

4. *El derecho positivo como objeto de comparación*

El derecho que constituye el objeto de una posible comparación es el derecho positivo⁷¹ 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. Éste 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 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 jurídica⁷³ 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

⁷¹ Cfr., en este sentido, Rotondi, M., *Diritto comparato*, cit., p. 825; Pizzorusso, A., *Corso*, cit., p. 105.

⁷² Además de la contribución de Lambert, E., 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, Ancel, M., *Utilità*, cit., pp. 16 y ss.

⁷³ Cfr., Schwarz-Liebermann, *Droit comparé*, cit., pp. 57 y ss.; Ancel, M., "Réflexions sur la recherche et sur la méthode comparatistes", en *Festschrift M. Rheinstejn*, I, Tubinga, 1969, p. 219.

⁷⁴ Knapp, V., "Quelques Problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé", en Rotondi, M., *Buts*, cit., pp. 431 y ss.; Ionasco, T., "Quelques con-

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 señalaban, por último: “El examen de la praxis constitucional se convierte en el objetivo principal del derecho constitucional comparado.”⁷⁷

Por lo 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

sidérations sur le droit comparé et le systèmes socio-politiques”, *Ibidem*, pp. 445 y ss.; Lukic, R. D., “Les méthodes sociologiques et droit comparé”, *idem*, *passim*.

⁷⁵ Cfr., Di Ciolo, V., “In merito alle ‘comparative politics’”, en *Rassegne parlamentare*, 1971, p. 238.

⁷⁶ Lavagna, C., “Aperti tecnici della comparazione costituzionale (1966)”, ahora en Lavagna, C., *Ricerche sul sistema normativo*, Milán, 1984, pp. 246 y 247.

⁷⁷ Mirkine-Guetzevitch, B., “I metodi di studio del diritto costituzionale comparato”, en *Il Politico*, 1950, p. 195.

⁷⁸ Sobre la importancia de la comparación entre normas no escritas, y, en particular, en el derecho consuetudinario, cfr., Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione*, cit., pp. 9 y 10.

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 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

⁷⁹ Sobre la importancia de la costumbre y del derecho no codificado en numerosos ordenamientos contemporáneos, *cfr.*, Losano, M. G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Turin, 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.*, Pizzorusso, A., “La comparazione giuridica e il diritto pubblico”, en Sacco, R. (ed.), *L'apporto, cit.*, pp. 65 y 66.

que considerar a efectos comparativos no coincide necesariamente con el derecho escrito (*law in the books*).⁸⁰

V. LA COMPARABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA COMPARACIÓN

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 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 indepen-

⁸⁰ Cfr., por ejemplo, Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione, cit.*, pp. 23 y ss.; Gorla, G., voz "Diritto comparato", *cit.*, pp. 938 y ss.; Newmayer, K. H., "Law in the books, Law in action et les méthodes du droit comparé", en Rotondi, M., *Buts, cit.*, pp. 507 y ss.

dizados 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, desconfiando 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

⁸¹ *Cfr.*, la referencia en Zweigert, K. y H. Kötz, *ob. cit.*, I, pp. 31 y 32.

“una asemejanza 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 la admisibilidad de 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, inicialmente, 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

⁸² Knapp, V., *La scienza, cit.*, pp. 98-101.

⁸³ Para un examen de la posición de la doctrina de los países socialistas, *cfr.*, Eminescu, Y., “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.*, Blagojevic, B. T., “Le méthode comparative juridique”, en Rotondi, M. (ed.), p. 36; Knapp, V., “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.*, Ancel, M., *Utilità, cit.*, pp. 61 y ss.; *idem*, “Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative”, en Rotondi, M. (ed.), *Scopi e metodi del diritto comparato*, Padua, 1973, pp. 11 y ss.; Hazard, J. H., “Pour quoi le droit comparé? L'URSS et les Stats Unis”, en *Revue internationale de droit comparé*, 1979, pp. 292 y ss.; Lesage, M., “Comparing Public Institutions. Their organisation and procedures: East-West Cooperation in East-West Comparisons”, en Niessen, M., J. Peschar, y C. Kourilisky, *International comparative research. Social structure and public institutions in Eastern and Western Europe*, Oxford, 1984, pp. 136 y ss.

⁸⁵ Zweigert, K., H. Kötz, *ob. cit.*, I, pp. 32 y 33.

⁸⁶ Loeber, D., “Rechtsvergleichung zwischen Landern mit verschiedener Wirtschaftsordnung”, en *Rabel's zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1961, 2, pp. 201 y ss.

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 pertenecientes 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

⁸⁷ Constantinesco, L. J., *Traité, I, cit.*, pp. 3 y ss.; *idem*, "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.

⁸⁸ *Cfr.*, Amorth, A., *Corso di diritto costituzionale comparato*, Milán, 1945, p. 3.

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 lo 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 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, etcétera. 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.

⁸⁹ Cfr., el estudio de Bernhardt, R., “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 *Bolletino della Comunità europea*, pp. 19 y ss.; también Sorrentino, F., “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, Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1968; Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político*, cit., pp. 815 y ss.; Fix-Zamudio, H., *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, 1980; Pizzorusso, A., “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, en *Quaderni costituzionali*, II, 1982, pp. 521 y ss.

⁹⁰ Cfr., por ejemplo, Torres del Moral, A., “Los grupos parlamentarios”, en *Revista de Derecho Político*, 9, 1981, pp. 21 y ss.

⁹¹ Cfr., Zagrebelsky, G., *Le immunità parlamentari*, Turín, 1979, cap. I.

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 el seno de 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 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 éstas 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 deriva-

⁹² Cfr., Slapnicka, H., "Die rezeption des Sowjetsrechts in den europaischen Volksdemokratie", 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., Rotter, F., "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. Tomson, E. "Vergleich einiger Aspekte der Sowjetischen und chinesischen Verfassung", en *Osteuropa Recht*, 1975, pp. 230 y ss.

⁹⁴ Realiza una comparación entre dos grupos de institutos Colliard, C. A., *Libertés publiques*, 5ª ed., París, 1975, pp. 135 y ss. También Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione*, cit., p. 413.

dos históricamente de los liberales 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 ordenamientos, 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 resultados circunscritos a un conocimiento meramente superficial. La profundización en las realidades constitucionales efectivas llevaría seguramente a detectar sensibles di-

⁹⁵ *Cfr.*, Grosnich, I., "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.

ferencias 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 especie de distintas formas de Estado. Por lo tanto, si dentro de una misma forma de Estado (liberal, socialista, etcétera) 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 Estados de nueva independencia, pues se inspiran en principios extremadamente heterogéneos (derivados de los modelos liberal, socialista, 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

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.*, Pizzorusso, A., *La comparazione, cit.*, pp. 76 y 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.*, Elia, L., "Governo (forme di)", *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milán, 1970, pp. 635 y 636; Dogliani, M., *Spunti metodologici, cit.*, p. 226; Ortino, S., *Forme di governo nel diritto comparato*, Florencia, 1975, pp. 1 y 2. En general, la doctrina comparatista acentúa la exigencia de confrontar sistemas jurídicos afines; *cfr.*, Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, H. A., *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 Ollero, C., *El derecho constitucional de la postguerra (Apuntes para su estudio)*, Barcelona, 1949, pp. 13 y ss. Asimismo, el volumen editado por Herman, V., y F. Mendel, *Les parlements dans le monde. Recueil des données comparatives*, Paris, 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 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, 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 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

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

⁹⁸ Cfr., De Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, Padua, 1981, pp. 114 y ss.

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 en 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 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 instituciones 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.

VI. CLASIFICACIÓN Y COMPARACIÓN

Uno de los problemas metodológicos que se le plantean a la ciencia

⁹⁹ Entorno a la compatibilidad de un instituto como el *ombudsman* con el sistema constitucional italiano, *cfr.*, por ejemplo, Di Giovine, A., "L'ombudsman in Italia: competenze e poteri", en Mortati, C. (ed.), *L'ombudsman (il difensore civico)*, Turin, 1974, p. 173.

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

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. Efectivamente, cada clase debería comprender todas sus categorías y nada más que ellas, excluyendo las que correspondan a otra clase.¹⁰⁴

No obstante, Pizzorusso ha señalado que la clasificación en el campo del derecho comparado no puede conducir a resultados dotados de un rigor 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 jurídicos¹⁰⁶ 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 cual encuadrar

¹⁰¹ Cfr., Kalleberg, A. L., “The Logic of comparison. A Methodological Note in the Comparative Study of Political Systems”, en *World Politics*, XVIII, 1966, pp. 69 y ss.; Sartori, G., *La política comparada*, cit., p. 65.

¹⁰² Urbani, G., “Introduzione” a AA. VV., *La política comparada*, Bolonia, 1973, p. 25.

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

¹⁰⁴ Hempel, G. G., *Aspects of scientific Explanation*, Nueva York, 1965, pp. 137 y ss.; Sartori, ob. cit., p. 77.

¹⁰⁵ Pizzorusso, A., *Corso*, cit., p. 116; cfr., también, Langrod, G., “La comparaison en science juridique. Quelques remarques concernant ses avantages et les pièges a éviter”, en Luke, G., Ress, G., Will, M. R., *Rechtsvergleichung, Europa Recht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für L. J. Constantinesco*, Colonia, 1983, p. 432.

¹⁰⁶ Pizzorusso, A., *Corso*, cit., pp. 123 y ss.

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 distintas 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 diferentes, 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 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 criterios utilizados 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

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

¹⁰⁸ Cfr., las consideraciones de Swelser, N. J., *ob. cit.*, pp. 228 y ss.

¹⁰⁹ Cfr., Zweigert, K., "Zur Lehre von den Rechts-Kreisen", en *XX Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of H. E. Leyden*, 1951, p. 45.

¹¹⁰ Cfr., Malmström, A., *The System, cit.*, pp. 139 y ss.; Knapp, V., *La scienza, cit.*, p. 30; Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, p. 59.

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: a) 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; b) en una parte en la que se analizan las instituciones del socialismo realizado según la doctrina leninista; c) y d) 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 proceder, 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:

- a) El criterio relativo a la *titularidad del poder*.
- b) El criterio relativo a las *modalidades de ejercicio del poder*.
- 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 ejercicio 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 el recurso a criterios 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, encontrando 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 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 gobernados 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, etcétera) 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

¹¹¹ Kelsen, H., *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 Lavagna, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 5ª ed., Turín, 1982, p. 532.

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 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 poder estatal, utilizando preferentemente para una agrupación expositiva convencional los términos que califican 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 influenciada por la ideología liberal: *el Estado de derivación*

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

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 más arriba 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 termi-

nología constitucional y que, a veces, se emplean como sinónimos de Estado autoritario, pero que pueden encerrar verdaderos significados autónomos; Estados “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 periodos, 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 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 ordenamientos 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 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 la 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

¹¹⁴ Cfr., por ejemplo, en tal sentido: Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione*, cit., pp. 12 y 104; Ferrando Badia, J., *Regímenes políticos*, cit., pp. 57 y ss.; véase, además, sobre la aceptación de la tripartición, las observaciones de Mortati, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, 9ª ed., Padua, 1975, pp. 144 y ss.; Martines, T., *Diritto costituzionale*, 3ª ed., Milán, 1984, pp. 154 y 155; Spagna Musso, E., *Diritto costituzionale*, 2ª ed., Padua, 1986, pp. 127 y ss.; Ortino, S., *Forme di governo in diritto comparato*, cit., pp. 1 y ss.; Amato, G., "Forme di stato e di governo", en Amato, G., y Barbera, A., *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., Aron, R., *Teoría dei regimi politici* (trad. it.), Milán, 1973, pp. 63 y ss.; Burdeau, G., *L'état*, Paris, 1970, pp. 114 y ss.; Leclercq, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4ª ed., Paris, 1984, pp. 55 y ss.; Loewenstein, K., *Political Power and the government process*, Chicago, 1957.

¹¹⁶ Blahor, J., "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; Lukic, R., *Théorie l'état e du droit*, Paris, 1974, pp. 137-139; Forsi, G., "On the problem of the Division of legal Systems", en Rotondi, M. (ed.), *Buts*, cit., pp. 181 y ss.; Blagojevic, B. T., "Le méthode", *idem*, p. 36; Rozmaryn, S., *Les grandes controverses*, cit., p. 586; Knapp, V., *La scienza*, cit., pp. 33 y ss.

¹¹⁷ Cfr., Pizzorusso, A., *Corso*, cit., pp. 296 y ss.

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 Wolff¹¹⁸ 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 Ancel¹²⁰ no es muy diferente. Zweigert y Kötz¹²¹ distinguen ocho sistemas: romanista, germánico, nórdico, de *common law*, socialista, del extremo oriente, islámico, hindú. Malström¹²² establece "grupos" de derechos subdivididos en "familias" (grupo occidental, dividido en las familias europea, latinoamericana, 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, a la espera de ulteriores profundizaciones, la categoría que comprende los derechos asiáticos y la que comprende los africanos. Ravá¹²³ 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 influenciados 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).

¹¹⁸ Arminjon, P., B. Nolde, y W. Wolff, *Traité de droit comparé*, Paris, 1950-1952.

¹¹⁹ David, R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., passim.

¹²⁰ Ancel, M., *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 Zweigert, K., y H. Kötz, *Einführung*, cit., passim.

¹²² Malström, A., "The System of the Legal Systems", en *Scandinavian Studies in Law*, XII, 1969, pp. 127 y ss.

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

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 una 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 lo tanto, entra dentro del estudio de la forma de Estado socialista. En cambio, existen razones para que los sistemas hindú y 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.

VII. REFLEXIONES FINALES SOBRE EL MÉTODO 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.

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

2) Anterior a la comparación es la elección de los criterios de *clasificación*. Éstos 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 el carácter de Estado, 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, etcétera.

3) Entre los métodos a disposición del investigador para conocer las instituciones jurídicas está la comparación. Como se suele explicar, la comparación 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. Por convención, se ha excluido de los estudios comparados la comparación histórica o se la ha convertido en instrumento auxiliar.

4) 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.

5) 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 los ordenamientos considerados heterogéneos entre sí pueden ser objeto de análisis

siempre que aquellos que se comparan 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 aproximan los distintos ordenamientos, a las que se les yuxtaponen otras características variables con el fin de efectuar el contraste.¹²⁴

6) 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.

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

La comparación de ordenamientos o de grupos de ordenamientos (macrocomparación) 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.

8) Esta referencia permite comprender que el método comparado ha de usar otros métodos¹²⁵ para llegar a extraer los materiales sobre los cuales dirigir el juicio comparativo:

¹²⁴ Cfr., Lijphart, A., "Il metodo della comparazione", en *Rivista italiana di scienza politica*, 1971, p. 79.

¹²⁵ Sobre los métodos utilizables en las ciencias sociales en concurso con el comparado, cfr., por ejemplo, Lijphart, A., *Il metodo, cit.*, pp. 70 y ss.

a) 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).

b) 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).

c) 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).

9) 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.

10) 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.

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 legales 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 pueden ser comparados solamente si resuelven el mismo problema efectivo, es decir, si responden a la misma necesidad legal. En otras palabras, las instituciones de sistemas legales diferentes pueden ser razonablemente comparadas sólo 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 la comparación utilizar materiales escogidos únicamente por su semejanza formal.

Trasladando estas anotaciones al campo del derecho público, es evidente que el recurso al concepto de función puede ser, con seguri-

¹²⁶ Rabel, E., "Die Fachgebiete des Kaiser Wilhelm-Instituts für ausländisches und Internationales Privatrecht", en *25 Jahre Kaiser Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaft*, 1er. III. (1937), pp. 77 y ss., ahora en *Gesammelte Aufsätze*, III, Tubinga, 1967, pp. 180 y ss.; Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, pp. 25 y ss.; Knapp, V., "Problèmes méthodologiques dans la science comparée", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, pp. 429 y ss.

¹²⁷ Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, pp. 36 y ss.

dad, útil para establecer los elementos de la comparación propios de institutos que pertenecen a ordenamientos diferentes, aunque el enfoque funcional no significa, obviamente, que sea inútil la consideración de los elementos formales ligados a la identificación de 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" aparece 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 esas instituciones habrían de ser examinadas en relación con las funciones que cumplen.¹²⁹

En la práctica, la orientación funcional en el campo de la comparación ha obtenido, desde hace tiempo, un amplísimo apoyo,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 sobre institutos de ordenamientos diferentes.

¹²⁸ Rozmaryn, S., "Les grandes controverses de droit comparé", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, pp. 580 y 581.

¹²⁹ *Idem*, p. 581.

¹³⁰ Feldbrugge, F. J., "Sociological Research Method and comparative Law", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, pp. 221 y ss.; Neumayer, K. H., "Law in the Books, Law in Action et les méthodes du droit comparé", *idem*, pp. 515 y ss.; Ancel, M., *Utilità, cit.*, p. 96; Schwarz-Liebermann, H. A., *ob. cit.*, pp. 70 y ss.

¹³¹ Entorno a la utilización implícita del criterio funcional, véase Lavagna, C., *Aspetti tecnici della comparazione costituzionale, cit.*, p. 243; Di Ciolo, V., *ob. cit.*, p. 337.