

INTRODUCCIÓN  
LA COMPARACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL  
COMPARADO. MÉTODO Y CIENCIA

I. La comparación y las instituciones políticas en el campo del derecho constitucional . . . . .	1
II. Función de la comparación en el derecho constitucional .	4
III. Objeto de la comparación en el derecho constitucional . .	24
IV. La posibilidad de comparar como presupuesto de la comparación jurídica . . . . .	30
V. El modelo de referencia en el juicio comparativo ( <i>tertium comparationis</i> ) . . . . .	37
VI. Clasificación y comparación . . . . .	41
VII. Conclusión: reflexiones finales sobre el método del derecho constitucional comparado . . . . .	50

## INTRODUCCIÓN

### LA COMPARACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO. MÉTODO Y CIENCIA

#### I. LA COMPARACIÓN Y LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS 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 lugar a la aparición de múltiples ordenamientos estatales que se consideran soberanos y autosuficientes.

Hoy en 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.

La toma de conciencia 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 institu-

ciones pertenecientes a varios ordenamientos. De tales contrastes surgen coincidencias, semejanzas y 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 las características 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, aquella 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 de 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 constituye 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 aquel y de los análisis comparativos que se desarrollan en su ámbito. 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, hay que advertir 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 que explican esta sustancial falta de atención de los problemas del *método comparativo* en el derecho constitucional, pese a que numerosos autores recurren inevitablemente a la comparación, deben buscarse 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 europeos y en algunos de sus apéndices extra europeos. 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 Estados Unidos, históricamente ligado profundamente con el inglés. Los ordenamientos extraños a esta 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 incesante de nuevos ordenamientos estatales surgidos de la descolonización de la segunda posguerra.

Estos dos eventos rompieron progresivamente el consenso sobre cuál habría 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.

La toma de conciencia de diversas o no similares formas de Estado no significó, sin embargo, que fuese fácil la sistematización científica de las mismas 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 permitido 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 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 clarificación de los criterios metodológicos de la comparación en el derecho constitucional aún queda por perfeccionarse.

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. FUNCIÓN DE LA COMPARACIÓN 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 permite 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 clarificación 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 en 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 parlamentario”, 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, etcétera). 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”.

También se puede citar la fórmula definida como “gobierno semipresidencial”, que desde hace tiempo hace parte del lenguaje de los constitucionalistas para calificar algunas formas de gobierno: por lo general se parte de las soluciones ofrecidas por la Constitución francesa y también por otras Constituciones, identificando así los parámetros que reiteran la investidura popular directa del jefe del Estado y la presencia de la relación de confianza entre mayoría parlamentaria y gobierno. También en este caso la figura tipológica elaborada a partir del análisis de los datos ofrecidos por algunos ordenamientos sirve como parámetro de referencia para otros estudios sucesivos que son desarrollados para estudiar y enmarcar de manera adecuada las nuevas realidades constitucionales.

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 vuelva internacional y, por tanto, ciencia en sentido propio. 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. El conocimiento es la premisa necesaria para utilizar los resultados de la comparación. Éstos pueden encaminarse a fines de elaboración doctrinal o, bien, a fines eminentemente prácticos, según se verá inmediatamente.

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

## *2. 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” 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 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).

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 regulación 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 reseña 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: artículo 48 de la Constitución de Weimar; artículo 16 de la actual Constitución francesa; capítulo X, inciso *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, hasta la reforma electoral de 1993, 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 principio 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 constitu-

cional— 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.

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 investigación 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 indagaciones parlamentarias en el ordenamiento italiano puede circunscribirse al estudio de una concreta comisión de investigación (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 sometiéndolo-

los 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 al acto institutivo de la comisión, su composición, los poderes de instrucción, las normas aplicables, los acuerdos que pueden adoptar y respecto de otros aspectos 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 investigación o encuesta en casi todos los Parla-mentos; la discrecionalidad política de la mayoría y, en general, la conexión con las directrices del gobierno de la decisión de proceder a la investigación; la naturaleza excepcional de la competencia parlamentaria de investigación 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 inquisidoras de los ordenamientos con gobierno parlamentario y en los ordenamientos presidenciales o con tendencias presidenciales; observará la existencia de tribunales de investiga-

ción desvinculados del Parlamento en Inglaterra; encontrará hipótesis de iniciativa vinculante de la oposición y de atribución de competencias inquisidoras a comisiones permanentes en Alemania. Pero, en su conjunto, el conocimiento comparado ofrecerá un sólido marco de referencia al análisis realizado sobre el instituto de la investigación en el ordenamiento nacional en la medida en que la clarificación 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 investigaciones parlamentarias— permitirá una reflexión profunda 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 investigaciones parlamentarias permite perfilar mejor los contornos de este instituto dentro del ordenamiento italiano. 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. Función de comprensión de institutos del ordenamiento*

El recurso a la comparación puede realizarse para facilitar —mediante la confrontación con normas y praxis aplicadas por otros ordenamientos— la comparación de institutos propios del ordenamiento que se toma como referencia.

A modo de ejemplo, la exigencia de establecer un encuadramiento científico adecuado del instituto de referéndum indujo al ordenamiento italiano a realizar un estudio de éste a nivel comparado. Lo mismo aconteció para aclarar el significado de la introducción de procedimientos referendarios en el contexto global de la revisión constitucional o para comprender mejor la figura organizativa de las autoridades administrativas independientes, introducidas sólidamente en el ordenamiento italiano con referencia no siempre meditada a otras experiencias precedentes. Los ejemplos podrían multiplicarse.

En estos casos, el gran número de experiencias maduradas en numerosos ordenamientos, entre otras cosas con frecuencia dotado de principios de base muy similares al ordenamiento italiano, se encuentra en grado de ofrecer numerosas pautas de reflexión que serán útiles para comprender

tanto los aspectos actuales como las perspectivas de desarrollo de los institutos examinados.

#### 4. *Función de auxilio para la interpretación*

Más en general, hay que señalar que el método comparado forma parte de las técnicas interpretativas de los institutos constitucionales utilizados en el marco de la interpretación sistemática, especialmente por los órganos jurisdiccionales. Recurren a la comparación tanto los órganos jurisdiccionales nacionales como los internacionales. Se ha hecho notar que la comparación jurídica es uno de los métodos a los cuales recurren los tribunales constitucionales en la interpretación de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales: junto a los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, que tienen su origen en la clásica formulación de Savigny, Häberle ha colocado al comparativo como quinto método de interpretación, como un estadio *imprescindible* en la exégesis de las cláusulas constitucionales sobre los derechos. Tal consideración sería confirmada, en el plano de los ordenamientos estatales, por la progresiva referencia que hacen las Constituciones a la relevancia de las normativas de los pactos internacionales sobre los derechos en los respectivos ordenamientos internos (la Constitución española de 1978, artículo 10, 2, prevé que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y con los tratados sobre la materia ratificados por España; similar disposición se encuentra en la Constitución portuguesa de 1976, artículo 16, 2). Además, en el plano de los ordenamientos de las organizaciones internacionales, la Corte de Justicia de la Unión Europea recurre a los principios en materia de derechos adoptados por los diversos ordenamientos estatales (como pronto se verá). Se comprende, por lo tanto, cómo la integración entre ordenamientos conduce inevitablemente a recurrir a la comparación en la interpretación de la normativa sobre los derechos realizada por los tribunales constitucionales.

Para arribar a una interpretación del artículo 21, 2 de la Ley Fundamental alemana que condujera a la disolución del partido comunista (sentencia núm. 17 del 17 de agosto de 1956), el Tribunal Constitucional ha recurrido a la disciplina prevista por los ordenamientos de algunos países cuya Constitución se inspira en los principios liberal-democráticos (Italia, Francia, Suiza, Estados Unidos), y que prevén regímenes de limita-

ción a la Constitución o a las actividades de los partidos que persiguieran finalidades incompatibles con aquellas propias de tal forma de Estado. También ha recurrido a la disciplina de dichos ordenamientos a fin de definir cuáles son los “tratados que regulan las relaciones políticas del Estado federal” de acuerdo con el artículo 59, 2 de la Ley Fundamental, valorando además la noción de tratado de naturaleza política a la que hace referencia el artículo 80 de la Constitución italiana.

La Corte italiana ha hecho múltiples señalamientos y referencias a ordenamientos extranjeros como también señalamientos y análisis de tipo comparativo. En tales ocasiones no sólo ha considerado las normativas positivas sino también los ordenamientos jurisprudenciales de algunos tribunales constitucionales (sentencias núms. 123 de 1980; 300 de 1984; 161 de 1985; 71 de 1987). Las materias objeto de examen de la Corte son, sobre todo, el derecho penal y procesal penal, el derecho del trabajo y de la previsión social, la actuación del derecho comunitario, pero se encuentran referencias a las relaciones Estado-regiones (núm. 123 de 1980) y a las relaciones entre Ejecutivo y Judicial (núm. 283 de 1986).

Por lo que se refiere a las jurisdicciones internaciones, en necesario hacer referencia a la circunstancia por la cual, regularmente, es más bien limitado el ámbito de las disciplinas positivas que serán aplicadas. Además de los tratados y costumbres, éstas pueden hacer referencia a *principios de derecho* que son acogidos por los ordenamientos estatales que están interesados en la actividad del órgano juzgante (principios definidos “comunes” y “generales”). Los principios que los jueces internacionales pueden considerar incluidos se encuentran en el ordenamiento internacional (general o particular), pero derivan también de los ordenamientos de los Estados miembros de una organización (por ejemplo de las Naciones Unidas respecto a la Corte Internacional de Justicia o de la Unión Europea respecto a la Corte de Justicia) o de Estados que están interesados en la solución de una controversia, como en el caso de juicio de un órgano arbitral, o también de terceros Estados. El órgano judicial internacional determina los principios de derecho con un margen notable de discrecionalidad y la experiencia indica que no todos los ordenamientos potencialmente examinables por el juez son considerados, o que sólo algunos pocos ordenamientos estatales son efectivamente valorados como merecedores de atención. No obstante, es frecuente la convicción de que el juez, para enunciar el principio de derecho, proceda a una operación comparativa entre diversos ordenamientos.

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 Comunidad Económica Europea (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 del Tratado de la CEE era infundada (*cfr.* la sentencia núm. 183 del 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 (véase sentencia núm. 54 del 21 de junio de 1979).

El artículo 38, inciso *c*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que la Corte aplique, 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. Por otra parte, el carácter fragmentario de las reglas procesales a observar ante la Corte 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.

Pese a que no existe una normativa específica en relación con las competencias de la Corte de Justicia Comunitaria, el artículo 215 del Tratado de la CEE —actualmente artículo 288, 2 del Tratado de la CE— (y el 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.

Pues bien, la Corte 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. A partir de la sentencia Nold (causa 4-73), la Corte ha reconocido que no puede separarse de los principios constitucionales “comunes a los Estados miembros”. Posteriormente, la Corte 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). También admitió la declaración de responsabilidad extracontractual de la administración por los daños eventuales en la medida en que está prevista por los ordenamientos de los Estados miembros (sentencia Kampfmeier, en la causa 56 a 60-74). 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). En fin, en la sentencia dictada en la causa 149-79 (Comisión-Reino de Bélgica), a los efectos de interpretar el artículo 48, número 4, del Tratado de la CEE (actualmente, artículo 39, 4 del Tratado de la CE) que excluye la aplicación de la normativa comunitaria sobre la libre circulación de los trabajadores “a los empleos de la administración pública”, la Corte 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.

##### *5. Función de auxilio para 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. Pres-

cindiendo 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 órganos constituyentes interesados: influencia del modelo norteamericano 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.

Sin embargo, hay que precisar que el cotejo en un texto constitucional o legislativo de institutos que parecen inspirados en experiencias de otros ordenamientos no significa la utilización efectiva de una comparación precedente. En efecto, en los textos constitucionales y legislativos se pueden observar a veces verdaderas reproducciones de institutos consagrados en otros ordenamientos (a propósito de esto se habla de la “recepción” y del “trasplante”). En tal caso la opción dirigida a introducir institutos extranjeros puede derivar de un análisis comparado entre las diversas opciones posibles ofrecidas por los diversos ordenamientos (por ejemplo: examen de las diversas disciplinas del instituto de confianza parlamentaria o de la justicia constitucional), tales que conducen a la introducción no tanto de normativas como de *principios aceptados por los diversos ordenamientos*, así como también puede derivar de la determinación de adoptar un instituto *regulado por un ordenamiento preciso* que se considera haber efectuado un escogimiento percibido como óptimo. En esta última hipótesis podría parecer evidente la simple *imitación* de una solución normativa ajena, que no se encuentra acompañada de una comparación precedente.

En realidad, en casos similares, si bien no se pueden excluir simples recepciones dogmáticas de modelos extranjeros, es más probable el uso preventivo de confrontaciones comparativas oportunas. Así, la difusa introducción de institutos de la Ley Fundamental alemana por parte del constituyente español de 1978 no impide admitir que este mismo haya evaluado las soluciones ofrecidas por otros ordenamientos.

El nexo entre la comparación y la introducción o recepción por parte de un ordenamiento de institutos madurados y que se afirmaron en el ámbito de otro ordenamiento presenta aspectos de particular interés.

Es cierto que existieron y existen ordenamientos o institutos de ordenamientos que se toman como *modelos de referencia* por otros. Las causas de tal estado de cosas pueden variar. La imposición por parte de una potencia hegemónica de propias soluciones organizativas (como en el caso de los instrumentos constitucionales dejados por las potencias coloniales en el momento del otorgamiento o concesión de la independencia); el prestigio adquirido por una Constitución (como en el caso del influjo de la Constitución presidencial de los Estados Unidos con respecto a las repúblicas iberoamericanas en el momento de emancipación de las viejas potencias coloniales) o por una concepción de la Constitución (como en el caso de la fiabilidad atribuida por muchas Constituciones en diversos continentes a los principios constitucionales del Estado liberal en el momento del abandono de los principios propios del socialismo); un mixto de imposición y prestigio (la adopción de los principios constitucionales socialistas era obligada a finales de los años cuarenta [1940] para las democracias populares de aquellos tiempos, pero es indudable que haber adoptado el modelo positivo de la Constitución estalinista de 1936 fue también consecuencia del indiscutible prestigio adquirido por la Constitución entre los juristas del régimen).

Además de las formas de condicionamiento que afectan la entera concepción del Estado existen las que se refieren a institutos bien precisos. Por ejemplo en el caso de algunos derechos de la persona o de la colectividad madurados en algunos ordenamientos y luego transferidos a muchísimos ordenamientos (por ejemplo el derecho a la intimidad y el derecho al ambiente sano) o a una forma de tutela de intereses y de derechos diversa de la jurisdiccional, como el *ombudsman*, que desde Suecia pasó sucesivamente a un gran número de ordenamientos. Obviamente, tales formas de transferencia de soluciones tienen mayores probabilidades de obtener un rendimiento satisfactorio en caso de que se realicen en ordenamientos que sean partícipes de los principios constitucionales del ordenamiento de proveniencia del instituto. Además hay que considerar que sólo algunos ordenamientos, según la opinión de Lucas Verdú, están dotados de Constituciones “abiertas”, y por ende dispuestas a acoger los institutos propios de otros ordenamientos, creándose una correlación evidente entre apertura y receptividad de institutos ajenos.

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 y la regulación de las libertades fundamentales fueron objeto de amplios debates, frecuentemente basados en consideraciones y menciones de las experiencias comparadas.

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.

Similar es la situación que se creó con ocasión de los trabajos de las sucesivas comisiones bicamerales instituidas en la décima primera y en la décima tercera legislaturas (ley constitucional núm. 1 del 6 de agosto de 1993 y ley constitucional núm. 1 del 24 de enero de 1997).

Análisis comparados precedieron a la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, a la de las Constituciones francesas de 1946 y 1958 y han caracterizado los trabajos preparatorios de la Constitución portuguesa de 1976 y de la española de 1978. 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 (artículo 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 (artículo 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 *Bundesexekution* (artículo 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 totalidad efectiva de los ordenamientos, incluidos los

socialistas, aunque en estos últimos se suele limitar exclusivamente a la que se realiza con los ordenamientos que comparten las mismas premisas ideológicas. 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 núm. 685 del 27 de julio de 1967, 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 al orden del día.

Las referencias comparatistas han sido frecuentes, tanto en la doctrina como en los trabajos parlamentarios, en la fase que precedió a la adopción de las leyes núms. 675 y 676 del 31 de diciembre de 1996 en materia de tratamiento de los datos personales, en las cuales se hace referencia a los conceptos de intimidad (*privacy*) desarrollados desde hace tiempo en otros ordenamientos estatales y de organizaciones internacionales.

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 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”. 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.

No existe, pues, ningún criterio orgánico que presida el recurso a la comparación por parte del legislador: exigencias específicas 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.

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”.

#### *6. 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, uniformación, aproximación, coordinación, armonización de las normativas estatales y se señala al respecto que con esta incierta terminología puede aludirse a procesos sensiblemente distintos.

En términos generales puede considerarse que las medidas puestas en práctica tienen como objetivo una simplificación o eliminación de las diferencias entre ordenamientos, 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 uni-

formación de los ordenamientos implicados de manera que la homogeneidad sea lo más completa posible.

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, sin que pueda excluirse que, en esos supuestos, la imposición de nuevos ordenamientos se vea acompañada por investigaciones comparativas que precedan a las opciones políticas. 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.

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 sea 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.

Es posible encontrar perspectivas satisfactorias de integración —que preferentemente comportan nuevas formas de coordinación—, pero a ve-

ces suponen también la unificación de normativas en ámbitos regionales circunscritos: el área europea, la del *Commonwealth*, la de los países socialistas, aquella en la que rige el derecho musulmán, han sido objeto de consideración 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 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 uniformación 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 como 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 Estados Unidos, la experiencia de la formación de esquemas legislativos a adoptar por los estados miembros. Respecto de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (en adelante, 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 a 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.

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 del Tratado, tendrá en

cuenta las normas y las experiencias de los diversos ordenamientos que forman parte de la Comunidad Europea. La exigencia de una mejora de la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos que forman parte de 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.

En general, en el ordenamiento comunitario europeo la uniformación 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 —actualmente artículo 293 del Tratado de la CE—, entre los cuales se prevén los que se refieren a la tutela de los derechos. 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 actuación 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 —actualmente artículo 94 del Tratado de la CE— y otros del Tratado de la CEE. 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.

El Acta Única Europea de 1986 ratifica bien sea la línea de la adopción de normativas uniformes comunitarias válidas en cuanto tales en los ordenamientos de los Estados miembros, o bien la de la armonización mediante directivas. Además, la misma contiene en su preámbulo la afirmación según la cual los Estados miembros de las Comunidades promueven un ordenamiento democrático que se funda sobre los derechos previstos por las Constituciones de éstos, sobre la Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre, sobre la Carta social europea y en particular sobre la libertad, la igualdad y la justicia social: esto supone una consolidación de la exigencia para los órganos comunitarios

de conocer y confrontar las normativas estatales en materia de derechos, dilucidándose así el régimen comunitario.

La comparación entre ordenamientos de los Estados miembros y en particular entre los institutos que caracterizan la propia forma de Estado y de gobierno continúa siendo también una premisa indispensable de los análisis encaminados a verificar la federalización progresiva de los ordenamientos introducidos en el área comunitaria.

### III. OBJETO DE LA COMPARACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los ordenamientos estatales y sus instituciones son el objeto de la comparación en el derecho constitucional, aunque es 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 de 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 de los ordenamientos, la comparación podría realizarse tanto al interior de un ordenamiento como al exterior del mismo.

El recurso a la comparación al 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.

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 como 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.

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 presuppone 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, entendiendo 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—. 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 sucesivo examen comparativo. Así, debería obtenerse un conocimiento general de la historia constitucional, del sistema de fuentes y de la aplica-

ción 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, 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, 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. Igualmente, el estudio separado de varios ordenamientos extranjeros puede llevar a un simple análisis descriptivo de institutos “país por país”, no a una comparación. Así, un estudio de las monarquías parlamentarias europeas efectuado con tal técnica queda fuera del derecho comparado.

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. 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 como las que se ocupen de la Presidencia de la República y del gobierno en el ordenamiento presidencial y en el parlamentario con predominio del primer ministro (prescindiendo, por tanto, de los institutos italianos homónimos).

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 ordena-

miento, un examen conjunto y una operación lógica de contraste de la que se extraen conclusiones.

### 3. *Macrocomparación y microcomparación*

La comparación puede referirse a ordenamientos contemplados en su conjunto (macrocomparación) o a sectores o institutos concretos (microcomparación). La comparación de dos ordenamientos, por ejemplo el italiano 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 aún más practicable 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 investigación, llamadas también de encuesta.

### 4. *El derecho positivo como objeto de comparación*

El derecho que constituye el objeto de una posible comparación es el derecho positivo efectivamente vigente en los ordenamientos afectados por la investigación comparada. El eventual examen de normativas que no se encuentran 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”, encamina-

da 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 (celebrado en 1900), que tanta influencia tendría sobre los estudios jurídicos comparados.

El estudio comparado de las legislaciones nacionales continúa 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 jurídica, 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.

La divergencia, potencial o efectivamente producida, entre los textos normativos y el derecho que se aplica en la práctica a las relaciones sociales reviste 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 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, y preocuparse por determinar las normativas realmente vigentes.

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”.

Por tanto, comparar significa confrontar poniendo de relieve las semejanzas y las diferencias que se advierten en la disciplina normativa esta-

blecida 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. 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). 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) como 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*).

#### IV. LA POSIBILIDAD DE COMPARAR COMO PRESUPUESTO DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA

La posibilidad de comparar 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 *posibilidad de comparar* 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 posibilidad de comparación de los ordenamientos*

La *homogeneidad* de los ordenamientos presupone que pertenecen a la misma “forma de Estado”. No obstante, conviene señalar al respecto que excluir la posibilidad de comparación 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 claro 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 (casi la 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 decir algunos 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 la que la mayor parte de la doctrina exige la homogeneidad de los ordenamientos como requisito de la comparación o desconfía de contrastes poco cuidadosos procede del hecho 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 posibilidad de comparar 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.

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.

Así, pues, la tendencia más reciente de la doctrina socialista oficial citada consiste en admitir una comparación que tenga como objetivo evidenciar 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.

No fue diferente la posición 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. 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.

En la doctrina, tras la investigación de Loeber, que ha sugerido distinguir las instituciones jurídicas ligadas al sistema social y económico de aquellas “neutras”, Constantinesco, más específicamente, contribuyó a la solución del problema de la posibilidad de comparar 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 posibilidad de comparar 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 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 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. 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. 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. 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. El instituto que se examina (“grupo parlamentario”) tiene unos criterios de identificación bien definidos, ya que es la estructura jurídica que permite la presencia en el Parlamento de los partidos políticos en los ordenamientos democráticos pluripartidistas. De igual 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. Otro tanto puede señalarse con respecto a 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 se-

mejantes, 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*) que haga practicable la comparación.

Menos sencilla y que requiere mayor cautela es la comparación de institutos presentes en ordenamientos profundamente diferentes entre sí en sus fundamentos políticos y de inspiración ideológica, por ejemplo en ordenamientos de derivación liberal y en aquellos fundados en los principios del socialismo “real”.

Así, se puede mencionar el instituto del *ombudsman*, órgano de inspección 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 luego difundido en los Estados de Europa Oriental. 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 derivados históricamente del Estado liberal encontramos varios mecanismos 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 “real” se han desarrollado técnicas de participación, especialmente para la discusión, a distintos niveles, de las propuestas 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 propuesta de ley (por ejemplo, mediante la propuesta extraparlamentaria de enmiendas). En este supues-

to, 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 con gobierno parlamentario y presidencial 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, 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.

Esta última observación se funda también en la conciencia de las notables dificultades que se encuentran dentro del área de los ordenamientos de 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 posibilidad de comparar 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. El concepto de Constitución y de fuente del derecho, al igual que los conceptos de derechos de libertad, partidos, representación, Parlamento y otros, son comunes a los ordenamientos más diversos, pero sería inoportuno deducir una identidad de contenidos de la identidad que se desprende 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 corresponde al de convención constitucional propio del ordenamiento italiano, pues la *convention* inglesa engloba hipótesis que en Italia se clasificarían como costumbres constitucionales. 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 la simple calificación formal de un instituto 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.

Citemos nuevamente como ejemplo el *ombudsman* (procurador o comisario parlamentario), 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 el *ombudsman*, como Italia (donde sólo se ha instituido a nivel regional y local: 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.

Esta última observación nos lleva a subrayar la importancia que, a menudo, asume el enfoque funcional 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 institutos con análogas calificaciones formales cuanto verificar si existen en otros ordenamientos (por ejemplo, en el italiano) mecanismos organizativos, estructurados y cualificados 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. EL MODELO DE REFERENCIA EN EL JUICIO COMPARATIVO (*TERTIUM COMPARATIONIS*)

Como ya se indicó, la comparación comporta una operación lógica de análisis de ordenamientos y de institutos, de consideraciones de los resultados recogidos, de confrontación entre los mismos y por ende de sín-

tesis conclusiva a partir de la cual emergen apreciaciones críticas que comportan en sentido propio el juicio comparativo.

Así, si se compara la regulación de la investigación parlamentaria en Italia con la de otros ordenamientos con gobierno parlamentario, se debería establecer ante todo qué se ha de entender por investigación parlamentaria. Con seguridad existirá acuerdo sobre los siguientes elementos calificadores: distinción entre la investigación parlamentaria, la judicial y la administrativa; distinción de la investigación parlamentaria de las otras competencias de inspección parlamentarias; carácter derogatorio de la investigación respecto del principio típico de la forma de gobierno parlamentario, 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 investigación); atribución de la investigación 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 investigación para usarlo como referencia se debería examinar el instituto de la investigación 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 modelo 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 modelo (por ejemplo, atribución de competencias de investigación a comisiones permanentes en Alemania; institución de tribunales de investigación 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 modelo 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 investigación se deducirían exclusivamente del ordenamiento nacional que se compara con otros.

Más clara es la exigencia de establecer un modelo 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 modelo es más evidente: por ejemplo, extraído el modelo 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 modelo 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 (con los ejemplos citados, la función de inspección excepcional de los Parlamentos y la función de inspección 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. Así, pues, “los diferentes sistemas legales solamente 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 razo-

nablemente 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”. 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 precisamente en el derecho constitucional) la misma tendencia estructuralista aparezca bajo insignia 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”. 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.

En la práctica, la orientación funcional hace tiempo que ha logrado un amplísimo apoyo en el campo de la comparación, aun cuando se señale que el análisis científico sobre la cuestión sólo interesa de forma marginal a los estudios de derecho constitucional. 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.

## VI. CLASIFICACIÓN Y COMPARACIÓN

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, de instaurar orden entre los ordenamientos y los institutos que pertenecen a ordenamientos que solo 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”. La clasificación supone el agrupamiento de los objetos de análisis de manera que formen categorías sistemáticas, “contextos comunes”, 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.

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. 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, 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 la clasificación a los efectos de la comparación, tal como ya lo indicó fructíferamente Biscaretti di Ruffia.

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.

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, aunque existe acuerdo en considerar que los que se utilizan en el derecho público y constitucional son distintos de los usados en el derecho privado.

### *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 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:

- 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 diversa 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 Consti-

tuciones 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.

Profundizando en el fundamento de la distinción entre la forma democrática y la autocrática, 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 a 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 esenciales de cada ordenamiento y que consienten diferenciar los Estados liberales, socialistas y autoritarios—, es evidente que luego de un análisis realista de los ordenamientos estatales contemporáneos debería primar la forma de gobierno que respete el principio de la efectividad y que atribuya una atención particular 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.

Sin embargo, es preciso 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 de algunos

definidos como autoritarios. En cambio, con relación a otros ordenamientos, predominan definiciones meramente residuales o agrupaciones fundadas en criterios sociológicos (Estados en vías de desarrollo), politológicos (Estados con partido único, monopolíticos) o geográficos (el denominado Tercer Mundo).

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 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*

1) 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 las finalidades a las cuales confieren el uso del poder solamente han comenzado a definirse mejor tras el segundo conflicto mundial (véase segunda parte).

2) 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 (véase tercera parte).

3) Junto a las formas de Estado señaladas existen ejemplos de otros modelos organizativos 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” (*cfr.* quinta parte).

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, 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 casi todos 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 periodos, dar lugar a soluciones contradictorias.

4) 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 ordenamientos engloba casi la totalidad de los Estados africanos, asiáticos, de Oceanía y Centroamérica que han logrado la independencia generalmente tras el segundo conflicto mundial (*cf.* cuarta parte).

### 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. No se acoge la subdistinción entre Estados democráticos y pluralistas occidentales y Estados monopolíticos con partido único (definidos diversamente: totalitarios, autocráticos, monopartidistas, de poder “cerrado”, de poder concentrado) grata, sobre todo, a la literatura politológica. 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. 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 agrupa-

ciones de ordenamientos religiosos y consuetudinarios de países extra europeos, reconociendo la dificultad o imposibilidad de su clasificación.

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 dividen los ordenamientos en siete familias de derechos: francés, alemán, escandinavo, inglés, ruso, islámico e hindú. David, 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 no es muy diferente. Zweigert y Kötz distinguen ocho sistemas: romanista, germánico, nórdico, de *Common Law*, socialista, del Extremo Oriente, islámico e hindú. Malmstrom 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 soviéticas, de las democracias populares y china), a los que se han de agregar, a la espera de ulteriores profundizaciones, la categoría que comprende los derechos asiáticos y la que comprende los africanos. Ravà distingue los ordenamientos laicos caracterizados por su no dependencia de preceptos religiosos, éticos o 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 en el 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 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. CONCLUSIÓN: REFLEXIONES FINALES SOBRE EL MÉTODO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Según lo afirmado precedentemente, es necesario 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. 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 carácter estatal, pueden realizarse 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.

- c) 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. Convencionalmente se excluye de los estudios comparados la comparación histórica o se 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 permiten 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.
- 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 (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.

h) Esta referencia permite comprender que el método comparado ha de usar otros métodos 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 investigación o 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 y diferencias. Es del todo impropio, 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.

k) El análisis crítico de los elementos que pueden inferirse del estudio de los ordenamientos y de los institutos bajo examen y su comparación presuponen la determinación preventiva de un marco de referencia que opera como parámetro con base en el cual el investigador desarrolla su trabajo. Este parámetro (denominado *tertium comparationis*) no siempre se elabora expresamente, y puede ser por consiguiente implícito, y a veces se confunde con el esquema del instituto propio del ordenamiento de quien realiza la comparación (coincidiendo, por lo tanto, inconscientemente con uno de los términos del juicio comparativo). Además, como se ha recordado, éste puede ser identificado mediante simples referencias formales, cuando un concepto definitorio ha adquirido un uso difuso o generalizado (por ejemplo los institutos del Parlamento, del bicameralismo, del grupo parlamentario, de la ley) haciendo a menudo referencia al componente organizativo-estructural. Pero según una evaluación persuasiva, la forma más segura de proceder para superar las divergencias definitorias y las diversas soluciones organizativas consiste en la identificación de la *función* a la cual un determinado instituto responde (por ejemplo, la función de tutela de los derechos, independientemente de cómo ha sido calificada formalmente y de cuales sean las soluciones organizativas empleadas). En tal perspectiva, por ende, el marco de referencia para desarrollar el juicio comparativo entre institutos pertenecientes a ordenamientos diversos no puede prescindir de la identificación preventiva de la función de un instituto.

Una vez ilustradas las características de la comparación en el campo del derecho constitucional, se procede al examen de las diversas formas de Estado y de gobierno según la experiencia de varios ordenamientos. Se observará que en ocasiones serán considerados aspectos de derecho constitucional general, como también ordenamientos positivos específicos. En la medida de lo posible se intentará presentar un examen sistemático de los institutos que resultan de la comparación efectuada entre las soluciones brindadas por los diversos ordenamientos. Sólo de manera circunscrita se ofrecerá un análisis descriptivo de algunos ordenamientos positivos, considerados de modo separado, para poder exponer mejor los ejemplos emblemáticos de las diversas formas de Estado y de gobierno.