italiano», en AA. VV., *L'apporto...*, cit., pp. 99 y ss.

(45) Cfr., por ejemplo, sobre la función de la imposición de nuevos ordenamientos respecto de la eliminación de los viejos derechos consuetudinarios africanos, R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (trad. it.), 3.ª ed., Padua, 1980, pp. 489 y ss.

(46) M. ANCEL, *Utilità...*, cit., p. 74.

(47) A. P. SERENI, *op. cit.*, p. 156; V. KNAPP, *La scienza del diritto*, cit., pp. 105-106.

(48) Cfr. V. KNAPP, *op. cit.*

de actuar en un contexto normativo lo más homogéneo posible, y para ello se prevén soluciones dirigidas a provocar formas de coordinación que pueden llegar hasta la elaboración de un derecho uniforme.

En los ordenamientos federales las mismas características de su Constitución requieren el mantenimiento de un notable grado de autonomía de los Estados miembros. En estos supuestos el objetivo de la uniformización de los ordenamientos de los Estados miembros entre sí o la de éstos con el del Estado federal se persigue tanto a través de la legislación federal cuanto por medio de la interpretación del máximo órgano jurisdiccional federal, lo que en cualquier caso supone el recurso a la comparación. Podemos recordar, en relación con los Estados Unidos, la experiencia de la formación de esquemas legislativos a adoptar por los Estados miembros (49). Respecto de la URSS, señalemos que, desde hace tiempo, está en curso un proceso de armonización que tiende a aproximar la legislación de las repúblicas federadas en el campo del derecho constitucional, administrativo y penal, y todas ellas a la vigente Constitución federal. Para desarrollar este proceso, se recurre sistemáticamente al método comparado, estudiando los distintos institutos y perfilando los aspectos normativos que deben ser asumidos como modelo para la generalidad de los ordenamientos interesados (50).

El recurso a la comparación es obligado cuando los entes internacionales pluriestatales elaboran nuevas normativas que han de aplicarse en su ámbito.

La normativa electoral que adoptará la CEE para las elecciones al Parlamento europeo en virtud del artículo 138.3.c) del Tratado, tendrá en cuenta las normas y las experiencias de los diversos ordenamientos que forman parte de la Comunidad europea (51). La exigencia de una mejora de la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos que forman parte de

(49) K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 20.

(50) M. FAÏZIEV, «Étude comparative de la législation des républiques fédérées», en *Académie des sciences de l'URSS. Problèmes du monde contemporain*, núm. 57, *Development du droit et de la science juridique en URSS*, Moscú, 1978, pp. 52 y ss.

(51) Como es sabido, las primeras elecciones directas al Parlamento Europeo han sido reguladas por normas nacionales mientras que las sucesivas serán disciplinadas sobre la base de un proyecto de procedimiento electoral uniforme que habrá de ser elaborado por el propio Parlamento (acuerdo del Consejo de Ministros de la Comunidad de 20 de septiembre de 1976 y acta adjunta, art. 7): cfr. G. ZAGREBELSKY, «I meccanismi elettorali per le elezioni del Parlamento Europeo e le loro implicazioni politiche», en AA. VV., *Parlamento Europeo, forze politiche e diritti dei cittadini*, Milán, 1979, pp. 11 y ss.; F. POCAR, *Lezioni di diritto delle Comunità Europee*, 2.ª ed., Milán, 1979, pp. 87 y ss.

la Comunidad ha llevado al estudio de diferentes propuestas encaminadas a la adopción de un «catálogo» comunitario de derechos o a la adhesión a la Convención Europea de Derechos del Hombre en el marco del Consejo de Europa. Todas estas iniciativas han requerido un profundo estudio comparado del régimen de los derechos fundamentales de los Estados europeos miembros de la Comunidad (52).

En general, en el ordenamiento comunitario europeo la uniformización de una disciplina normativa se logra mediante la adopción de reglamentos que se aplican en todo el ordenamiento comunitario, así como a través de convenios que crean derecho uniforme de acuerdo con el artículo 220 del Tratado, entre los cuales se prevén los que se refieren a la tutela de los derechos (53). En todos estos casos es evidente el recurso preliminar a la comparación. Ciertamente, el camino preferido por el Tratado es el de la armonización de las legislaciones nacionales por medio del concurso de una intervención comunitaria previa, a través de directivas, y de su sucesiva adecuación estatal. No obstante, también aquí es preciso acudir a la comparación para extraer los criterios directivos necesarios para elaborar la legislación nacional. Este es el sistema que viene siguiéndose para alcanzar la «aproximación» de las legislaciones nacionales a que aluden los artículos 100 y otros del Tratado de la CEE (54). Puede ser un ejemplo válido el de la propuesta dirigida por la Comunidad a los Estados para que establezcan normativas uniformes para la represión de las infracciones cometidas en sectores regulados por el derecho comunitario (55).

(52) Cfr. *Bolletino delle Comunità europee*, supl. 2/79, y Parlamento Europeo, *Atti della tavola rotonda sui «Diritti speciali e Carta dei diritti del cittadino della Comunità Europea»*, Firenze, 26-28 ottobre 1978, Luxemburgo, 1979. Para el análisis científico que se produjo, véase R. BERNHARDT, *Problemi...*, cit., *passim*.

(53) F. POCAR, *op. cit.*, pp. 219-220.

(54) La normativa sobre la aproximación de las legislaciones tiene una gran importancia en los tratados comunitarios. Se dirige a provocar la armonización de las legislaciones por medio de la aprobación de directivas que dejen a los Estados destinatarios el suficiente margen de discrecionalidad en su cumplimiento. Cfr. J. MEGRET y otros, *Le droit de la Communauté Économique Européenne*, V, Bruselas, 1975, pp. 152 y ss.; D. TALLON, «Droit communautaire et droit comparé», en *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, II, Bruselas, 1972, pp. 943 y ss.

(55) G.U.C. 222, del 22-IX-1976.

III. EL OBJETO DE LA COMPARACION EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los ordenamientos estatales y sus instituciones son el objeto de la comparación en el derecho constitucional, aunque sea necesario advertir que la comparación puede interesar a ordenamientos públicos internos a los ordenamientos estatales o a los de las organizaciones internacionales.

1. *Comparación interna y externa a un ordenamiento estatal*

Los ordenamientos, institutos y normativas que forman parte de ordenamientos estatales son el objeto de la comparación en el derecho constitucional y en el derecho público según la opinión generalizada en la doctrina. Sin embargo, teniendo en cuenta el pluralismo ordinamental, la comparación podría realizarse tanto en el interior de un ordenamiento cuanto en su exterior (56).

El recurso a la comparación en el *interior* de un ordenamiento constitucional se produce cuando, por ejemplo, se confrontan los criterios de selección de la representación política y los procedimientos electorales a nivel municipal, provincial, regional y estatal (tratándose en tal caso de un contraste entre distintos niveles de un ordenamiento de estructura jerárquico-vertical). También cuando se confrontan diferentes legislaciones regionales paralelas que se hayan aprobado en un mismo sector material, como la agricultura o la planificación territorial (tratándose en este supuesto de conjuntos normativos que se encuentran en el mismo nivel).

El examen comparativo entre ordenamientos o entre sectores orgánicos de disciplinas infraestatales responde a particulares cánones de análisis comparativo, pero *convencionalmente* se considera que se trata de una materia comprendida en el derecho público interno, si bien no existe unanimidad en torno a si se debe incluir o no en el ámbito del derecho interno la comparación efectuada en el seno de ordenamientos federales (57).

(56) Sobre la comparación dentro de un ordenamiento estatal, cfr. las observaciones de M. UDINA, *Metodi...*, cit., pp. 4-5.

(57) En torno a la extensión del ámbito de la disciplina comparada hasta llegar a abrazar el estudio de los ordenamientos internos del Estado federal, cfr. V. KNAPP, «Champ d'application du droit comparé (le droit comparé interne et le droit étranger)», en *Mélanges A. Malmström*, Estocolmo, 1972, pp. 136-138.

La comparación jurídica en cuanto disciplina autónoma se limita a las relaciones entre ordenamientos estatales diferentes y, por tanto, se orienta al *exterior* de un determinado ordenamiento de referencia, tanto en el campo privado cuanto en el público. Pero si es cierto que la comparación se preocupa, como norma, de la confrontación de ordenamientos estatales, ha de observarse, sin embargo, que el ordenamiento estatal puede ser comparado con el de entidades jurídicas que no sean Estados. Así, puede producirse la comparación entre la normativa estatal en materia de derechos fundamentales y aquella propia de una organización internacional sobre el mismo argumento. Además, la regulación estatal puede ser comparada con la de ordenamientos supranacionales que vinculan a ciertos sujetos de derecho prescindiendo de la territorialidad, como ocurre en algunos ordenamientos religiosos (58).

Las observaciones anteriores se refieren a la comparación entre ordenamientos estatales o entre un ordenamiento estatal y otros ordenamientos en la medida en que el derecho constitucional comparado presupone que, al menos, uno de los ordenamientos implicados en el proceso comparativo sea estatal. Pero, obviamente, es posible comparar entre sí otros ordenamientos, como los de organizaciones internacionales o los religiosos.

2. *Derecho extranjero y derecho comparado*

Una cuestión que es preciso aclarar es la que se refiere a la función del *derecho extranjero* en el estudio de la comparación jurídica, entendiéndose por extranjero aquel derecho distinto del propio del ordenamiento estatal al que pertenece el *autor* del estudio comparado —que normalmente coincidirá con el del *lector-usuario* del análisis comparado (59)—. Generalmente, el autor contrasta el derecho extranjero con el propio del ordenamiento al que pertenece, aunque no puede excluirse la comparación de varios ordenamientos jurídicos positivos todos ellos extranjeros para el autor.

El estudio del derecho extranjero ha de realizarse con la mayor precisión posible para lograr su conocimiento efectivo y que éste sea útil para el suce-

(58) Sobre la comparabilidad de ordenamientos estatales, ordenamientos de organizaciones internacionales, ordenamientos de Estados miembros de Estados federales y ordenamientos que prevén un *status* personal diferenciado para los pertenecientes a diversas religiones con tal de que exista la homogeneidad suficiente, M. UDINA, *Metodi...*, cit., pp. 5 y ss.; A. PIZZORUSSO, *Corso...*, cit., pp. 124-126.

(59) V. KNAPP, *La scienza...*, cit., p. 96.

sivo examen comparativo (60). Así, debería obtenerse un conocimiento general de la historia constitucional, del sistema de fuentes, de la aplicación real de la normativa constitucional para, de esta forma, encuadrar cada instituto objeto de un futuro examen comparado en el apropiado contexto de referencia. Del mismo modo, habría que conocer los institutos típicos del ordenamiento extranjero y familiarizarse con la terminología jurídica (61), desconfiando de aparentes afinidades con la propia del ordenamiento del autor, pues, a menudo, términos homólogos encubren realidades jurídicas diferentes.

A pesar de posibles equívocos, está fuera de discusión que el simple análisis y conocimiento de ordenamientos extranjeros o de sus institutos o normativas no significa comparación (62), sino simplemente conocer cuál es el derecho público o privado de un Estado determinado: muchos estudios que pasan impropriamente por análisis comparativos, en realidad son obras de derecho extranjero. Así, un estudio sobre la presidencia de la República según la Constitución francesa de 1958, si se limita a examinar el derecho y la praxis constitucional franceses, es un estudio de derecho constitucional francés, no un trabajo de derecho constitucional comparado (63). Igualmente, el estudio separado de varios ordenamientos extranjeros puede llevar a un simple análisis descriptivo de institutos «país por país», no a una comparación (64). Así, un estudio de las monarquías parlamentarias europeas efectuado con tal técnica queda fuera del derecho comparado (65).

(60) L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, I y II, París, 1972-1974, *passim*; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN, *op. cit.*, pp. 197 y ss.; M. ROTONDI, voz «Diritto comparato», *op. cit.*, p. 823.

(61) Cfr. H. C. GUTTERIDGE, *Comparative Law*, 2.^a ed., Cambridge, 1949, pp. 117 y ss.; L. KISCH, «Droit comparé et terminologie juridique», en M. ROTONDI (ed.), *Buts...*, *cit.*, pp. 406 y ss.

(62) M. ANCEL, *Utilità...*, *cit.*, pp. 86 y ss.; G. GORLA, *Diritto comparato*, *cit.*, pp. 930 y ss.

(63) Cfr. la óptima investigación de M. VOLPI, *La democrazia autoritaria*, Bologna, 1979, en la que el análisis se centra en la forma de gobierno de la V República francesa, con una comparación exclusivamente temporal respecto de los precedentes históricos franceses.

(64) Cfr. al respecto, entre los estudios «país por país», P. LUCAS MURILLO (ed.), *Sistemas políticos contemporáneos*, Barcelona, 1984; J. FERRANDO BADÍA (ed.), *Regímenes políticos actuales*, Madrid, 1985; S. ORTINO, *Diritto costituzionale. Storia, ordinamenti, teoria*, Florencia, 1985, pp. 203 y ss.

(65) Cfr. R. FUSILIER, *Les monarchies parlementaires. Étude sur les systèmes de*

Para que se pueda hablar de derecho comparado es menester que el derecho extranjero sea considerado en relación con otro derecho, normalmente con el nacional del autor, por ejemplo con el derecho italiano. Entonces, el conocimiento del derecho extranjero es un presupuesto indispensable para la futura comparación (66). Nada excluye que ésta se produzca entre dos ordenamientos extranjeros. Por eso, serán obras de derecho constitucional comparado tanto aquellas que estudien la Presidencia de la República italiana relacionándola con los institutos análogos de otras Constituciones cuanto las que se ocuparan de la Presidencia de la República (67) y del Gobierno en el ordenamiento presidencial y en el parlamentario con predominio del primer ministro (prescindiendo, por tanto, de los institutos italianos homónimos) (68).

Desde el punto de vista metodológico, la diferencia entre el simple estudio de un ordenamiento extranjero y su consideración a efectos comparativos consiste en que el primero tiene un carácter *descriptivo*, mientras que el segundo supone, además del conocimiento de más de un ordenamiento, un examen conjunto y una *operación lógica* de contraste de la que se extraen conclusiones (69).

3. Macrocomparación y microcomparación

La comparación puede referirse a ordenamientos contemplados en su conjunto (macrocomparación) o a sectores o institutos concretos (microcomparación) (70). La comparación de dos ordenamientos, por ejemplo el italia-

gouvernement (Suède, Norvège, Danemark, Belgique, Pays Bas, Luxembourg), París, 1960, en donde se efectúa un análisis país por país.

(66) Cfr. M. ANCEL, *op. cit.*, loc. cit.; G. GORLA, voz «Diritto comparato», *op. cit.*, pp. 930-931; ID., «Prolegomeni a una storia del diritto comparato europeo», en R. SACCO (ed.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milán, 1980, p. 284.

(67) Cfr., por ejemplo, la obra de G. U. RESCIGNO, «L'art. 87, I°, c. VII comma», en G. BRANCA (ed.), *Commentario della Costituzione. Il Presidente della Repubblica*, Bolonia, 1978, pp. 149 y ss.

(68) Cfr., por ejemplo, G. NEGRI, *Il leader del partito anglosassone. Osservazioni sulle tendenze monarchiche nei sistemi britannico e statunitense* (1958), reimpresión, Milán, 1974.

(69) Cfr. J. H. MERRYMAN, «Modernización de la ciencia jurídica comparada», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46, 1983, pp. 67-69.

(70) L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, II, *La Méthode comparative*, París, 1974, *passim*.

no y el francés, es ciertamente posible, pero por el carácter extremadamente amplio de sus términos, puede ser problemática y dar unos resultados excesivamente genéricos. Más factible es la comparación de sectores de los respectivos ordenamientos o, mejor, la que, considerando los ordenamientos francés e italiano como dos sistemas normativos, se efectúa entre dos de sus respectivos subsistemas, por ejemplo, el derecho parlamentario francés y el italiano. Es mucho más practicable aún y más provechosa la comparación de institutos o grupos de institutos en el ámbito de dos subsistemas, por ejemplo, entre las formas de inspección política en las relaciones Parlamento-Gobierno o, incluso, entre los regímenes que caracterizan un instituto específico dentro de tales formas inspectivas, como la interpelación o las comisiones de encuesta.

4. *El derecho positivo como objeto de comparación*

El derecho que constituye el objeto de una posible comparación es el derecho positivo (71) efectivamente vigente en los ordenamientos afectados por la investigación comparada. El eventual examen de normativas que no están ya en vigor es propiamente objeto de las investigaciones históricas.

Esta observación sirve para introducir un argumento que se maneja con frecuencia por los estudiosos de la comparación cuando se preguntan si el examen de los ordenamientos positivos debe limitarse al estudio del derecho escrito.

La tendencia a circunscribir la comparación al derecho escrito está ligada al origen mismo de los estudios modernos de derecho comparado. Este nació el siglo pasado bajo la forma de «legislación comparada», disciplina destinada a facilitar el auspiciado proceso de unificación de los derechos nacionales y contrapuesta a la «historia comparada», encaminada a esclarecer científicamente los orígenes de los derechos en el marco más amplio del devenir social, según el planteamiento realizado por LAMBERT con ocasión del Congreso internacional de derecho comparado (1900), que tanta influencia tendría sobre los estudios jurídicos comparados (72).

El estudio comparado de las legislaciones nacionales ha seguido siendo

(71) Cfr., en este sentido, M. ROTONDI, *Diritto comparato*, cit., p. 825; A. PIZZO-RUSSO, *Corso...*, cit., p. 105.

(72) Además de la contribución de E. LAMBERT, en las actas del *Congrès international de droit comparé (1900)*, I, París, 1905, pp. 167 y ss., cfr. sobre el significado que se atribuye al derecho legislativo comparado, M. ANCEL, *Utilità...*, cit., pp. 16 y ss.

uno de los pilares de los estudios jurídicos comparados. Sin embargo, los comparatistas, al abrirse camino, han comprendido rápidamente la importancia del derecho en la realidad social con independencia del dato meramente formal de la inclusión de las normas en las constituciones o en las leyes. En este sentido han influido las aportaciones de la sociología jurídica (73) y, en el campo de los estudios hechos en los países socialistas, los análisis de la totalidad de los comparatistas están condicionados por la concepción oficial del derecho fundada en el marxismo-leninismo (74).

La divergencia, potencial o efectivamente producida, entre los textos normativos y el derecho que se aplica en la práctica a las relaciones sociales reviste una particular importancia en el derecho constitucional, ya que en él la influencia de la política condiciona evidentemente la aplicación de los textos normativos. En este ámbito, la simple comparación de disposiciones normativas contrapuestas —en el caso de que se disponga de ellas— es absolutamente insuficiente. Es preciso tener en cuenta su interpretación y aplicación, así como la existencia en los ordenamientos que se comparan de normas no escritas, entre las que se encuentran costumbres y convenciones (75), y preocuparse de determinar las normativas realmente vigentes (76).

MIRKINE-GUETZEVITCH observaba, en la conclusión de uno de sus trabajos, que «los estudios de derecho constitucional comparado nos ponen de manifiesto la relatividad de los textos, de las fórmulas, de los dogmas. No son los textos los que crean las democracias. Son los hombres y las ideas, los partidos y los principios, las místicas y los *slogans*, los usos y las tradiciones, los factores determinantes de un régimen. Los textos solamente crean algunas condiciones de evolución, transformación o realización jurídica». Y señalaba por último: «El examen de la praxis constitucional se convierte en el objetivo principal del derecho constitucional comparado» (77).

(73) Cfr. SCHWARTZ-LIEBERMANN, *Droit comparé*, cit., pp. 57 y ss.; M. ANCEL, «Réflexions sur la recherche et sur la méthode comparatives», en *Festschrift M. Rhein-stein*, I, Tubinga, 1969, p. 219.

(74) V. KNAPP, «Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé», en M. ROTONDI, *Buts...*, cit., pp. 431 y ss.; T. IONASCO, «Quelques considérations sur le droit comparé et les systèmes socio-politiques», *ibidem*, pp. 445 y ss.; R. D. LUKIC, «Les méthodes sociologiques et droit comparé», *ibidem*, *passim*.

(75) Cfr. V. DI CIOLO, «In merito alle 'comparative politics'», en *Rassegna parlamentare*, 1971, p. 238.

(76) C. LAVAGNA, «Aspetti tecnici della comparazione costituzionale (1966)», ahora en C. LAVAGNA, *Ricerche sul sistema normativo*, Milán, 1984, pp. 246-247.

(77) B. MIRKINE-GUETZEVITCH, «I metodi di studio del diritto costituzionale comparato», en *Il Politico*, 1950, p. 195.

Por tanto, comparar significa confrontar poniendo de relieve las semejanzas y las diferencias que se advierten en la disciplina normativa establecida por distintos ordenamientos y también las que resultan de la práctica constitucional y de la jurisprudencia. Por razones evidentes, es absolutamente impensable limitar la comparación exclusivamente al derecho formalizado, es decir, escrito y codificado (78). Si se procediese de ese modo, la comparación resultaría parcial, distante de la realidad social y jurídica y, por tanto, sin valor.

El derecho constitucional, además de ser el derecho de la organización constitucional y de la libertad —y, en cuanto tal, en principio codificado—, normalmente es también el derecho del hecho político, en la medida en que consiste en un conjunto de normas que tiende a regular el desarrollo de la acción política. Por eso, su formalización es, a menudo, imposible o inoportuna. De ahí que muchas normas de comportamiento de los «actores» políticos suelen ser plasmadas y modificadas por ellos mismos (convenciones) en lugar de consignarse en normas constitucionales. Añádase, además, que muchas conductas que se consideran obligatorias son observadas por las fuerzas políticas y por los órganos constitucionales incluso sin que sean formalizadas por la Constitución (costumbres) y que, en algunos ordenamientos, el propio derecho constitucional no codificado asume una posición concurrente o preferente respecto de la del derecho escrito (países de *common law*, Estados islámicos, Estados asiáticos y africanos de nueva independencia) (79). En fin, el derecho constitucional formal, cuando existe, es frecuentemente modificado en su aplicación práctica y tales modificaciones de hecho desnaturalizan las previsiones formales.

Todas estas precisiones indican que el comparatista no puede ignorar el ser real y el funcionamiento de las Constituciones, limitándose, allá donde exista, al examen del texto formal. La comparación —de ordenamientos o de institutos— debe, pues, tener en cuenta estos dos —o más— términos de

(78) Sobre la importancia de la comparación entre normas no escritas y, en particular, en el derecho consuetudinario, cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione*, cit., pp. 9-10.

(79) Sobre la importancia de la costumbre y del derecho no codificado en numerosos ordenamientos contemporáneos, cfr. M. G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Turín, 1978, pp. 125 y ss. Respecto de la necesidad de tener en cuenta a los efectos de la comparación en el derecho público las costumbres, las convenciones, los precedentes, cfr. A. PIZZORUSSO, «La comparazione giuridica e il diritto pubblico», en R. SACCO (ed.), *L'apporto...*, cit., pp. 65-66.

referencia señalados globalmente, utilizando tanto los elementos de carácter formal (Constituciones, legislación, jurisprudencia) cuanto aquellos no formales (costumbres, convenciones, praxis interpretativas).

Así, pues, es posible concluir que la comparación se refiere a las normativas efectivamente vigentes con independencia de su inserción o no en textos escritos y que ha de tenerse presente la regla, frecuentemente recordada por los estudiosos del derecho privado comparado, según la cual el derecho realmente vigente (*law in action*) que hay que considerar a efectos comparativos no coincide necesariamente con el derecho escrito (*law in the books*) (80).

IV. LA COMPARABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA COMPARACION

La comparabilidad de ordenamientos e instituciones hace referencia a la selección de los materiales objeto de estudio y a algunas cuestiones relativas al método.

Hay que advertir, ante todo, que la *comparabilidad* de ordenamientos o institutos pertenecientes a distintos ordenamientos se ha vinculado a la búsqueda de su *homogeneidad*. Sin embargo, es preciso observar al respecto que el concepto de homogeneidad del que se habla a propósito de las relaciones entre ordenamientos es diferente del que se refiere a las relaciones entre institutos de diversos ordenamientos.

1. *Homogeneidad y comparabilidad de ordenamientos*

La homogeneidad de los ordenamientos presupone que pertenecen a la misma «forma de Estado». No obstante, conviene señalar al respecto que excluir la comparabilidad de dos ordenamientos estatales solamente porque son «heterogéneos» por pertenecer a formas de Estado diferentes es un contrasentido. En efecto, la definición de las diversas formas de Estado responde a exigencias de clasificación de ordenamientos distintos y se hace sobre

(80) Cfr., por ejemplo, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione*, cit., pp. 23 y ss.; G. GORLA, voz «Diritto comparato», *op. cit.*, pp. 938-944 y ss.; K. H. NEWMAYER, «Law in the books, Law in action et les méthodes du droit comparé», en M. ROTONDI (ed.), *Buts...*, cit., pp. 507 y ss.

bases convencionales: tiene un valor indicativo, no absoluto, ofrece en muchas ocasiones un alto grado de discrepancia y, además, los límites entre unas formas y otras se mueven, no son rígidos. Asimismo, es evidente que una clasificación no puede obstaculizar el conocimiento de los diversos ordenamientos, que es el fin de la ciencia comparada. Máxime cuando es pacífico que la comparación puede manifestar diferencias junto a las semejanzas.

Por otra parte, en la práctica el análisis científico no puede prescindir del contraste entre ordenamientos inspirados en principios diferentes cuando, por ejemplo, se piense en la necesidad de estudiar las relaciones entre los ordenamientos de los Estados recién independizados y los de las potencias coloniales europeas (la práctica totalidad de los ordenamientos africanos y asiáticos); o entre las diversas formas históricas de ordenamientos que pasan de la vigencia de los principios del Estado liberal a los del Estado autoritario o viceversa (ordenamientos iberoamericanos, ordenamiento griego, español, portugués, por poner ejemplos de particular interés para el investigador italiano). Obviamente, la comparación que se produce entre ordenamientos encuadrados en formas de Estado distintas obliga a profundizar en los aspectos sustanciales de los ordenamientos constitucionales examinados y a desconfiar de los hallazgos de meras similitudes formales que, a primera vista, podrían inducir a conclusiones apresuradas que, después, se revelan inexactas y desviadas.

El estudio comparado de ordenamientos heterogéneos está, por tanto, perfectamente justificado en el marco de la ciencia comparada, siendo necesario advertir que la insistencia con que la mayor parte de la doctrina exige la homogeneidad de los ordenamientos como requisito de la comparabilidad o desconfía de contrastes poco cuidadosos procede del hecho de que la comparación tiene, entre otras, la importante función de suministrar materiales para la adopción de textos constitucionales o legislativos, o para la armonización o la unificación del derecho. Objetivos que, indudablemente, son más fáciles de conseguir moviéndose en el ámbito de tratamientos normativos homogéneos propios de ordenamientos que forman parte de la misma forma de Estado.

El problema de la comparabilidad de ordenamientos no homogéneos ha alcanzado una especial resonancia con motivo del contraste entre institutos pertenecientes a ordenamientos de derivación liberal y otros procedentes de ordenamientos socialistas en el campo del derecho privado y mercantil. En efecto, los juristas soviéticos y los de los países incluidos en el área de influencia de la URSS sostenían, refiriéndose a los principios de la doctrina marxista-

leninista del derecho y del Estado, que la radical diversidad existente entre el ordenamiento económico y político capitalista y el socialista y, por tanto, entre sus respectivos derechos, que no son sino una simple superestructura, impedían toda comparación (81).

Sin embargo, el hecho de la instauración de relaciones económicas cada vez más frecuentes obligó a revisar esa rotunda preclusión de la comparación. En consecuencia, se ha puesto de relieve que la comparación entre institutos propios de un ordenamiento capitalista y los de un ordenamiento socialista no significa en modo alguno admitir «una semejanza entre lo que se confronta» (salvándose así el principio de la diversidad y superioridad del derecho socialista). Y se ha afirmado que lo verdaderamente útil es el recurso a la microcomparación, existiendo un indiscutible interés por estudiar y conocer aspectos prácticos y circunscritos de institutos específicos (82).

Así, pues, la tendencia más reciente de la doctrina socialista oficial citada consiste en admitir una comparación que mire también a poner en evidencia los contrastes entre el derecho capitalista y el socialista con la preocupación de resaltar siempre aquellos elementos de los ordenamientos socialistas que los caracterizan inequívocamente frente a los capitalistas (83).

No fue diferente la actitud de la doctrina occidental, que, en un primer momento, negaba la posibilidad de la comparación con los ordenamientos socialistas para mostrar, posteriormente, una mayor disponibilidad para admitirla (84). Es indicativa la posición de ZWEIGERT y KÖTZ, que si inicial-

(81) Confróntese la referencia en K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *op. cit.*, I, pp. 31-32.

(82) V. KNAPP, *La scienza...*, cit., pp. 98-101.

(83) Para un examen de la posición de la doctrina de los países socialistas, cfr. Y. EMINESCU, «Sur le problème de la comparabilité des systèmes de droit différents», en *Jahrbuch für Ostrecht*, XIV, 1973, pp. 75 y ss.; en la misma doctrina, sobre la admisibilidad de la comparación, cfr. B. T. BLAGOJEVIC, «Le méthode comparative juridique», en M. ROTONDI (ed.), *op. cit.*, p. 36; V. KNAPP, «Le droit comparé en Tchécoslovaquie», en *Livre du centenaire*, II, cit., p. 538, que recoge también una referencia a las anteriores orientaciones restrictivas.

(84) Cfr. M. ANCEL, *Utilità...*, cit., pp. 61 y ss.; ID., «Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative», en M. ROTONDI (ed.), *Scopi e metodi del diritto comparato*, Padua, 1973, pp. 11 y ss.; J. H. HAZARD, «Pour quoi le droit comparé? L'URSS et les États Unis», en *Revue internationale de droit comparé*, 1979, pp. 292 y ss.; M. LESAGE, «Comparing Public Institutions. Their organisation and procedures: East-West Cooperation in East-West Comparisons», en M. NIESSEN, J. PESCHAR y C. KOURILISKY, *International comparative research. Social structures and public institutions in Eastern and Western Europe*, Oxford, 1984, pp. 136 y ss.

mente afirmaron, refiriéndose especialmente al área del derecho público y constitucional de los ordenamientos socialistas y occidentales, que «la realidad de hecho cubierta por las instituciones legales es de tal manera diferente que las necesidades legales no son en ningún modo semejantes y, por tanto, no son soluciones comparables funcionalmente», poco después no excluían que una atención prudente en el estudio de los dos grupos de ordenamientos pudiese ofrecer materiales útiles para el comparatista (85).

En la doctrina, tras la investigación de LOEBER (86), que ha sugerido distinguir las instituciones jurídicas ligadas al sistema social y económico de aquellas «neutras», CONSTANTINESCO (87), más específicamente, ha aportado su contribución a la solución del problema de la comparabilidad tratando de identificar en los ordenamientos liberales y en los socialistas los elementos «determinantes» y los elementos «fungibles». Son elementos determinantes (concepción del derecho y del Estado, Constitución económica, fuentes del derecho, principios relativos a la interpretación y otros semejantes) los que caracterizan un ordenamiento y lo insertan en una concreta forma de Estado, llevando, en el momento de la comparación, a una *oposición* frente a ordenamientos inspirados en principios diferentes. En cambio, los elementos fungibles pueden coincidir en ordenamientos adscritos a distintas formas de Estado. En cualquier caso, ya resulten coincidencias, ya se manifiesten oposiciones, la comparación entre ordenamientos socialistas y de derivación liberal sería científicamente admisible en todos los supuestos.

Por consiguiente, si se comprende que la comparación entre ordenamientos homogéneos puede ser facilitada por las afinidades y coincidencias que caracterizan sus elementos identificadores, no puede excluirse, sin embargo, la comparabilidad de ordenamientos heterogéneos. La comparación entre ellos es consecuencia de los objetivos que se fija el investigador y el resultado de la investigación bien puede conducir, además de a manifestar semejanzas y equivalencias, a poner en evidencia las diferencias. En conclusión, la macrocomparación que se realiza entre ordenamientos estatales pertene-

(85) K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *op. cit.*, I, pp. 32-33.

(86) D. LOEBER, «Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung», en *Rabel's zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1961, 2, pp. 201 y ss.

(87) L. J. CONSTANTINESCO, *Traité*, I, cit., pp. 3 y ss. y 211 y ss.; *Id.*, «La comparabilité des ordres juridiques ayant une idéologie et une structure politico-économique différents et la théorie des éléments déterminants», en *Revue internationale de droit comparé*, 1973, 1, pp. 5 y ss.

cientes a distintas formas de Estado es científicamente legítima con tal de que sea funcional respecto de los objetivos de la investigación.

Después de cuanto se ha aclarado, no hay obstáculos que impidan reconocer que la comparación de institutos concretos se realiza fácilmente cuando se hallan en ordenamientos homogéneos (88). Partiendo de aquí, no es difícil comprender lo sencillo que resulta efectuar un estudio comparado del régimen de los derechos fundamentales en los ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad Europea, ya que, pese a las diferencias de regulación formal, están todos mancomunados por una sustancial homogeneidad en la concepción de las relaciones entre el individuo y el poder estatal (89). También es apropiada la comparación de los sistemas de justicia constitucional de los ordenamientos de derivación liberal en los que, si bien existen algunas diferencias en su régimen jurídico, se produce una amplia convergencia sobre los elementos esenciales, como la institución de un tribunal dotado de competencias para comprobar la inconstitucionalidad de las leyes en los casos en que no se haya establecido solamente un control difuso de constitucionalidad (89 bis). Del mismo modo, es posible efectuar una comparación de las instituciones parlamentarias propias de los Estados de derivación liberal en la medida en que coinciden en la concepción de las instituciones representativas. Por tanto, tendrá sentido aproximar el régimen jurídico de los grupos parlamentarios en el Parlamento italiano, por ejemplo, al de los grupos del Parlamento español (90). El instituto que se examina («grupo parlamentario») tiene unos criterios de identificación bien definidos, ya que

(88) Cfr. A. AMORTH, *Corso di diritto costituzionale comparato*, Milán, 1945, p. 3.

(89) Cfr. el estudio de R. BERNHARDT, «Problemi relativi ad un catalogo di diritti fondamentali per le Comunità Europee», en *Commissione delle Comunità Europee. La salvaguardia dei diritti fondamentali nelle Comunità Europee*, supl. 5/76 al *Bollettino della Comunità Europee*, pp. 19 y ss.; también F. SORRENTINO, «La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano», en AA. VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milán, 1982, pp. 37 y ss., con observaciones críticas sobre la posibilidad de alcanzar resultados satisfactorios con la comparación en el campo de actuación de la Corte.

(89 bis) Cfr. al respecto M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1968; P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, cit., pp. 815 y ss.; H. FIX ZAMUDIO, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, 1980; A. PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», en *Quaderni costituzionali*, II, 1982, pp. 521 y ss.

(90) Cfr., por ejemplo, A. TORRES DEL MORAL, «Los grupos parlamentarios», en *Revista de Derecho Político*, 9, 1981, pp. 21 y ss.

es la estructura jurídica que consiente la presencia en el Parlamento de los partidos políticos en los ordenamientos democráticos pluripartidistas. De idéntica manera puede razonarse a propósito del instituto de las «inmunidades» parlamentarias, que se ha desarrollado en todos los ordenamientos del tipo ahora recordado para garantía de la función política de los miembros del Parlamento (91). Otro tanto puede señalarse respecto de muchísimos otros institutos: por ejemplo, los partidos políticos, la legislación electoral, la representación política, etc. En todos estos casos, los principios fundamentales de los ordenamientos democráticos pluripartidistas son semejantes y, por eso, los institutos mencionados, aunque reciban una regulación diferenciada de Estado a Estado, son fácilmente contrastables.

Del mismo modo que en los ordenamientos de los Estados de derivación liberal, podrá realizarse la comparación de institutos similares en el ámbito de otras formas de Estado. Así, en la forma de Estado socialista es fácil encontrar un régimen en materia de derechos individuales o en la disciplina de los principios fundamentales del ordenamiento estatal (asambleas, comité restringido de la asamblea, órganos de la administración, tribunales, procuratura) (92) que haga practicable la comparación.

Menos sencilla y necesitada de mayor cautela es la comparación de institutos presentes en ordenamientos profundamente diferentes entre sí en sus fundamentos políticos e inspiración ideológica, por ejemplo, en ordenamientos de derivación liberal y en aquellos fundados en los principios del socialismo «real» (93).

Así, se puede mencionar el instituto del *ombudsman*, órgano inspectivo de designación parlamentaria que tutela los intereses de los ciudadanos en

(91) Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La immunità parlamentari*, Turín, 1979, cap. I.

(92) Cfr. H. SLAPNICKA, «Die Rezeption des Sowjetsrechts in den europäischen Volkdemokratie», en *Osteuropa Recht*, 1974, pp. 94 y ss.

(93) Se ha puesto especialmente de relieve la extrema dificultad de efectuar una comparación entre el ordenamiento alemán occidental y el oriental a pesar de su común matriz histórica. Cfr. F. ROTTER, «Dogmatische und soziologische Rechtsvergleichung. Eine methodologische Analyse für die Ostrechtsforschung», en *Osteuropa Recht*, 1970, pp. 81 y ss. En realidad, también a veces surgen dificultades no pequeñas cuando se comparan ordenamientos incluidos en una misma forma de Estado. Por ejemplo, se ha señalado lo difícil que resulta comparar la disciplina de los derechos fundamentales prevista en la Constitución china de 1975 con la establecida por la Constitución de la URSS de 1936 (pertenecientes ambas a la forma de Estado socialista). Cfr. E. TOMSON, «Vergleich einiger Aspekte der sowjetischen und chinesischen Verfassung», en *Osteuropa Recht*, 1975, pp. 230 y ss.

sus relaciones con la Administración pública en los ordenamientos escandinavos, que se suele relacionar con el instituto de la «procuratura», introducido en la Rusia soviética y, después, difundido en los Estados de la Europa oriental (94). A este respecto, es menester señalar que, si bien es verdad que formalmente existen semejanzas entre ambos institutos, sin embargo, sucede que el régimen de los derechos individuales y el de su tutela, cuestiones estas estrechamente relacionadas, son de tal modo distintos y distantes en uno y otro grupo de ordenamientos que no se puede efectuar una aproximación apresurada.

Otro caso puede ser el de la participación de los ciudadanos en la actividad legislativa de los Parlamentos. En los ordenamientos derivados históricamente del Estado liberal encontramos varios expedientes que permiten una presencia directa de los ciudadanos a pesar del claro predominio de los institutos de democracia «indirecta», vinculados a las técnicas de la representación política parlamentaria. En los ordenamientos inspirados por el socialismo «realizado» se han desarrollado técnicas de participación, especialmente para la discusión, a distintos niveles, de las proposiciones de ley más importantes presentadas en los Parlamentos. Sobre la base de este dato, se ha hecho una comparación para poner de manifiesto que en estos últimos ordenamientos el ciudadano tiene un mayor espacio político y una mayor influencia ante una proposición de ley (por ejemplo, mediante la propuesta extraparlamentaria de enmiendas) (95). En este supuesto, la comparación sería muy discutible si se ignorara la profunda divergencia que existe entre los ordenamientos de derivación liberal y los socialistas, caracterizados por la función determinante del partido-guía, que se manifiesta también en materia de iniciativa legislativa. De ahí que si la comparación se efectúa fijándose sólo en el aspecto de la «función del ciudadano» y no se valora el condicionamiento que ejerce el partido, la operación tendrá un carácter incompleto y formalista y, en consecuencia, será muy dudoso que sirva para la comprensión real del problema.

Los ejemplos podrían multiplicarse, extendiéndolos a otros tipos de or-

(94) Realiza una comparación entre dos grupos de institutos C. A. COLLIARD, *Libertés publiques*, 5.ª ed., París, 1975, pp. 135 y ss. También P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione*, cit., p. 413.

(95) Cfr. I. GROSPICH, «The Influence of Constitutional Development, 1945-1978, on the Creation of New Forms of Representative Democracy in the Political System of European Socialist Countries», en *Atti del XI Congresso mondiale dell'IPSA*, Moscú, 12-18 agosto 1979.

denamientos, realizando comparaciones entre institutos pertenecientes a ordenamientos de derivación liberal y otros procedentes de ordenamientos de países recién independizados. Así, se podría considerar, entre otros, el instituto «presidente de la República» en los ordenamientos de gobierno parlamentario y presidencialista de democracia pluralista con separación de poderes y el instituto homónimo en la totalidad de los ordenamientos de los países recién independizados en los que opera el principio de la concentración del poder en el presidente.

Está fuera de discusión que una comparación que se limitara al dato formal, basándose en las estructuras de los textos constitucionales, no sería provechosa porque ofrecería un conocimiento meramente superficial. La profundización en las realidades constitucionales efectivas llevaría seguramente a detectar sensibles diferencias que suscitarían dudas sobre la oportunidad de una comparación que no fuera consciente, ante todo, de las particularidades de los diversos ordenamientos considerados globalmente como especies de distintas formas de Estado. Por tanto, si dentro de una misma forma de Estado (liberal, socialista, etc.) la semejanza de los presupuestos facilita la comparación, entre formas de Estado diferentes el uso del método comparado exige especiales cautelas que tengan en cuenta esas radicales diferencias (96).

Esta última observación se funda también en la conciencia de las notables dificultades que se encuentran dentro del área de los ordenamientos de

(96) Para subrayar la importancia del recurso a la comparación de institutos de ordenamientos diferentes en el marco de una misma forma de Estado, cfr. A. PIZZORUSSO, *La comparazione*, cit., pp. 76-77. Sobre la inutilidad de la comparación que se efectúa entre institutos nominalmente semejantes (por ejemplo, «los parlamentos»), pero pertenecientes a distintas formas de Estado, cfr. L. ELIA, «Governo (forme di)», *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milán, 1970, pp. 635-636; M. DOGLIANI, *Spunti metodologici*, cit., p. 226; S. ORTINO, *Forme di governo nel diritto comparato*, Florencia, 1975, pp. 1-2. En general, la doctrina comparatista acentúa la exigencia de confrontar sistemas jurídicos afines; cfr. H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Droit comparé*, cit., pp. 73 y ss. A la luz de cuanto se ha señalado parece discutible que se deban analizar conjuntamente las instituciones parlamentarias de los Estados liberales y aquellas de los Estados socialistas, como se hace en el libro de C. OLLERO *El Derecho constitucional de la posguerra (Apuntes para su estudio)*, Barcelona, 1949, pp. 13 y ss. Asimismo, el volumen editado por V. HERMAN y F. MENDEL, *Les parlements dans le monde. Recueil des données comparatives*, París, 1977, para la Unión Interparlamentaria, contiene informaciones utilísimas pero trata al mismo nivel las instituciones parlamentarias de todos los países del globo. De ahí que no sólo no hace comparación, sino que además induce fácilmente al error a quien no esté al corriente de la realidad política de los países considerados.

los Estados de nueva independencia, pues se inspiran en principios extremadamente heterogéneos (derivados de los modelos liberal, socialista y autoritario, aunque ligados a ordenamientos locales tradicionales, normalmente integrados en diversa medida con los de las viejas potencias coloniales) y, en consecuencia, manifiestan contrastes sustanciales más allá de llamativas coincidencias formales.

2. Homogeneidad y comparabilidad de institutos

El concepto de homogeneidad que se aplica a institutos presentes en varios ordenamientos (homogéneos o heterogéneos) es profundamente diferente. En este caso, la homogeneidad alude a la determinación de los *elementos identificadores comunes* a dos o más institutos objeto de confrontación. Elementos que consisten en la identidad de los intereses presentes en los distintos ordenamientos y en la fijación de las modalidades (diversamente estructuradas, denominadas y reguladas) encaminadas a satisfacerlos.

Esto quiere decir, en primer lugar, que los aspectos meramente formales de la calificación de un instituto no son suficientes para establecer *a priori* equivalencias entre institutos de ordenamientos encuadrados en formas de Estado diferentes (97). El concepto de Constitución y de fuente del derecho, al igual que los de derechos de libertad, partidos, representación, Parlamento y otros, son comunes a los ordenamientos más diversos, pero sería impropio deducir una identidad de contenido de la identidad de su calificación formal en ordenamientos de derivación liberal, socialistas y autoritarios.

Si bien se mira, el riesgo de establecer conclusiones apresuradas se da también cuando la comparación se lleva a cabo dentro de una misma forma de Estado. Por ejemplo, es cierto que en materia de fuentes hay una clara afinidad entre los ordenamientos de derivación liberal. Ahora bien, si se estudia el concepto de *constitutional convention* en el ordenamiento inglés, se comprenderá que no casa con el de convención constitucional propio del ordenamiento italiano, pues la *convention* inglesa engloba hipótesis que en Italia se clasificarían como costumbres constitucionales (98). Así, pues, si se

(97) Cfr., por ejemplo, en tal sentido M. LESAGE, *Comparing Public Institutions*, cit., pp. 138 y ss.

(98) Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padua, 1981, pp. 114 y ss.

procede al examen de los institutos constitucionales, enseguida surgen por todas partes diferencias sustanciales que confirman el peligro que supone confiar en la simple calificación formal que reciben en los ordenamientos observados.

En segundo lugar, la no existencia de institutos que por su calificación sean aparentemente homogéneos no quiere decir que no existan soluciones jurídicas que, desde el punto de vista sustancial, sean homogéneas.

Pongamos nuevamente como ejemplo el *ombudsman* (procurador o comisario parlamentario), ese órgano de inspección parlamentaria y, sobre todo, de tutela de los intereses de los ciudadanos frente a los abusos administrativos. Se trata de un instituto sueco exportado a muchos otros países: así Nueva Zelanda, Alemania, Inglaterra. No cabe ninguna duda de que aquí se puede efectuar una comparación. No obstante, la situación es sensiblemente distinta cuando el examen se extiende a ordenamientos que no han acogido al *ombudsman*, como Italia (donde sólo se ha instituido a nivel regional: el llamado defensor cívico), pero que, sin embargo, tienen otros instrumentos de protección de los ciudadanos. En efecto, en el caso italiano, cuentan con los recursos administrativos y jurisdiccionales, las intervenciones del Tribunal de Cuentas frente a la Administración y otros semejantes. En estos casos no es improcedente comparar el *ombudsman* con otros institutos heterogéneos, como el control del Tribunal de Cuentas sobre la Administración. Al contrario, es perfectamente admisible, en el marco de una investigación comparada, amplia y atenta, que estudie globalmente el problema de la tutela del ciudadano en determinados ordenamientos jurídicos (99).

Esta última observación nos lleva a subrayar la importancia que, a menudo, asume el enfoque *funcional* (100) en la comparación de los ordenamientos jurídicos. Cuando se utiliza no se pueden ignorar, al contrastar institutos de ordenamientos diferentes, las funciones cuya realización inspira las distintas soluciones organizativas. En efecto, la comparación no puede limitarse a aquellos institutos que reciban la misma o semejante calificación formal (cosa que no siempre ocurre). En el ejemplo propuesto, si la función

(99) En torno a la compatibilidad de un instituto como el *ombudsman* con el sistema constitucional italiano, cfr., por ejemplo, A. DI GIOVINE: «L'ombudsman in Italia: competenze e poteri», en C. MORTATI (ed.), *L'ombudsman (il difensore civico)*, Turín, 1974, p. 173.

(100) K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Einführung*, cit., I, 1971, pp. 28 y ss.; L. M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali* (trad. it.), Bolonia, 1978, p. 46.

del *ombudsman* en los ordenamientos que lo prevén es la de proporcionar a los intereses subjetivos una tutela distinta y complementaria respecto de la que ofrecen las garantías jurisdiccionales, podrá resultarle útil al comparatista no tanto dedicarse a la búsqueda de institutos con análogas calificaciones formales cuanto verificar si existen en otros ordenamientos (por ejemplo, en el italiano) expedientes organizativos, estructurados y organizados de distintas maneras, que se encaminen sustancialmente a la satisfacción de los mismos intereses y, por tanto, correspondan a la misma función de tutela. En esos supuestos será procedente comparar tales soluciones organizativas.

V. CLASIFICACION Y COMPARACION

Uno de los problemas metodológicos que se le plantean a la ciencia del derecho constitucional comparado se refiere a la exigencia, anterior a la misma comparación (101), de poner orden entre los ordenamientos y los institutos que pertenecen a ordenamientos que sólo aparentemente son semejantes. En efecto, en cualquier comparación «el primer problema a afrontar es siempre el de comprobar si las variables objeto de contraste son realmente de la misma clase» (102). La clasificación supone el agrupamiento de los objetos de análisis de manera que formen categorías sistemáticas, «contextos comunes» (103), dentro de los cuales quepan todos los casos que respondan a los elementos característicos de unas mismas categorías. *Exhaustividad* y *exclusividad* son los rasgos propios de la clasificación. En efecto, cada clase debería comprender todas sus categorías y nada más que ellas, excluyendo las que correspondan a otra clase (104).

No obstante, PRIZZORUSSO ha señalado que la clasificación en el campo del derecho comparado no puede conducir a resultados dotados de un rigor

(101) Cfr. A. L. KALLEBERG, «The Logic of comparison. A Methodological Note in the Comparative Study of Political Systems», en *World Politics*, XVIII, 1966, pp. 69 y ss.; G. SARTORI, *La politica comparata*, cit., p. 65.

(102) G. URBANI, «Introduzione» a AA. VV., *La politica comparata*, Bolonia, 1973, p. 25.

(103) N. J. SWELSER, *La comparazione nelle scienze sociali* (trad. it.), Bolonia, 1982, pp. 226 y ss.

(104) G. G. HEMPEL, *Aspects of scientific Explanation*, Nueva York, 1965, pp. 137 y ss.; SARTORI, *op. cit.*, p. 77.

semejante al logrado por los estudiosos de las ciencias de la naturaleza (105). Las causas de las dificultades que se encuentran al intentar una clasificación satisfactoria han de buscarse en el hecho de que el objeto del estudio comparado son los ordenamientos jurídicos (106), preferentemente los estatales, caracterizados por la compleja heterogeneidad de sus elementos constitutivos.

Sin embargo, pese a esta advertencia, es preciso esforzarse por alcanzar una clasificación aunque no sea completa. En este sentido, si se tiene en cuenta la constatada prevalencia de los Estados en cuanto forma histórica del poder político contemporáneo, así como que el estudio de los ordenamientos estatales integra el objeto del derecho constitucional, seguramente se admitirá el recurso a la teoría de las formas de Estado y de gobierno como esquema en el que encuadrar la clasificación a los efectos de la comparación, tal como ya indicara fructíferamente BISCARETTI DI RUFFIA (107).

El agrupamiento de las diversas categorías de ordenamientos estatales en clases a la vista de su homogeneidad recíproca constituye la premisa necesaria para realizar comparaciones en su interior. Esto no excluye de raíz, sin embargo, la posibilidad de comparar ordenamientos encuadrados en clases diferentes, ya que todos los ordenamientos clasificables entran en la más amplia unidad de estudio que representa el concepto general de ordenamiento estatal. En otras palabras: dentro de la clase «ordenamiento estatal» se incluyen algunas subclases agrupadas en las diversas formas de Estado ya estudiadas por la doctrina constitucional: a la comparación dentro de la forma de Estado puede añadirse la que se realiza entre formas de Estado distintas, diferenciadas por variables significativas (y, por tanto, normalmente consideradas heterogéneas), pero homogéneas entre sí en la medida en que pertenecen a la figura clasificatoria «ordenamiento estatal».

La elección de tales criterios para clasificar es perfectamente admisible y corresponde a cada investigador escoger los que sean funcionales para el tipo de trabajo que quiere realizar. De este modo, será posible identificar algunas características contextuales de los fenómenos estudiados, las cuales servirán como parámetros constantes para la investigación a desarrollar (108).

(105) A. PIZZORUSSO, *Corso...*, cit., p. 116; cfr. también G. LANGROD, «La comparaison en science juridique. Quelques remarques concernant ses avantages et les pièges a éviter», en G. LUKE, G. RESS y M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europa Recht und Staatenintegration, Gedächtschrift für L. J. Constantinesco*, Colonia, 1983, p. 432.

(106) A. PIZZORUSSO, *Corso...*, cit., pp. 123 y ss.

(107) Cfr. *Introduzione*, cit., pp. 27 y ss.

(108) Cfr. las consideraciones de N. J. SWELSER, *op. cit.*, pp. 228 y ss. y 317.

Además, se ha insistido no solamente en la relatividad de los criterios clasificatorios, sino también en la inevitable diferencia que existe entre los criterios manejados por unos y otros sectores del derecho (109), aunque hay acuerdo en considerar que los que se utilizan en el derecho público y constitucional son distintos de los usados en el derecho privado (110).

1. *Clasificación y teoría de las formas de Estado. Criterios para elaborar una tipología*

La teoría de las formas de Estado y de gobierno ofrece el esquema más idóneo para recoger la exposición de un análisis comparado que afronte los temas propios del derecho constitucional. El estudio comparado de los ordenamientos y de sus instituciones ha de ser precedido por una reconsideración esencial de los elementos a través de los que se expresa hoy el poder político estatal y de las características propias de las Constituciones estatales. De ahí que se articule: 1) en una parte en la que se analizan las instituciones específicas de los Estados que se mueven en el ámbito de los principios del liberalismo; 2) en una parte en la que se analizan las instituciones del socialismo realizado según la doctrina leninista; 3) y 4) en fin, en dos partes relativas a las experiencias de los Estados ajenos a la inspiración liberal o socialista y, en particular, a los de tipo autoritario y de nueva independencia.

Ahora bien, antes de continuar es menester justificar la posición metodológica adoptada, aclarando en virtud de qué *criterios* se ha llegado a la identificación de las formas de Estado que se estiman propias de la experiencia contemporánea.

La *tipología* de las formas organizadas del poder político ha sido elaborada mediante el método deductivo y el comparativo, partiendo del estudio de las formas históricas del poder para extraer los elementos recurrentes que permitan fijar los tipos que, a su vez, se usarán para ordenar las experiencias de los diversos ordenamientos examinados.

Los criterios que se consideran idóneos para realizar el análisis y la clasificación son:

(109) Cfr. K. ZWEIFERT, «Zur Lehre von den Rechts-Kreisen», en *XX Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of H. E. ...*, Leyden, 1961, p. 45.

(110) Cfr. A. MALMSTRÖM, *The System*, cit., pp. 139 y ss.; V. KNAPP, *La scienza*, cit., p. 30, y K. ZWEIFERT y H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 59.

- a) el criterio relativo a la *titularidad del poder*;
- b) el criterio relativo a las *modalidades de ejercicio del poder*, y
- c) el criterio relativo a los *finés del ejercicio del poder*.

La titularidad del poder soberano puede corresponder a sujetos individuales o colectivos y el poder es ejercido en la práctica por órganos siguiendo el principio de la concentración o el de la distribución. Las modalidades del ejercicio del poder aluden a la formación de la decisión política y a su ejecución, siendo necesario observar que la decisión puede ser el fruto de un procedimiento dialéctico-contradictorio o ser adoptada unilateralmente, variando la importancia del consenso de los destinatarios de la decisión en cada caso. Los fines perseguidos con el ejercicio del poder están condicionados en diversa medida por las opciones ideológicas que inspiran cada ordenamiento, opciones que también condicionan los criterios de asignación del poder y sus modalidades de actuación que acabamos de mencionar.

De la diferente utilización y valoración (total o parcial) de los criterios indicados, a menudo mezclados con datos históricos, politológicos y sociológicos, se han extraído variadas propuestas de calificación y clasificación de las formas organizadas del poder, tal como se señalará seguidamente. No obstante, todavía hoy nos parece clara y útil la distinción formulada por KELSEN, pues tiene en cuenta las características esenciales de los ordenamientos jurídicos conforme a sus respectivas Constituciones y sitúa en la idea de libertad política o en su negación el rasgo distintivo de las Constituciones: *democracia* y *autocracia*. Obviamente, «la democracia y la autocracia no son realmente descripciones de las Constituciones históricamente dadas, sino que más bien representan tipos ideales. En la realidad política no hay ningún Estado que se ciña completamente a uno u otro de estos tipos ideales». Hay una mezcla de elementos de ambos tipos, aunque, según los casos, se perciba el predominio del principio democrático o del autocrático (111).

Profundizando en el fundamento de la distinción entre la forma democrática y la autocrática (112), observamos que la primera manifiesta una tendencial coincidencia entre el Estado-aparato y el Estado-comunidad. La segunda da preferencia a las exigencias del aparato y, si fuera preciso, admite distorsiones entre ambos elementos prescindiendo del consenso de los gober-

(111) H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (trad. it.), Milán, 1952, p. 289.

(112) Sobre la reducción de las formas políticas a la contraposición democracia-autocracia, véase C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 5.ª ed., Turín, 1982, p. 532.

nados respecto de las opciones de los gobernantes. Esto significa que los criterios relativos a la titularidad del poder y a las modalidades de su ejercicio adquieren una importancia determinante para la calificación de un ordenamiento como democrático o autocrático en la medida en que terminan por ser el banco de pruebas sobre el que se constata la efectividad del funcionamiento de los institutos garantistas (libertad, participación en la actividad política, elecciones libres, derecho de oposición, etc.) más allá de las afirmaciones de principio o de los postulados ideológicos que deberían servir de indicadores para los fines del poder. Y puesto que los criterios organizativos relativos a la asignación del poder y a las modalidades de su ejercicio convencionalmente caracterizan la «forma de gobierno» en el ámbito más amplio de la «forma de Estado» —que se suele distinguir por los principios que marcan los fines políticos esenciales de cada ordenamiento y que consienten diferenciar los Estados liberales, socialistas y autoritarios—, es manifiestamente evidente que un análisis realista de los ordenamientos estatales contemporáneos debería acabar primando la forma de gobierno, respetando el principio de la efectividad y atribuyendo una particular atención no sólo a los criterios relativos a la asignación y al ejercicio del poder, sino también a su forma real de actuar. En la práctica, el funcionamiento de la forma de gobierno ofrece la posibilidad de captar *in concreto* la naturaleza democrática o autocrática de un ordenamiento mejor que el análisis formal de los postulados ideológicos comprendidos en los enunciados dogmáticos de los textos constitucionales.

Es preciso, no obstante, tener en cuenta que *tradicionalmente* las opciones ideológicas se nos presentan como un dato que permite determinar fácilmente las características de los ordenamientos más difundidos y estudiados, como los de los Estados liberales y socialistas y los de algunos definidos como autoritarios. En cambio, en relación con otros ordenamientos, predominan definiciones meramente residuales o agrupaciones fundadas en criterios sociológicos (Estados en vías de desarrollo), politológicos (Estados de partido único, monopolíticos) o geográficos (el denominado Tercer Mundo) (113).

En el intento de proceder a una racionalización que tenga en cuenta los tres criterios señalados —el de la asignación, el del ejercicio y el de los fines del poder— se puede considerar el siguiente esquema de las formas del

(113) Sobre los distintos criterios a seguir para individualizar los ordenamientos, cfr., en general, las observaciones de S. ROZMARYN, «Les grandes controverses du droit comparé», en M. ROTONDI (ed.), *Buts...*, cit., p. 586.

poder estatal, utilizando para una agrupación expositiva convencional los términos que califican preferentemente las opciones ideológicas que inspiran el ejercicio del poder (Estado de derivación liberal, socialista y autoritario, a los que se añaden los Estados mancomunados por un propósito de modernización del sistema social y político o por el designio de conservar el que tradicionalmente han tenido, los cuales, por dificultades sistemáticas objetivas y exigencias expositivas, se van a calificar como Estados recién independizados).

2. *Las tipologías escogidas*

a) Hoy es fácil identificar una forma de Estado que tradicionalmente se definía como de democracia «clásica» y que está profundamente influida por la ideología liberal: *el Estado de derivación liberal*. Se ha venido caracterizando por contar con Constituciones que hacen hincapié en las normas que se refieren a la titularidad del poder y a las modalidades procedimentales de su ejercicio, privilegiando la búsqueda del consenso de los gobernados. Por el contrario, aquellas normas que se refieren a la determinación de los fines que informan el ejercicio del poder solamente han comenzado a definirse mejor tras el segundo conflicto mundial.

b) Otra forma de Estado que presenta unos contornos bien definidos es la del *Estado socialista* en su versión leninista. Sus Constituciones atribuyen una importancia preferente a la definición de los objetivos que presiden el ejercicio del poder. En cambio, la normativa referente a la titularidad del poder y a los criterios relativos a su ejercicio no siempre permite apreciar la función primaria del partido depositario de la ideología oficial, la sustancial concentración del poder y las formas de condicionamiento del consenso de los gobernados.

c) Junto a las formas de Estado señaladas existen ejemplos de otras soluciones organizativas que suelen tener en común el recurso a criterios de asignación del poder que comportan formas de concentración en órganos monocráticos o colegiados restringidos. También acostumbran a configurar el ejercicio del poder prescindiendo de la búsqueda de un auténtico consentimiento de los gobernados, llegando incluso a formas de imposición. Las opciones ideológicas que distinguen a estos ordenamientos pueden ser conservadoras o progresistas, pero las mencionadas pautas de asignación y ejercicio del poder tienden a agruparlos bajo la etiqueta, genérica pero indicativa, de regímenes «autoritarios».

El estudio orgánico y la clasificación de estos ordenamientos no son sencillos, pues si es fácil excluirlos de los dos tipos antes señalados, es, sin embargo, mucho menos simple la tarea de encuadrarlos en otros.

En primer lugar, es posible separar del conjunto de las experiencias autoritarias el caso histórico del *Estado fascista*, que se basaba en una propia opción ideológica bien definida, preveía la concentración del poder en un complejo homogéneo de órganos y disponía su ejercicio mediante formas de imposición. Tal precisa identificación consiente, pues, un tratamiento separado de esta forma histórica de Estado autoritario, como, por otra parte, ya se hace en la práctica totalidad de los estudios.

En segundo lugar, parece oportuno aprovechar la ocasión para examinar algunos conceptos que se han introducido también en la terminología constitucional y que, a veces, se emplean como sinónimos de Estado autoritario, pero que pueden encerrar verdaderos significados autónomos: Estado «totalitario», «dictadura», gobiernos militares.

En tercer lugar, es necesario observar que en algunos casos las soluciones autoritarias no conducen a la adopción de específicas decisiones constitucionales formales, pudiendo ser la consecuencia de la suspensión de Constituciones fundadas sobre los principios del Estado liberal. En otros supuestos se puede apreciar la existencia de textos constitucionales que acogen principios democráticos y de otros que los rechazan. Situaciones de esta naturaleza son familiares a la experiencia constitucional iberoamericana, en la que la matriz de las instituciones liberales puede, según los períodos, dar lugar a soluciones contradictorias.

d) Un problema generalmente irresuelto es el de la calificación de las formas de Estado de los países denominados del Tercer Mundo o en vías de desarrollo, nociones con las que se describen aquellos Estados que han surgido de la experiencia de la *descolonización*. A este respecto, se intentará poner de relieve las características de estos ordenamientos, los cuales, tras una fase —que no siempre produjo efectos positivos— en la que tomaron como modelo las Constituciones de las viejas potencias coloniales, han optado por ordenamientos con concentración del poder y un ejercicio autoritario del mismo. Los motivos que explican las opciones ideológicas de las diversas Constituciones se reducen al predominante propósito de modernización. Desde esta perspectiva, los ordenamientos de las antiguas colonias europeas se asimilan, a menudo, a aquellos ordenamientos conservadores caracterizados por regímenes tradicionalistas existentes en las mismas áreas geográficas.

En la práctica, el análisis orgánico de la forma de Estado de tales orde-

namientos engloba la casi totalidad de los Estados africanos, asiáticos, de Oceanía y Centroamérica que han logrado la independencia generalmente tras el segundo conflicto mundial.

3. Referencia a otras hipótesis de clasificación propuestas

De cuanto se ha dicho resulta que la tipología de las formas de Estado propuesta se separa de las que se utilizan comúnmente.

No se recoge íntegramente la subdistinción entre Estado de democracia clásica, Estado socialista y Estado autoritario, que deja a los Estados recién independizados en una categoría residual elaborada con criterios preferentemente económicos y geográficos que tiende a considerarlos bajo el ángulo de su conexión con esas tres formas de Estado más estudiadas (114). No se acoge la subdistinción entre Estados democráticos y pluralistas occidentales y Estados monopolíticos de partido único (diversamente definidos: totalitarios, autocráticos, monopartidistas, de poder «cerrado», de poder concentrado), grata, sobre todo, a la literatura politológica (115). Tampoco se sigue la contraposición propia de la doctrina política y jurídica oficial de los países socialistas entre Estado burgués capitalista y Estado proletario socialista (116). Ni siquiera se utiliza una propuesta de clasificación que tiene en cuenta las

(114) Cfr., por ejemplo, en tal sentido: P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione*, cit., pp. 12, 104; J. FERRANDO BADÍA, *Regímenes políticos*, cit., pp. 57 y ss.; véase además sobre la aceptación de la tripartición las observaciones de C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, 9.ª ed., Padua, 1975, pp. 144 y ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 3.ª ed., Milán, 1984, pp. 154-155; E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, 2.ª ed., Padua, 1986, pp. 127 y ss.; S. ORTINO, *Forme di governo in diritto comparato*, cit., pp. 1 y ss.; G. AMATO, «Forme di stato e di governo», en G. AMATO y A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, pp. 63 y ss., quien, sin embargo, encuentra en los países de nueva independencia referencias a los modelos más estudiados y difundidos.

(115) Cfr. R. ARON, *Teoria dei regimi politici* (trad. it.), Milán, 1973, pp. 63 y ss.; G. BURDEAU, *L'État*, París, 1970, pp. 933, 114 y ss.; LECLERCQ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4.ª ed., París, 1984, pp. 55 y ss., y K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the government process*, Chicago, 1957.

(116) J. BLAĦOR, «The Development of Forms of government in the Present-Day World», en *Atti del XI Congresso mondiale dell'IPSA*, Moscú, 12-18 agosto 1979, p. 5; R. LUKIC, *Théorie de l'État et du droit*, París, 1974, pp. 137-139; G. EORSI, «On the problem of the Division of legal Systems», en M. ROTONDI (ed.), *Buts...*, cit., pp. 181 y ss.; B. T. BLAGOJEVIC, «Le méthode», *ibidem*, p. 36; S. ROZMARYN, *Les grandes controverses*, cit., p. 586, y V. KNAPP, *La scienza*, cit., pp. 33 y ss.

orientaciones surgidas de la investigación de los sistemas jurídicos comparados y del derecho privado comparado, que comporta la tripartición en ordenamientos de *common law*, de *civil law* y socialistas, proponiendo como subclasificación las agrupaciones de ordenamientos religiosos y consuetudinarios de países extraeuropeos, reconociendo la dificultad o imposibilidad de su clasificación (117).

El esquema clasificatorio de los diversos ordenamientos estatales útil para los estudios de derecho constitucional comparado es, además, profundamente diferente de los que se utilizan en el estudio del derecho privado comparado, ya que, como hemos visto, el elemento que caracteriza al derecho público y, en particular, al constitucional consiste en la esencia y en la estructura del poder político. Por el contrario, los estudios de derecho comparado, centrados en el análisis del derecho de los particulares, se inspiran en criterios que sólo indirecta y parcialmente se preocupan del poder público.

Las clasificaciones existentes tienden a reagrupar los ordenamientos en distintas familias o sistemas jurídicos. ARMINJON, NOLDE y WOLFF (118) dividen los ordenamientos en siete familias de derechos: francés, alemán, escandinavo, inglés, ruso, islámico e hindú. DAVID (119), autor de uno de los intentos de sistematización que ha tenido más éxito, agrupa los derechos en tres familias principales: la del derecho romano-germánico, la del *common law* y la soviética, a las que se añaden los sistemas jurídicos musulmán, hindú y del Extremo Oriente. La clasificación de ANCEL (120) no es muy diferente. ZWEIGERT y KÖTZ (121) distinguen ocho sistemas: romanista, germánico, nórdico, de *common law*, socialista, del Extremo Oriente, islámico e hindú. MALMSTRÖM (122) establece «grupos» de derechos subdivididos en «familias» (grupo occidental, dividido en las familias europea, latino-americana, nórdica y de *common law*; grupo socialista, dividido en las familias soviética, de las democracias populares y china), a los que se han de añadir,

(117) Cfr. A. PIZZORUSSO, *Corso...*, cit., pp. 296 y ss.

(118) P. ARMINJON, B. NOLDE y W. WOLFF, *Traité de droit comparé*, París, 1950-1952.

(119) R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., *passim*.

(120) M. ANCEL, *Utilità...*, cit., pp. 41 y ss., distingue los siguientes sistemas: romano-germánico, de *common law*, soviético, sistemas de derecho religioso y sistemas del Tercer Mundo (respecto de estos últimos describe las dificultades que plantea su estudio).

(121) K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Einführung*, cit., *passim*.

(122) A. MALMSTRÖM, «The System of the Legal Systems», en *Scandinavian Studies in Law*, XII, 1969, pp. 127 y ss.

a la espera de ulteriores profundizaciones, la categoría que comprende los derechos asiáticos y la que comprende los africanos. RAVÀ (123) distingue los ordenamientos laicos —caracterizados por su no dependencia de preceptos religiosos, éticos, ideológicos, capaces de resolver por sí mismos la totalidad de los problemas que interesan a las respectivas comunidades estatales y que son los de los Estados europeos junto a los influidos por el pensamiento jurídico europeo, tanto de inspiración romano-germánica cuanto del *common law* (a los que uniría el ordenamiento chino, que tendría un carácter laico pero que no sería receptivo respecto al valor del comportamiento observado en virtud de las costumbres)— y los ordenamientos dogmáticos, en los que la fuente primaria del derecho ha de buscarse en los preceptos religiosos (hinduismo, Islam) o ideológicos (socialismo soviético).

A pesar de las diferentes calificaciones formales, prácticamente todas las clasificaciones propuestas por la ciencia de la comparación del derecho privado conceden un espacio autónomo a los sistemas de derecho romano-germánico, de *common law*, socialista, hindú, musulmán y chino.

No obstante, de todos los sistemas así identificados solamente el socialista, por su segura autosuficiencia y por la complementariedad entre la disciplina de la organización y ejercicio del poder público y la relativa a la colocación del individuo en la sociedad política, coincide con los términos identificadores de la «forma de Estado» socialista estudiada por la ciencia del derecho constitucional. En cuanto a la contraposición privatista entre sistemas de derecho romano-germánico y sistemas de *common law*, aun siendo bien conocida la tradicional determinación de los elementos característicos propios de un sistema codificado y los de un sistema basado en el precedente jurisprudencial, y aun compartiendo las razones por las que en el campo privatista es todavía hoy inevitable la distinción en el examen de las diferentes soluciones, hay que convenir que desde la perspectiva constitucional, los elementos comunes propios de los ordenamientos de derecho romano-germánico y de *common law*, derivados de la coincidencia en los principios que identifican la forma de Estado de derivación liberal, son suficientes para aconsejar su consideración unitaria. Por lo que hace al sistema chino tradicional, sin negar que su estudio pueda tener un interés autónomo para los juristas, resulta que desde el punto de vista constitucional está superado por la adopción de los principios socialistas y, por tanto, entra dentro del estudio de la forma de Estado socialista. En cambio, existen razones para que los sistemas hindú y

(123) T. RAVÀ, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padua, 1982, caps. I y II.

musulmán se estudien en el derecho constitucional comparado, pero solamente si se integran con soluciones institucionales que condicionen en diversa medida las formas de Estado que no se limiten a su pura y simple recepción.

En la práctica se ha corroborado que los propósitos que inspiran las clasificaciones que se han expuesto son sensiblemente distintos de los que preocupan a los estudios de derecho constitucional y que, por eso, los esquemas que se han visto no se pueden utilizar con provecho. La opción de recurrir a las diversas formas de Estado como unidades de clasificación se ha visto confirmada.

VI. REFLEXIONES FINALES SOBRE EL METODO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

A la vista de cuanto se ha señalado en la exposición previa, es menester formular algunas consideraciones sobre el método utilizado en la comparación, indicando esquemáticamente algunos puntos.

a) Como se ha observado ya, la función esencial y primaria de la comparación es el *conocimiento*, pudiéndose utilizar sucesivamente las nociones adquiridas para diversos fines.

b) Anterior a la comparación es la elección de los criterios de *clasificación*. Estos tienen un carácter relativo, no absoluto, y varían en función del *sector del derecho* objeto de investigación y de los fines que se propone el investigador. La clasificación es una operación lógica que tiene por objeto la determinación de unidades de estudio llamadas *clases*, las cuales pueden, a su vez, subdistinguirse.

En el estudio del derecho público y del derecho constitucional comparado la unidad de estudio es el ordenamiento jurídico estatal, identificable en virtud de sus propios elementos extraídos por la ciencia jurídica.

En el ámbito de esta clase, en la que pueden incluirse todos los ordenamientos que tengan carácter estatal, pueden operarse agrupaciones que coincidan con las diferentes formas de Estado, las cuales actúan, por tanto, como *subclases*. Por otra parte, en cada forma de Estado se pueden efectuar ulteriores subclasificaciones en función de la forma de gobierno, de la regulación de las fuentes normativas, de la regulación de los derechos fundamentales, etc.

c) Entre los métodos a disposición del investigador para conocer las instituciones jurídicas está la comparación. Como se suele explicar, la compa-

ración puede ser *espacial* (o sincrónica), cuando se examinan los ordenamientos en un momento determinado, normalmente contemporáneo al análisis que se desarrolla, o *histórica* (diacrónica), cuando se examinan los ordenamientos en su sucesión temporal. Convencionalmente se excluye de los estudios comparados la comparación histórica o se la utiliza como un instrumento auxiliar.

d) La comparación presupone el examen de uno o más ordenamientos diferentes, normalmente estatales, y de otras organizaciones como las internacionales. En cambio, se estima generalmente que es materia propia del derecho nacional la comparación de ordenamientos públicos internos, como los regionales.

e) Los ordenamientos comparables pueden pertenecer a formas de Estado distintas. En otras palabras, la homogeneidad, entendida como necesaria adscripción a una determinada forma de Estado, no es un requisito imprescindible para la comparación. También pueden ser objeto de análisis aquellos ordenamientos que son considerados heterogéneos entre sí siempre que los que se comparen tengan en común el ser ordenamientos de comunidades políticas, con independencia del nivel de elaboración de sus técnicas organizativas. Así, pues, tal como se ha intentado poner de relieve, la homogeneidad de la que habitualmente se trata es la que se da dentro de una determinada subclase (forma de Estado) que, en realidad, está comprendida en aquella más amplia consistente en el concepto de ordenamiento político en la cual se engloban las distintas formas de Estado. La heterogeneidad entre ellas es, por tanto, un concepto relativo y convencional, puesto que todas las formas de Estado tienen elementos en común que consienten su contraste. Lo esencial para comparar es encontrar un amplio número de características constantes, que aproximen los distintos ordenamientos, a las que se les yuxtaponen otras características variables con el fin de efectuar el contraste (124).

f) El derecho comparable no es (sólo) el que resulta de los textos normativos, sino, más ampliamente, el que está efectivamente vigente en los ordenamientos que se examinan. La investigación deberá, pues, considerar también el derecho no escrito y tendrá que verificar la vigencia del escrito.

g) Al efectuar la comparación pueden tomarse en consideración ordenamientos o institutos de diferentes ordenamientos.

La comparación de ordenamientos o de grupos de ordenamientos (macro-

(124) Cfr. A. LIJPHART, «Il metodo della comparazione», en *Rivista italiana di scienza politica*, 1971, p. 79.

comparación) exige, normalmente, un elevado nivel de generalización y aproximación y sirve para introducir comparaciones más puntuales sobre institutos concretos o conjuntos normativos vinculados a institutos (microcomparación). Según se ha dicho, los estudios comparados más útiles son estos últimos y la escala que puede recorrerse para pasar de lo general a lo particular puede ser más o menos específica. Del examen de los ordenamientos generales puede pasarse, por ejemplo, a los respectivos ordenamientos parlamentarios y de ahí a los de los grupos parlamentarios y a la regulación del procedimiento legislativo, así como a las normas relativas a la orientación y control políticos, a las leyes electorales, a las modalidades de voto y a la formación de las decisiones parlamentarias y así sucesivamente.

h) Esta referencia permite comprender que el método comparado ha de usar otros métodos (125) para llegar a extraer los materiales sobre los que dirigir el juicio comparativo:

- El cuantitativo y estadístico (por ejemplo, para determinar el número y la duración de las legislaturas, de los gabinetes ministeriales, de los golpes de Estado, de las modificaciones constitucionales).
- El del estudio de los casos que el investigador considere significativos, en la medida en que para comprender el funcionamiento de un instituto solamente es posible analizar en profundidad algunos casos emblemáticos (por ejemplo, el análisis de una elección presidencial, de una crisis de gobierno, de una comisión de encuesta).
- El histórico, que mediante el examen de los precedentes puede servir para comprender la actual disciplina de un instituto y que explícita o implícitamente se utiliza casi siempre (por ejemplo, el análisis histórico de la confianza parlamentaria, de los derechos de libertad, del concepto de democracia).

i) El resultado de la comparación consiste en poner de manifiesto coincidencias, afinidades, diferencias. Es del todo improcedente, inaceptable y restrictivo reducir la comparación a la búsqueda de coincidencias y afinidades.

j) La comparación consiste en una operación lógica que supone el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinados, la consideración de los datos obtenidos, su contraste y una síntesis de la que emerge una valoración crítica que contiene el juicio comparativo.

(125) Sobre los métodos utilizables en las ciencias sociales en concurso con el comparado, cfr., por ejemplo, A. LIJPHART, «El método...», *op. cit.*, pp. 70 y ss.

k) El análisis crítico de los elementos de dos o más ordenamientos examinados, que exige un contraste entre ellos, sólo tiene sentido si el investigador ha fijado, en función de sus propósitos científicos, un parámetro de referencia en relación al cual expresar su propio juicio. Este parámetro (el denominado *tertium comparationis*) sirve como término de referencia en el contraste entre lo que se compara (*comparatum*) y lo que se debe comparar (*comparandum*).

Así, si se compara la regulación de la encuesta parlamentaria en Italia con la de otros ordenamientos con gobierno parlamentario, se debería establecer ante todo qué se ha de entender por encuesta parlamentaria. Con seguridad habrá acuerdo sobre los siguientes elementos calificadores: distinción entre la encuesta parlamentaria, la judicial y la administrativa; distinción de la encuesta parlamentaria de las otras competencias inspectivas parlamentarias; carácter derogatorio de la encuesta respecto del principio típico de la forma de gobierno parlamentaria, según el cual el Gobierno responde políticamente ante el Parlamento también por los actos de la administración controlada y, por tanto, no es admisible una fiscalización parlamentaria directa sobre ella (excepcionalidad de la encuesta); atribución de la encuesta a comisiones parlamentarias normalmente constituidas *ad hoc* con un mandato temporal; paralelismo entre los poderes instructorios parlamentarios y los de los jueces. Solamente tras este reconocimiento y tras haber escogido un modelo abstracto de encuesta para usarlo como referencia se debería examinar el instituto de la encuesta en el Parlamento italiano (*comparatum*), confrontándolo con el que prevén otros ordenamientos (*comparandum*). A continuación del examen ordenamiento por ordenamiento, al final del contraste resultarán, junto a las convergencias, las divergencias del instituto italiano respecto del módulo de referencia (por ejemplo, una tendencial afirmación del carácter normal, no excepcional del instituto) y las que ofrecen los ordenamientos extranjeros examinados respecto del citado módulo (por ejemplo, atribución de competencias de encuesta a comisiones permanentes en Alemania; institución de tribunales de encuesta externos al Parlamento en Inglaterra).

En la práctica sucede con frecuencia que quien lleva a cabo la comparación, sobre todo cuando se estudian institutos nacionales ya existentes y experimentados, confunde el instituto nacional con el módulo abstracto, de modo que, aparentemente, los términos del contraste se reducen a dos: *comparatum* y *comparandum*. Así, para continuar con el ejemplo propuesto, los elementos identificadores de la encuesta se deducirían exclusivamente del ordenamiento nacional que se compara con otros.

Más clara es la exigencia de establecer un módulo de referencia cuando el instituto no está regulado por el derecho positivo, sino que existe a nivel de propuesta legislativa o de estudio doctrinal. En tal caso, el trabajo de abstracción para construir ese módulo es más evidente: por ejemplo, extraído el módulo del *ombudsman* deduciéndolo de la experiencia de diversos ordenamientos, el esquema normativo nacional se comparará con las disciplinas normativas existentes en otros Estados.

Aclarada la importancia del módulo abstracto de referencia, se ha de observar también que no siempre puede hacerse coincidir con la definición de una fórmula organizativa (por ejemplo, en las hipótesis mencionadas, con una estructura denominada «comisión parlamentaria», u «*ombudsman*», o «comisario parlamentario») o con la determinación de una normativa formal que regule tales estructuras.

Parece más seguro y científicamente más fundado establecer el *fin* que está detrás de una solución organizativa y su calificación formal (en los ejemplos citados, la función inspectiva excepcional de los Parlamentos y la función inspectiva parlamentaria unida a la tutela no jurisdiccional de intereses y derechos), sin que con esto se pretenda excluir la relevancia de los aspectos organizativos o formales, sino poner de manifiesto que no pueden encubrir la preferencia del elemento funcional.

En efecto, los análisis de derecho comparado en el campo del derecho privado y mercantil han señalado desde hace tiempo los límites de una investigación circunscrita al estudio de institutos concretos identificados por medio de criterios meramente formales. Al contrario, se ha concluido que el estudio comparado debe orientarse *funcionalmente*, sin referencias vinculantes a los conceptos propios de los distintos sistemas legales, sino teniendo en cuenta, prescindiendo de su forma, las soluciones que se ofrecen a los diferentes problemas que existen en el cuerpo social.

Según RABEL, ZWEIGERT y KNAPP, el derecho comparado no es el derecho que surge de la simple comparación de los textos legislativos, sino el que procede de la comparación de las diversas soluciones jurídicas que se dan a los mismos problemas de hecho que afrontan los sistemas legales de los distintos ordenamientos (126). Así, pues, «los diferentes sistemas legales sola-

(126) E. RABEL, «Die Fachgebiete des Kaiser Wilhelm-Instituts für ausländisches und Internationales Privatrecht», en *25. Jahre Kaiser Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaft*, 1^{er}, III (1973), pp. 77 y ss., ahora en *Gesammelte Aufsätze*, III, Tübinga, 1967, pp. 180 y ss.; K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *op. cit.*, pp. 25 y ss.; V. KNAPP,

mente pueden ser comparados si resuelven el mismo problema efectivo, es decir, si responden a la misma necesidad jurídica. En otras palabras, las instituciones de sistemas legales diferentes pueden ser razonablemente comparadas únicamente si persiguen el mismo fin, si cumplen la misma función. La función es el punto de partida y la base de toda comparación jurídica. Es el *tertium comparationis*, durante tanto tiempo objeto de fútiles disquisiciones entre los comparatistas» (127). En consecuencia, en la ciencia del derecho comparado solamente es comparable lo que responde a la misma función, y si el criterio de referencia es la función, es evidente el peligro que supone para esta ciencia el uso de materiales escogidos exclusivamente por su semejanza formal.

Trasladando estas anotaciones al campo del derecho público, es evidente que el recurso al concepto de función puede ser, con seguridad, útil para establecer los elementos de la comparación de institutos que pertenecen a ordenamientos diferentes, aunque el enfoque funcional no significa, obviamente, que sea inútil la consideración de los elementos formales que identifican las estructuras constitucionales. En efecto, no debe olvidarse que sobre todo en los ordenamientos en que se ha impuesto la Constitución escrita, las soluciones organizativas formalizadas en los textos constitucionales han asumido una función, extendida por doquier, de identificación de instituciones concretas. La formalización de los institutos jurídicos, propia de todos los sectores del derecho, reviste una importancia especial en el derecho público. Es, pues, comprensible, como señalaba ROZMARYN, que «en el derecho público (y más concretamente en el derecho constitucional) la misma tendencia 'estructuralista' aparezca bajo la enseña del 'enfoque orgánico', para el que el objeto propio de la investigación de derecho comparado lo constituyen en primer lugar 'los órganos del Estado y su estructura', aunque este enfoque estructural deba ser compensado con el funcional» (128). En conclusión, ROZMARYN observaba que la comparación debería realizarse teniendo en cuenta ambos criterios: el *estructural* y el *funcional*. Objeto de la comparación serían, por tanto, las estructuras jurídicas, pero las instituciones que las integran habrían de ser examinadas a la luz de la función que cumplen (129).

«Problèmes méthodologique dans la science comparé», en M. ROTONDI (ed.), *Buts...*, cit., pp. 429 y ss.

(127) K. ZWIEGERT y H. KÖTZ, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

(128) S. ROZMARYN, «Les grandes controverses de droit comparé», en M. ROTONDI (ed.), *Buts...*, cit., pp. 580-581.

(129) *Ibidem*, p. 581.

En la práctica, la orientación funcional hace tiempo que ha logrado un amplísimo apoyo en el campo de la comparación (130), aun cuando se señale que el análisis científico sobre la cuestión sólo interesa de forma marginal a los estudios de derecho constitucional (131). Concluyendo sobre este extremo, se debe aceptar que la determinación de la función esencial de un instituto es el presupuesto y el parámetro de referencia del juicio comparativo que se efectúa sobre institutos de ordenamientos diferentes.

(130) F. J. FELDBRUGGE, «Sociological Research Method and comparative Law», en M. ROTONDI (ed.), *Buts...*, cit., pp. 221 y ss.; K. H. NEUMAYER, «Law in the Books, Law in Action et les méthodes du droit comparé», *ibidem*, pp. 515 y ss.; M. ANCEL, *Utilità...*, cit., p. 96, y H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN, *op. cit.*, pp. 70 y ss. y 118 y ss.

(131) En torno a la utilización implícita del criterio funcional, véase C. LAVAGNA, *Aspetti tecnici della comparazione costituzionale*, cit., p. 243, y V. DI CIOLO, *op. cit.*, p. 337.

JURISPRUDENCIA

Estudios y Comentarios