

## CAPÍTULO PRIMERO

### EL MÉTODO EN EL DERECHO COMPARADO. CUESTIONES METODOLÓGICAS Y PERFILES HISTÓRICOS

I. El problema de la definición: objeto y finalidad . . . . .	1
II. Los orígenes y la evolución del derecho comparado . . . . .	5
III. Contribuciones teóricas al análisis comparativo del derecho. . . . .	19
IV. El dilema método-ciencia. . . . .	31
V. Influencia de algunas perspectivas teóricas sobre el derecho constitucional comparado . . . . .	38

## CAPÍTULO PRIMERO

# EL MÉTODO EN EL DERECHO COMPARADO. CUESTIONES METODOLÓGICAS Y PERFILES HISTÓRICOS

### I. EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN: OBJETO Y FINALIDAD

Como a menudo se recuerda en la doctrina, un acercamiento analítico a una investigación jurídica presupone, en primer lugar, el análisis de la pregunta a la cual se quiere dar respuesta (o, en nuestro caso, del problema a que alude el título: o sea “¿qué es el derecho público comparado?”).<sup>1</sup>

¿En qué modo se puede, por lo tanto, definir el derecho comparado y, más precisamente, el derecho público comparado? Analicemos las palabras que componen la pregunta.

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, distintas obras de Guastini, R., entre ellas, “Teoria e dogmatica delle fonti”, *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por A. Cicu y F. Messineo, Milán, Giuffrè, 1998, *passim*.

Sintéticamente, “definir” significa formular, por medio de otros términos, las condiciones de aplicación de un término.<sup>2</sup>

En cuanto a la palabra “derecho”, ciertamente no es este el espacio para intentar una definición, siempre que ello sea posible.<sup>3</sup> Nos limitaremos por tanto a evidenciar —no aquí, sino más adelante—<sup>4</sup> las profundas diferencias entre objeto, método y finalidad de las indagaciones jurídicas respecto a aquellas que caracterizan otras ciencias.

“Objeto” (del derecho público comparado), en este contexto, significa el ámbito de investigación propio de la disciplina.

“Finalidad” significa los fines que una averiguación se fija previamente, ya sean los principales o los secundarios, o los subsidiarios.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Donde se reclama a Carnap, véase al menos, Scarpelli, U., “La definizione nel diritto”, *L’etica senza verità*, Bolonia, Il Mulino, 1982, p. 206 y Guastini, R., “Teoria e dogmatica delle fonti”, *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., nota 1, pp. 4 y ss.

<sup>3</sup> Sobre las dificultades o la inanidad de cada tentativa en ese sentido, véanse las palabras de A. Trabucchi recordadas en la “Introducción” de la obra coordinada por Pegoraro, L. y Reposo, A., *Lecture introduttive al diritto pubblico italiano e comparato*, Padua, Cedam, 1995, p. VII.

<sup>4</sup> Cfr. apartado IX del capítulo segundo.

<sup>5</sup> Véase el apartado X del capítulo segundo.

Las páginas que siguen —esperamos— deberían contribuir a dar una respuesta a la pregunta definida en forma por demás sintética, a través de un análisis teórico, que es propiamente la finalidad que perseguimos con este libro.

Por otro lado, se hace indispensable aclarar desde ahora que, desde la perspectiva de una meta-investigación (una investigación de segundo nivel, o bien guiada sobre la vertiente de las definiciones doctrinales), con los vocablos “derecho público comparado” se entienden diversas “cosas”, según se mire a la producción jurídica interna (italiana), o también a aquella llevada en otros países.

En el segundo caso, el significado parece estar más extendido: muchos autores están convencidos de realizar comparación sólo con estudiar, uno por uno, un conjunto de ordenamientos; no se escapa de este falaz convencimiento por la sola circunstancia que algunos estudiosos encuadran la investigación sobre el derecho francés, español, portugués, etcétera, pero dentro de una cornisa más amplia, o bien, porque recogen en un volumen único contribuciones científicas relativas a *más* ordenamientos.<sup>6</sup> Esto, sin duda, se articula a la imprescindible exigencia de estudiar el derecho constitucional o el administrativo dentro del cauce de márgenes más

<sup>6</sup> Véase apartado IX del capítulo segundo.

extendidos, pero sin que todavía consienta definir “de derecho público comparado” a manuales, monografías, ensayos o artículos que se limitan a anteponer al estudio de institutos iuspublicísticos internos una breve introducción comparativa, o que simplemente no elaboran conexiones adecuadas entre el conjunto de ordenamientos descritos.<sup>7</sup>

Hacen testimonio, incluso a nivel de didáctica universitaria, los volúmenes que, por ejemplo en España y en América Latina, al ilustrar los contenidos de los cursos, testimonian que el interés de los docentes de varios países por los ordenamientos extranjeros se da, dentro del ámbito de la enseñanza, rigurosamente denominado “derecho constitucional”.<sup>8</sup>

Intención de los párrafos que siguen, y del libro en su conjunto, es introducir al derecho público comparado, tal y como ha sido definido por la lite-

<sup>7</sup> Sobre el estudio del derecho extranjero y la relación entre el derecho público comparado y el derecho constitucional interno, véase apartado IX del capítulo segundo.

<sup>8</sup> Cfr. por ejemplo, las obras de Tajadura Tejada, J., *El derecho constitucional y su enseñanza*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2001 y de Blanco de Morais, C., “Direito constitucional II. Relatório”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, suplemento, 2001. Útil a este propósito es Sánchez Ferriz, R. y García Pechuán, M. (coords.), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Valencia, Ene, 2001.

ratura jurídica italiana y de otros países, poniendo de relieve las diferencias con otros tipos de estudios.

## II. LOS ORÍGENES Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMPARADO

“La ciencia del derecho comparado es un producto de las ciencias jurídicas modernas”. De este modo introducía Kohler,<sup>9</sup> en el Congreso de París de 1900,<sup>10</sup> la cuestión relativa a la génesis del derecho comparado.

Estudiosos de la estatura de Pollock, Cornil y Gutteridge concuerdan sobre el carácter esencialmente moderno de la comparación jurídica, si se le entiende como procedimiento racional de compara-

<sup>9</sup> Kohler, J., “Über die Methode der Rechtsvergleichung”, *Zeitschrift für internationales Privat und Öffentliches Recht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1901, pp. 273 y ss.

<sup>10</sup> El Congreso Internacional de París, promovido principalmente por Saleilles, marcó una fecha esencial en la historia del derecho comparado, en cuanto consintió una especie de toma de conciencia de la importancia de la disciplina en el cuadro de las ciencias jurídicas y encaminó la discusión a nivel internacional en torno a algunas cuestiones fundamentales.

ción sistemática y de clasificación de los fenómenos jurídicos.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> No podemos, en esta sede, detenernos en una reconstrucción histórico-evolutiva del método del (y en el) derecho público, que ahonde las raíces de la investigación hasta el tiempo en que la ciencia constitucionalista (primeramente, respecto a otras materias iuspublicistas) se ha comenzado a liberar del peso de otras disciplinas como la política y la filosofía, que la absorbían o, como quiera que sea, la condicionaban. *Cfr.* a este propósito, además del clásico Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Gotinga-Heidelberg, Springer-Verlag, 1960, traducción italiana, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1966; Ruggeri, A., “Dottrine della costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)”, en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padua, Cedam, 1997, p. 43; Galizia, M., *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1954, p. 60; igualmente, Mortati, C., “Diritto costituzionale: a) nozione e caratteri”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1964, XII, pp. 948 y ss. Dentro de la doctrina en lengua española, *cfr.* Gordillo, A., *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988. Se recuerda además que en la adquisición de la autonomía científica (y de un método jurídico) también el derecho constitucional, a la par de otras ramas del derecho, se ha desarrollado más allá de aquello que Carl Schmitt consideraba las tres directrices del pensamiento jurídico: normativista, institucionalista y decisionista. La cita de Schmitt, C., *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, de 1934, se encuentra en Baldassarre, A., “Il problema del metodo nel diritto costituzionale”, en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Il metodo nella scienza*, citado en esta misma nota, p. 90.

Sin embargo, es innegable que desde la antigüedad es posible vislumbrar indicios de comparación jurídica dentro del interés hacia el derecho extranjero y en la curiosidad científica que induce a ver más allá del derecho propio.

Aristóteles, en su tratado sobre la *Política*, desarrolla reflexiones propias sobre la base del estudio comparado de 153 Constituciones de ciudades griegas o bárbaras.<sup>12</sup> Así, según una interpretación de la doctrina, el mismo *ius gentium* sería el producto de un proceso comparativo con los derechos extranjeros. En el medioevo el derecho romano se confronta con las costumbres locales de los pueblos planteando, en alguna medida, un problema de

<sup>12</sup> Se refieren a tal circunstancia David, R. y Jauffret-Spinozi, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10a. ed., París, Dalloz, 1992, traducción italiana *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Sacco, R. (coord.), 4a. ed., Padua, Cedam, 1994. *La Política* de Aristóteles, después de los dos libros sobre el Estado ideal, escritos en primer lugar (correspondientes al VII y al VIII del reparto tradicional) presenta, en los libros IV-VI, un examen atento de las formas constitucionales emergentes en la historia constitucional de las ciudades griegas. Dentro del mismo perfil de indagación, Aristóteles y su escuela recogieron igualmente materiales análogos de pueblos no griegos, las denominadas “costumbres bárbaras”, de las cuales quedan pocos fragmentos. *Cfr.* Lozza, G., “Introduzione a Aristotele”, *La Costituzione degli ateniesi*, Milán, Mondadori, 1991, p. 6.



comparación. En aquella época, además, diversos juristas en Francia, Alemania y España se dedican a la comparación sistemática de los derechos consuetudinarios que se aplican en sus países.

Se trata, sin embargo, de formas embrionarias de comparación bastante lejanas de la configuración de un método científico en sentido propio. El mismo derecho romano, como también el derecho canónico, que constituyen en aquella época los habituales términos de la comparación, en realidad son advertidos por la cultura jurídica de ese tiempo como elementos del derecho interno, más que como derechos extranjeros, pero, con ello, faltan algunas de las condiciones de base de la comparación: la existencia de ordenamientos jurídicos netamente distintos, la conciencia de estas diferencias y la voluntad de confrontarlas por medio de la comparación.

Por tanto, en la antigüedad griega y romana, y en el medioevo, la comparación jurídica tiene una dimensión sustancialmente interna y empírica. Sin embargo, en una fase precedente al siglo XIX, algunos grandes juristas, con sus estudios y la elaboración de conceptos jurídicos nuevos, contribuyen en algún modo al nacimiento del derecho comparado, aunque faltos de conocimientos histó-

ricos exactos, pudiendo con ello considerarse como auténticos precursores.<sup>13</sup>

Entre ellos es necesario recordar a sir John Fortescue,<sup>14</sup> que en su obra más conocida, *De laudibus legum Angliae*, se dedica a comparar, con el derecho continental francés, las instituciones políticas y judiciales más relevantes de Inglaterra. Careciendo de un método y de una visión objetiva, este escrito representa un primer cotejo entre ordenamientos y leyes, seguido en los siglos sucesivos por otros juristas ingleses: William Fulbeck,<sup>15</sup> Francis Ba-

<sup>13</sup> Para una exhaustiva panorámica de la figura de los “precursores” en el estudio del derecho comparado, véase, Constantinesco, L. J., *Einführung in die Rechtsvergleichung, Band I, Rechtsvergleichung*, Colonia, Carl Heymanns-Verlag, 1971, traducción italiana, *Introduzione al diritto comparato*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 49 y ss.

<sup>14</sup> Véanse, a tal propósito, Jacob, E. F., *Sir John Fortescue and the Law of Nature*, Manchester, Manchester University Press, 1934; Heymann, E., “Fortescues *Laudibus Legum Angliae*”, *Festschrift Ulrich Stutz zum siebzigsten Geburtstag dargebracht von Schülern, Freunden und Verehrern*, Weimar, Böhlau, 1938, pp. 58 y ss.; Chrimes, S. B., *Sir John Fortescue. De laudibus legum anglie*, editado y traducido por S. B. Chrimes, Cambridge, Cambridge University Press, 1942.

<sup>15</sup> Fuelbeck, W., *A Parallel or Conference of the Civil Law, the Canon Law and the Common Law of this Realme of England*, Londres, Company of Stationers, 1602-1618. En esta obra el autor compara, en forma de diálogo, el *common law* con el derecho romano y con el derecho canónico. *Cfr.* Hold-

con,<sup>16</sup> John Selden,<sup>17</sup> hasta Lord Mansfield. Estos autores ponen en evidencia, por primera vez, las finalidades de la política legislativa vinculadas al estudio del derecho comparado, dirigiéndose al derecho extranjero con la intención manifiesta de indagar todo lo que pueda ser útil para modernizar el *common law*.<sup>18</sup>

sworth, W. S., *A History of English Law*, 7a. ed., Londres, Methuen and Co.-L.t.d., 1956, I, pp. 266 y ss.

<sup>16</sup> Sir Francis Bacon (1561-1626) propone en sus textos la formación de un sistema de justicia universal que, partiendo de la comparación entre los derechos vigentes, consienta su progreso y su mejoramiento. F. Bacon desarrolla esta idea en *De dignitate et augmentis scientiarum*, Cambridge, 1623.

<sup>17</sup> John Selden (1584-1654), subraya la centralidad de la comparación dentro del estudio del derecho y resalta su visión histórica, observando la evolución de los derechos extranjeros; en particular, se dedica al estudio de la influencia del derecho romano sobre el ordenamiento inglés. Las obras principales de J. Selden son: *Table Talk* y *Dissertatio ad Fletam*. Véase, a propósito, Hug, A., “The history of comparative law”, *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachussets, núm. 5, 1931/1932, pp. 1027 y ss.

<sup>18</sup> Sobre la aportación de Lord Mansfield, considerado el más grande estudioso del derecho en Inglaterra (en este sentido Gutteridge, H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge, University Press, 1946, p. 34, traducción francesa, *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, París, LGDJ, 1953), acú-

El interés por el derecho extranjero se manifiesta también en los Estados Unidos, donde las pretensiones de las colonias por la independencia ubica en un primer plano la cuestión del modelo jurídico sobre el cual inspirar al sistema jurídico naciente.

Se sabe que Thomas Jefferson, padre de la Declaración de Independencia de Filadelfia de 1776, auspiciaba la incorporación del modelo jurídico francés. Sin embargo, las dificultades de la lengua y la ignorancia del sistema codicístico favorecieron la elección del modelo inglés, condicionado a que —como el francés— tuviera como fundamento los derechos naturales del hombre.<sup>19</sup>

Entre los franceses, luego, resalta la obra de Montesquieu, que contribuye en modo determinante a la evolución de los estudios de derecho compa-

dase a la contribución de Fifoot, C. H. S., *Lord Mansfield*, Oxford, Clerendon Press, 1936.

<sup>19</sup> *Cfr.* Hazard, J. N. y Sladitz, A., “Le développement du droit comparé aux États-Unis d’Amérique”, *Livre du centenaire de la Société de Législation comparée - Évolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*, París, LGDJ, 1971, pp. 338 y ss., Pound, R., “Comparative Law in the Formation of American Law”, *American Law Review*, Boston, núm. 1, 1928, pp. 183 y ss.

rado, desde el ámbito interno del ordenamiento francés al ámbito externo.<sup>20</sup>

Sobre todo en el *Esprit des lois*, pero ya desde las *Lettres persanes* demuestra una particular aptitud hacia la comparación de las leyes y las costumbres de los pueblos. No se limita a resaltar las diferencias entre los derechos sino que intenta sacar a la luz las causas de tales diferencias, buscándolas dentro de las diversas estructuras sociales, en la política, en la costumbre, en la religión. Montesquieu intuye que el conjunto de estos factores es lo único que puede explicar las particularidades de las leyes y las reglas de cada país, cuyo conocimiento sería del todo insuficiente si se limitase al cotejo de los textos legales.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Hasta entonces, de hecho, los estudios comparativos conducidos por estudiosos como Demoulin y Pothier, se movían al interior del derecho francés con la finalidad de reconstruir los grandes principios del “derecho común” francés.

<sup>21</sup> Sobre la aportación de Carlos de Secondat, barón de Montesquieu (1689-1755) véanse los trabajos del Congreso *II centenaire de l'esprit des lois de Montesquieu*, Burdeos, Delmas, 1949. En particular las intervenciones de Masson, “Naissance et fortune de «l'esprit des lois»”, pp. 20 y ss.; Davy, “Montesquieu et la science politique”, pp. 128 y ss.; Duverger, M., “Montesquieu et notre temps”, pp. 232 y ss. Acúdase, además, a Pollock, F., *Introduction à l'étude de la science politique*, París, Thorin, 1893; recientemente, Launay, R., *Montesquieu, “The Spectre of Despotism and the Origins of Comparative Law”*,

Entre los precursores, por tanto, Montesquieu destaca por su contribución metodológica. Igualmente deben enumerarse estudiosos del calibre de Hugo Grotius (1583-1645), cuya cultura enciclopédica le permitía contrastar los diversos derechos de los pueblos en sus distintas fases históricas; Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), partiendo de una visión universal de la historia, veía en la historia de los derechos de los pueblos la base principal del estudio del derecho comparado, refutando considerar al derecho romano como única fuente; Giovanni Battista Vico (1668-1744) perseguía la unidad entre el derecho natural y los principios jurídicos positivos, idea que sólo era posible sacar a la luz mediante la comparación jurídica.

Se trata, de cualquier modo, de los precursores de una disciplina que deberá esperar al siglo XIX para asumir las cualidades de un método científico o de una rama especial de la ciencia jurídica. Es sólo entonces cuando se determina el conjunto de condiciones necesarias para la génesis del derecho comparado.<sup>22</sup>

en Riles, A. (coord.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford-Portland-Hart Publ., 2001, pp. 22 y ss.

<sup>22</sup> Pollock, F., “The History of the Jurisprudence”, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Oxford, 1903-1904, pp. 74 y ss.; Messineo, F., “L’indagine comparativa negli studi

Las profundas mutaciones en la concepción del derecho otorgan una renovada atención a los derechos extranjeros, a menudo para buscar en otros lugares innovaciones y soluciones jurídicas que puedan ser importadas mediante profundas reformas. Del mismo modo, concurren en este proceso evolutivo las ideas dirigidas hacia un derecho universal y las sugerencias derivadas de otras ciencias donde, con el método de la comparación, se consiguen resultados de gran éxito (piénsese en la anatomía y en la lingüística comparada).

En la primera mitad del siglo XIX la investigación en el campo del derecho extranjero se difunde sobre la comunidad de juristas europeos. Parecen animados por un deseo de conocimiento encaminado a la investigación de principios comunes, esto es, de una especie de derecho común europeo. Empero, junto a los perfiles de naturaleza teórica, se concede también espacio a la exigencia de valerse del estudio del derecho extranjero en función de una política legislativa interna, deseosa de cimentarse sobre el plano de las reformas.

Destaca, en esta fase, la escuela de Heidelberg, donde se forman y participan estudiosos como Thibaut, Zachariae, Gans y Mittermaier, quienes

giuridici”, *Annuario dell’Università Cattolica del Sacro Cuore*, Milán, Vita e pensiero, 1930, pp. 31 y ss.

—bajo la influencia de Kant, Hegel y Feuerbach— expresan la alternativa a la rígida, y tal vez limitada, perspectiva de la escuela histórica. De hecho, según la orientación de los exponentes de tal escuela (de Savigny a Eichhorn y Puchta), el estudio del derecho debía seguir las líneas trazadas por el derecho romano y germano, ignorando otros derechos y modelos jurídicos extranjeros.<sup>23</sup>

La fuerza expansiva de los estudios desarrollados en Alemania consigue penetrar también en la cultura jurídica francesa, a pesar del obstáculo interpuesto al estudio del derecho extranjero por parte de los militantes de la escuela de la exégesis, absortos por el culto al texto e ilusoriamente persuadidos por la complitud del *code civil* y de su ausencia de lagunas. A contracorriente se mueven estudiosos como Victor Fouché y Anthoine de Saint-Joseph.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Para una visión general de la problemática, *cfr.* Koschaker, P., “L’histoire du droit et le droit comparé surtout en Allemagne”, en varios autores, *Introduction à l’étude du droit comparé: Recueil d’études en l’honneur d’Edouard Lambert*, París, LGDJ, 1938, I, pp. 274 y ss.

<sup>24</sup> Un acercamiento a la contribución de estos estudiosos se encuentra en, Darras, A., “Des modes d’information relatifs à la connaissance et à l’application des lois étrangères”, *Procès-Verbaux des séances et Documents*, París, LGDJ, 1905-1907, II, pp. 463 y ss. En esta publicación se recogen los trabajos del Congreso Internacional de Derecho Comparado



En Gran Bretaña el estudio del derecho extranjero en esta fase responde a exigencias estrechamente pragmáticas, vinculadas a la expansión del imperio colonial británico. Se impone, por tanto, la necesidad de acceder a las fuentes del derecho extranjero, editándose a tal efecto algunas compilaciones.<sup>25</sup>

En los Estados Unidos, por otro lado, los primeros acercamientos al estudio del derecho extranjero se alimentan de los pocos que se oponen al derecho inglés y que aspiran a liberarse de la influencia cultural y del perfil del sistema jurídico vigentes en Gran Bretaña. Esto se deduce en particular de la obra de Kent (*Commentaries on American Law*, de 1828), quien investiga aquellos principios del derecho natural que pueden señalarse como alternativos al derecho inglés, mediante el estudio del derecho comparado.

que se desarrolló en París del 31 de julio al 4 de agosto de 1900.

<sup>25</sup> En 1839 W. Burge publica sus *Commentaries on Colonial and Foreign Laws*, Londres, Saunders & Benning. De la obra se coordinó una nueva edición, en cinco volúmenes, dentro del periodo 1907-1928, editada por A. Renton y G. G. Phillimore, Londres, Sweet & Maxwell-Stevens & Sons.

Para algunas observaciones sobre el contenido de la obra de Burge, *cfr.* Hug, A., *op. cit.*, nota 17, p. 1064, nota 160.

Después de una fase de estancamiento, los estudios comparativos retoman vigor en la segunda mitad del siglo XIX por efecto del fenómeno de la circulación de los modelos codicistas, especialmente del modelo francés, en los países de Europa oriental y de América central y del sur.

En este periodo los estudios se dirigen principalmente a la “legislación comparada”, es decir, al conocimiento de las leyes y de los códigos extranjeros, bajo el convencimiento —típico de la época de las grandes codificaciones— que la totalidad del derecho esté contenido en los textos legislativos. Prevalece, por tanto, una comparación que no logra ir más allá de la yuxtaposición de textos y no distingue el estudio del derecho extranjero del estudio del derecho comparado. Dentro de estos límites afloran las relevantes contribuciones de estudiosos como Lorenz von Stein,<sup>26</sup> Ernest Glasson,<sup>27</sup> Ernest Lehr,<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Stein, L. von, *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England, und Deutschland*, Stuttgart, F. Enke, 1870.

<sup>27</sup> Glasson, E., *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*, París, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1880.

<sup>28</sup> Lehr, E., *Éléments de droit civil anglais*, París, Larose & Forcel, 1885; *id.*, *Éléments de droit civil espagnol*, París, Larose & Forcel, 1880-1890; *id.*, *Éléments de droit russ*, París, Plon, 1877-1890; *id.*, *Éléments de droit civil scandinave*, París, Laro-

Levin Goldschmidt,<sup>29</sup> y en particular Josef Kohler,<sup>30</sup> conocido por sus indagaciones sobre derecho privado comparado y sobre derecho comparado de la economía, así como Raymond Saleilles,<sup>31</sup> quien, además de la traducción del BGB, dedica numerosos estudios monográficos al derecho extranjero.

Es preciso llegar al final del siglo XIX para vislumbrar las primeras investigaciones en que se toma conciencia de la imperfecta simetría entre texto de la ley y derecho, y se observa la necesidad

se & Forcel, 1901; *id*, *Études sur le droit civil des Etats-Unis de l'Amérique du Nord*, París, Sirey, 1906.

<sup>29</sup> Goldschmidt, L., *Handbuch des Handelsrechts. Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stüttgart, F. Enke, 1891.

<sup>30</sup> De J. Kohler, es oportuno recordar: *Der unlautere Wettbewerb: Darstellung des Wettbewerbsrechts*, Berlín, Rothschild, 1914; *id*, *Das Recht des Markenschutzes*, Würzburg, Stahel, 1884; *id*, *Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Mannheim, Bensheimer, 1900; *id*, *Warenzeichenrecht*, Mannheim, Bensheimer, 1910; *id*, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stüttgart, F. Enke, 1891; *id*, *Internationales Strafrecht*, Stüttgart, F. Enke, 1917.

<sup>31</sup> Véanse, entre las obras de Saleilles, R., *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, París, Pichon, 1890; *De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, París, Pichon, 1901; *Mélanges de droit comparé. I. Introduction à l'étude du droit civil allemand*, París, Pichon, 1904; *II. De la possession des meubles*, París, Pichon, 1907.

de indagar el derecho extranjero más allá del texto expreso, considerando, incluso, la interpretación de la doctrina y la aplicación jurisprudencial.

Con el inicio del siglo XX, marcado de forma indeleble por el ya citado Convenio Internacional de Derecho Comparado de París de 1900, los estudiosos de la comparación jurídica centran el dilema en la naturaleza y la identidad de su disciplina: se preguntan si se trata de un método o de una ciencia autónoma,<sup>32</sup> y se advierte la necesidad de individualizar el objeto, las condiciones y el modo de conducción de los estudios de derecho comparado.

Sobre la base de estas reflexiones se desarrollan algunas contribuciones teóricas interesantes.

### III. CONTRIBUCIONES TEÓRICAS AL ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DERECHO

En el curso del siglo XX, la doctrina comparatista toma conciencia de la relevancia del derecho comparado dentro del panorama de las ciencias jurídicas y da lugar a una reflexión y a una discusión a escala internacional.

El centro de referencia para los estudiosos del derecho comparado desde tiempo atrás no es Inglaterra ni Alemania, donde el análisis comparativo

<sup>32</sup> *Cfr.* apartado IV de este capítulo.

del derecho ha quedado circunscrito a un restringido círculo de estudiosos, sin lograr consolidarse como materia de estudio en la universidad. Bastante más vivaces resultan los estudios comparativos en Francia, donde se observa este perfil de indagaciones jurídicas con destacados propósitos prácticos. Esto es, se observan las utilidades que, en términos de política legislativa y de reforma del ordenamiento jurídico, pueden extraerse del estudio de ordenamientos extranjeros con tal que se conduzcan con sistematicidad y rigor metodológico.

Es en este contexto que madura la idea del Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en 1900 en París. Su promotor es Raymond Saleilles, titular desde 1892 de la cátedra de derecho civil comparado en la facultad de derecho parisiense.

Las finalidades del Congreso fueron principalmente dos: en primer lugar, con base en las ponencias centradas en el derecho nacional, promover el cotejo de problemas comunes entre estudiosos de los diversos ordenamientos jurídicos,<sup>33</sup> y, en segundo lugar, afrontar y aclarar cuestiones sobre la

<sup>33</sup> Las ponencias nacionales y la discusión sobre las temáticas jurídicas promovidas por los organizadores están publicadas en el segundo volumen de *Procès-verbaux des séances et documents*, cit., nota 24.

definición, el método y el papel que, dentro del panorama de las ciencias jurídicas, debe ser asignado al derecho comparado.<sup>34</sup>

Debe destacarse que uno de los temas de mayor interés entre los estudiosos de la época es aquel de la *definición* del derecho comparado, con la finalidad de asignar a tal disciplina el rango de ciencia en sentido propio o de método.<sup>35</sup> A bien ver, el cotejo y la reflexión sobre este tema no parecen fecundos de ideas y teorías para justificar el énfasis que la doctrina les ha asignado. Más bien, el aspecto interesante es que el debate sobre el dilema método-ciencia se anuda y revela otros aspectos de mayor importancia y más inmediata utilidad en torno al *papel* y a las *funciones* del derecho comparado.

En esta perspectiva, destaca la concepción práctica del derecho comparado, esto es, aquella concepción que pone de relieve su utilidad en el escenario de las disciplinas jurídicas y en la arena de la jurisprudencia. Esta orientación abarca en Francia

<sup>34</sup> Para una reconstrucción del debate sobre este segundo apartado de consideraciones, *cf.* Constantinesco, L. J., *Introduzione al diritto comparato*, *cit.*, nota 13, pp. 140 y ss.

<sup>35</sup> Para algunas cuestiones esenciales, *infra*, apartado IV de este capítulo. Empero, para una panorámica sobre las posiciones de la doctrina en orden a este “dilema”, véase, Constantinesco, L. J., *Introduzione al diritto comparato*, *cit.*, nota 13, pp. 177 y ss.

dos líneas de pensamiento: de un lado, aquellos que, como Lambert, ven en el derecho comparado un instrumento principalmente de educación jurídica. La comparación se entiende, por tanto, como instrumento para profundizar en el estudio del derecho francés.<sup>36</sup> De otro, una orientación —encabezada principalmente por Saleilles y ya señalada en el pasado por Feuerbach<sup>37</sup> y Mittermaier—<sup>38</sup> que entiende el derecho comparado no como un instrumento de especulación científica centrado en las observaciones de naturaleza histórica, sociológica, etnológica de los fenómenos jurídicos, sino más

<sup>36</sup> Lambert, E., *La fonction du droit civil comparé*, París, Giard & Brière, 1903; *id.*, “L’enseignement du droit comparé. Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine”, *Annales de l’Université de Lyon*, Lyon-París, Rey-Rousseau, 1919; *id.*, *L’institut de droit comparé: son programme, ses méthodes d’enseignement-Leçon faite à la séance d’inauguration*, Lyon, Rey, 1921.

<sup>37</sup> *Cfr.* Feuerbach, P. J. A. von, “Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft”, *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nürnberg, 1833, pp. 152 y ss. Sobre la actitud hacia la comparación jurídica de von Feuerbach, véase la aportación de Radbruch, G., *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben erzählt von Gustav Radbruch*, Viena, Springer, 1934.

<sup>38</sup> De K. J. A. Mittermaier, acúdase a su obra principal: *Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Europa und Amerika, über ihre Vorzüge, Mängel und Abhilfe*, 3 Hefte, Enke, Erlangen, 1864-1865.

bien como un sofisticado instrumento de *política legislativa* que mediante el análisis de los modelos extranjeros permita orientar mejor la evolución del derecho nacional y de la *política jurisprudencial*.

Detrás de esta última indicación se encuentra la idea, difundida entre eminentes juristas franceses de la época, de conferir a la jurisprudencia francesa el valor de fuente del derecho positivo. Naturalmente, sobre tal propósito, se podían observar diversos matices en la doctrina.<sup>39</sup> Entre ellas, la posición de Saleilles se evidencia por haber señalado al derecho extranjero, probablemente por primera vez, como instrumento útil para la interpretación del derecho nacional.

Saleilles, movido por la idea de que la interpretación lógica encuentra un límite en las lagunas de la ley y que carece de capacidad para colmarlas,

<sup>39</sup> Lambert considera a la jurisprudencia un instrumento del derecho consuetudinario moderno (Lambert, E., *Du contrat en faveur des tiers*, París, Giard & Brière, 1893, pp. VII-X); Bardin sostiene que el juez no es sólo un interprete sino que participa en la creación de normas jurídicas (Bardin, E., *Étude sur le régime dotal*, Travaux et mémoires des facultés de Lille, París, 1892, pp. IV y V); Planiol, por su parte, afirma que el derecho civil no puede ser representado sin tener en cuenta la jurisprudencia, en la medida que constituye una especie de derecho consuetudinario de reciente formación, dotado de una autoridad de tipo aplicativo (Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, París, Libr. Cotillon, 1911).



considera necesario enuclear un parámetro de referencia objetivo para la actividad hermenéutica de los jueces a fin de evitar el riesgo de la subjetividad de su arbitrio. Según la opinión de este autor, el derecho extranjero y la comparación entre ordenamientos están en grado de conferir al procedimiento interpretativo un término de referencia objetivo.<sup>40</sup> En otras palabras, el derecho comparado actúa principalmente gracias a la mediación de la doctrina y de la jurisprudencia, las cuales pueden ofrecer indicaciones claras y reglas precisas a las técnicas de elaboración, de interpretación, de aplicación y de adaptación de la norma de derecho interno.

Sobre el mismo orden de ideas, es decir, sobre las finalidades del derecho comparado, se mueve Zitelmann, según el cual “existen tres campos de actividad jurídica: el de la aplicación del derecho, que es la práctica (*praxis*); el de la investigación, que es la ciencia (*Wissenschaft*); el de la creación, que es la legislación (*Gesetzgebung*). En estas tres direccio-

<sup>40</sup> Principalmente, de Saleilles, R., “École historique et droit naturel d’après quelques ouvrages récents”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, núm. 2, 1902, pp. 80 y ss.

nes, la comparación desempeña un papel importante”.<sup>41</sup>

En particular, observa Lambert, el derecho comparado juega un papel determinante en la elaboración del *derecho común consuetudinario* en Francia, del *gemeines Recht* en Alemania y del derecho civil suizo. Ello consiente el acercamiento entre derechos pertenecientes a la misma familia jurídica y promueve la elaboración del “*derecho común legislativo*”; el autor sostiene, de hecho, que “la codificación de los derechos nacionales debe ser el punto de partida para la constitución de un derecho común legislativo, como la redacción de nuestras costumbres fue el punto de partida para la formación de un derecho común consuetudinario”.<sup>42</sup>

En Inglaterra, al menos hasta la mitad del siglo XX, prevalece la orientación que asigna al derecho comparado un papel empírico y marginal dentro del panorama de las ciencias jurídicas. Esto es comprensible, por otro lado, si se tiene en cuenta que la estructura ontológica de un sistema de *common law* se presta mal a una comparación en el

<sup>41</sup> Zitelmann, E., “Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung”, *Deutsche Juristenzeitung*, 1900, pp. 329 y ss.

<sup>42</sup> Lambert, E., “Rapport général”, *Procès-verbaux et documents*, *cit.*, nota 24, I, p. 42.

sentido y con la finalidad que ella asume, en cambio, dentro del sistema de *civil law*.

Sin embargo, es oportuno recordar entre los estudiosos ingleses de la época —influenciados, por otro lado, por la obra de Henry Maine—<sup>43</sup> los puntos de vista de Holland, Bryce y Salmond.

Holland sostiene que el derecho comparado recoge y cataloga las instituciones jurídicas de los diversos países; pero concierne a la jurisprudencia dar orden y sistematicidad a las ideas y a las instituciones que se desarrollan de forma heterogénea en los sistemas contemporáneos.<sup>44</sup> Bryce, conocido en la doctrina constitucional por su *Flexible and Rigid Constitutions*,<sup>45</sup> subraya a su vez que la com-

<sup>43</sup> Maine reservó al derecho comparado un papel un tanto modesto. Su tarea principal, según el autor, era facilitar la legislación y perfeccionar el derecho consolidado; además, en una perspectiva histórica, evidenciar las características de las instituciones primitivas. *Cfr.* Maine, H., *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, Londres, John Murray, 1878; *id.*, *Village-Communities in the East and West*, Londres, John Murray, 1871; *id.*, *Dissertations on early Law and Custom*, Londres, John Murray, 1883.

<sup>44</sup> Holland, T. E., *The Elements of Jurisprudence*, 13a. ed., Oxford-Londres, Clarendon Press-Humphrey Milford, 1924, p. 8.

<sup>45</sup> Bryce, J., “Flexible and Rigid Constitutions”, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901, I,

paración tiene el objetivo de hacer emerger las diferencias técnicas existentes entre las diversas disciplinas nacionales del mismo problema jurídico.<sup>46</sup> Salmond, en cambio, revela la utilidad del derecho comparado, en términos de método idóneo, para poner en primer plano las diferencias y similitudes entre institutos jurídicos.<sup>47</sup>

La idea de que la comparación tenga, primeramente, un valor metodológico se encuentra extremadamente difundida, tal y como denotan las opiniones citadas. Y, en tal sentido, se orientan también destacados estudiosos que hacen del análisis comparativo del derecho el centro de sus esfuerzos científicos.

Piénsese en Rabel<sup>48</sup> y en Kaden,<sup>49</sup> quienes en el periodo de entreguerras utilizan el método comparativo para cotejar aquellos institutos jurídicos es-

pp. 145-252, traducción italiana, *Costituzioni flessibili e rigide*, Milán, Giuffrè, 1998.

<sup>46</sup> Bryce, J., *Studies in History and Jurisprudence*, cit., nota 45, II, p. 188.

<sup>47</sup> Salmond, J. W., *Jurisprudence or the Theory of the Law*, 10a. ed., Londres, by G. L. Williams, 1947, p. 8.

<sup>48</sup> Rabel, E., *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, Múnich, Hueber, 1925, p. 2.

<sup>49</sup> Kaden, J., “Rechtsvergleichung”, en Schlegelberger, F. (coord.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, Berlín, Verlag von Franz Vahlen, VI, 1929-1938, pp. 20 y ss.

tablecidos en ordenamientos diferentes destinados a afrontar cuestiones jurídicas similares.

Pero destacan aún más, en la segunda posguerra, las propuestas de Gutteridge, David y Zweigert, las cuales demuestran todavía hoy su relevancia.

Gutteridge, en particular, evidencia cómo las finalidades de la comparación son “en primer lugar, descubrir si las diferencias que pueden existir son de carácter fundamental o meramente accidentales; en segundo lugar, determinar las causas de estas diferencias y las relaciones con la estructura general de los sistemas de los que surgen; y finalmente, cuando se examinan las reglas del derecho privado, llegar a valorar sus respectivos méritos o deméritos, teniendo en cuenta las condiciones particulares dentro de las cuales están llamadas a funcionar”.<sup>50</sup>

David, en su conocido *Tratado*,<sup>51</sup> subraya el carácter necesario del método comparativo para el progreso de la ciencia jurídica. Así, como Zweigert, asigna al derecho comparado la finalidad de relacionar diversos sistemas jurídicos en su estilo y

<sup>50</sup> Gutteridge, H. C., “La valeur du droit comparé”, *Recueil Lambert*, I, pp. 294 y ss.; y del mismo autor, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, cit., nota 18, *passim*.

<sup>51</sup> David, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, París, Pichon & Durand-Auzias, 1950.

espíritu, o institutos y soluciones de problemas comparables.<sup>52</sup>

Más y bastante numerosas serían las definiciones del derecho comparado ofrecidas por la doctrina,<sup>53</sup> algunas de las cuales se expondrán en el capítulo segundo de esta obra.

Sin embargo, si observamos mejor, naturaleza, funciones y papel del derecho comparado son cuestiones estrechamente ligadas a las diversas concepciones del derecho y de los instrumentos de análisis del mismo. Los tentativos de darles una definición

<sup>52</sup> Zweigert, K., "Zur Methode der Rechtsvergleichung", *Studium generale*, 1960, p. 193.

<sup>53</sup> Para una revisión de las contribuciones del conjunto de autores, véanse: Gutteridge, H. C., *La valeur du droit comparé, passim*, quien se detiene en las aportaciones de Holland, Mayne, Bryce, Pollock, Salmond y Wigmore. Schnitzer, A. F., *Vergleichende Rechtslehre*, 2a. ed., Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1961, vol. 2; retoma las orientaciones de Lévy-Brühl, Martínez-Paz, Sugiyama, Zitelmann, Meili, Lambert, Arminjon, Rotondi y Rabel. También, Tripiccione, A., *La comparazione giuridica*, Padua, Cedam, 1961, y Arminjon, P., Nolde, B. y Wolff, M., *Traité de droit comparé*, París, Pichon & Durand-Auzias, 1950, vol. 3, quienes consideran las definiciones ofrecidas por Rotondi, Ascarelli, Puig Brutau y Castán Tobeñas. Más recientemente, debería hacerse referencia a las aportaciones de Constantinesco, J. L., *Introduzione al diritto comparato, cit.*, nota 13, *passim*, y de Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, 5a. ed., Turín, Utet, 1992.

están destinados a ser objeto de críticas o, cuando menos, a demostrarse insatisfactorias.

La idea que ha ido reafirmandose en el curso del siglo XX es aquella de la necesidad de un acercamiento comparativo al derecho a efecto de tener un conocimiento amplio y una comprensión profunda de la dimensión jurídica de los fenómenos de las sociedades contemporáneas. De otro modo, la ciencia del derecho se arriesgaría a ser confinada dentro de los angostos confines nacionales.

Se advierte claramente en las palabras de Tullio Ascarelli la apertura de perspectiva a que está llamado el jurista contemporáneo: “romper lo cerrado del sistema jurídico propio... significa alargar el horizonte propio y la propia experiencia y, por tanto, enriquecerse espiritualmente dándose cuenta de los propios límites en un espíritu de modestia que, a su vez, comporta tolerancia y libertad”.<sup>54</sup>

Conviene, en este punto, detenerse sobre la cuestión de la contextualización del derecho comparado entre las ciencias autónomas, entre los métodos de estudio o, tal vez, en ambas categorías.

<sup>54</sup> Ascarelli, T., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1952, p. 43.

#### IV. EL DILEMA MÉTODO-CIENCIA

Como hemos visto, desde la antigüedad, más o menos de forma conciente, los juristas y, en general, los doctos, han realizado comparación.<sup>55</sup> Eso no significa, empero, que desde siempre el derecho comparado exista como ciencia. En tiempos relativamente recientes existe todavía quien afirma que el derecho comparado no es una ciencia sino un método que se utiliza en el estudio de otras ramas del derecho o, en el mejor de los casos, que el derecho comparado es ciencia (sólo) porque se vale de un método propio.<sup>56</sup>

Conviene, en este punto, definir los términos de la cuestión. Con la palabra “ciencia” se entiende “un complejo orgánico y sistemático de conocimientos, determinados a partir de un riguroso principio de verificación de su validez”; mientras que “método” es un “modo de proceder, sistemático y funcional, en una actividad teórica o práctica, ten-

<sup>55</sup> Véase apartado II.

<sup>56</sup> Véase Rotondi, M., voz “Diritto comparato”, *Novissimo digesto italiano*, Turín, Utet, V, 1960, p. 822. Otros estudiosos han insistido en la escasa relevancia de la cuestión, o en escritos dedicados a la materia la han casi ignorado. Reduciendo la importancia del problema, Gorla, G., voz “Diritto comparato”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, XII, 1964, p. 933.



diente a garantizar la consecución del fin prefijado”.<sup>57</sup>

Por tanto, una ciencia puede definirse como tal sólo cuando el estudio de una determinada materia se aísla y se diferencia de otras, se propone finalidades cognoscitivas autónomas y organiza un método propio (o métodos propios) para alcanzarlas. Una ciencia puede valerse de muchos métodos, pero seguir un método en particular no hace de ese estudio una ciencia.<sup>58</sup>

Las consecuencias de considerar al derecho comparado una ciencia en lugar de un método son

<sup>57</sup> Véanse, por ejemplo, las definiciones de Gabrielli, G., *Grande dizionario illustrato della lingua italiana*, Milán, Mondadori, 1989, II, pp. 3335 y 2182

<sup>58</sup> El conocimiento del universo, por ejemplo, se eleva a la categoría de ciencia con la especialización de su objeto de estudio y con la adopción de metodologías diversas o especializadas respecto de las que se emplean en otros campos del conocimiento (de manera similar, el psicoanálisis sólo se reconoció como ciencia después de la sistematización de la materia ofrecida por Sigmund Freud; y ni siquiera se hizo de forma inmediata); del mismo modo, el derecho comparado puede reivindicar la dignidad de ciencia sólo desde que la finalidad que persigue no es otra que la de sistematizar los materiales jurídicos de un ordenamiento particular, utilizando, para ese fin, el conocimiento de otros ordenamientos con la idea de ofrecer una comparación, de verificar las analogías y las diferencias, de clasificar institutos y sistemas, dando orden al conocimiento y creando modelos dotados de prescriptividad.

múltiples para el estudio de otras ramas del derecho. En primer lugar, la conciencia de investigar dentro de un sector autónomo, distinto de otros ya trillados, orienta y especializa un campo del saber, con lo que se contribuye a la ampliación, circulación y divulgación de los conocimientos. En segundo lugar, perfecciona la capacidad de organizar las investigaciones con un método propio (o, en todo caso, con metodologías especializadas). En tercer lugar, favorece la formulación de clasificaciones y modelos que habrán de utilizarse —también, aunque no sólo— para verificar la coherencia de las recepciones o exportaciones, o ambas actividades, de instituciones y disciplinas; sus potenciales funcionalidades o su rendimiento. En cuarto lugar, da vida a comunidades de estudiosos que, en la reivindicación de su autonomía —claro es, científica— pueden contribuir igualmente al incremento cultural de nuevas generaciones de estudiantes y estudiosos, y a la transmisión de tales conocimientos gracias a la unión entre investigación y didáctica.

Problema diverso es el que se refiere a la autonomía del derecho público comparado en el ámbito de la categoría más amplia del derecho comparado.

Como sucede en otros ámbitos científicos, a los cuales no escapa nuestro sector, de un grupo científico y disciplinar reunido en torno a una sola eti-

queta (física, sociología, filosofía, etcétera), surgen ciencias especializadas en una relación de género a especie, caracterizado no ya —o no sólo— por las diferentes metodologías, sino casi siempre por los diversos objetos que han sido delimitados para cada investigación.

La comparación, de hecho, puede tener como objeto los más variados sectores del derecho. Una primera y gran distinción se refiere a la existencia de una fractura, incluso en la tradición científica, entre derecho público y otras ramas del derecho (en particular el privado). Fractura en parte desconocida en el derecho inglés o, cuando menos, interpretada allí de forma muy distinta a como se ha hecho en el continente europeo.<sup>59</sup>

Para que una investigación pueda ser adscrita a la ciencia del derecho comparado es necesario escoger, al menos, dos “objetos” que puedan compararse; que la finalidad sea la de ofrecer esa comparación,<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Naturalmente, esto tiene no pocas repercusiones en el ámbito comunitario: sea sobre el modo de producir las reglas, sea en sede interpretativa. Véase apartados IX y X del capítulo segundo.

<sup>60</sup> El estudio del derecho romano, por ejemplo, que también crea ciencia en sí, no se presta a análisis comparativos. A lo más, se puede realizar una comparación diacrónica o histórica pero, como veremos, eso no forma parte del derecho compara-

que el método no se reduzca a una mera exposición paralela de dos o más sistemas, o de dos o más institutos pertenecientes a ordenamientos diferentes; que las referencias de la comparación no sean instrumentos del análisis del ordenamiento interno o —dicho de otro modo— que el fin sea el de ofrecer una clasificación o configurar un modelo. Y esto vale tanto para el derecho público como para el derecho privado comparados. Vale también, entendido como un todo, para el derecho comparado en general.

Para hacer derecho *público* comparado es necesario, *además*, que el derecho público de los ordenamientos investigados (objeto de estudio) presente una autonomía propia (también científica). Por lo tanto, el presupuesto es la existencia de derechos públicos —en plural— susceptibles de ser comparados. En consecuencia y de acuerdo con su significado actual, el derecho público comparado no puede tener como objeto ordenamientos e instituciones anteriores a la división entre derecho público y privado, madurada de forma bastante lenta en el curso de los siglos pasados, y consagrada —y ni siquiera en todas partes— sólo en tiempos relativamente recientes. Del mismo modo, no pueden estimarse de derecho *público* comparado en sentido estricto, in-

do en sentido estricto. Sobre el *tertium comparationis*, véase apartado II del capítulo segundo.

vestigaciones que se sitúan a mitad de camino entre los derechos público y privado, como sucede con aquellas propias del derecho del trabajo o aquellas que estudian la disciplina de la concurrencia o similares (dejando a salvo las ocasiones en que se reflexiona sobre el acento puesto en la parte publicista o privatista de la investigación).

Una ulterior distinción concierne, en la esfera del derecho público comparado, a la existencia de otras subdivisiones.

En concreto, el derecho constitucional comparado resulta una especialización del derecho público comparado; su presupuesto se sitúa en el hecho de levitar sobre un concepto de “Constitución” *lato sensu*, preñado de rasgos comúnmente aceptados (los forjados en el constitucionalismo inglés y francés) que, de algún modo, excluyen el concepto de “Constitución material” (ya que, según esta formulación, todos los ordenamientos tienen siempre una Constitución material y, en consecuencia, si nos sirviésemos de esta categoría, todas las “Constituciones” de cada época y de cada lugar serían comparables en el ámbito del derecho constitucional comparado).

A su vez, el derecho administrativo comparado está adquiriendo progresivamente una importancia cada vez mayor. Con la expansión del papel de las administraciones públicas y la atenuación de las di-

ferencias entre los diversos modelos (en particular el inglés y, en general, el anglosajón y los continentales) se hace posible la comparación no sólo de modelos sino también de instituciones concretas, estructuras organizativas o procedimientos existentes en ordenamientos hasta hace poco tiempo rígidamente contrapuestos (basta pensar en los estudios sobre las administraciones independientes, el procedimiento administrativo, la administración por colegios, la motivación del acto administrativo, etcétera).<sup>61</sup>

Además, a niveles paulatinamente diferentes en cuanto a grado de especialización, se puede razonar en términos de derecho eclesiástico comparado, de derecho parlamentario comparado, de derecho de los entes locales comparado y así sucesivamente.

Por las razones sucintamente ilustradas, el derecho público comparado se puede considerar una ciencia cuyo propósito persigue finalidades preponderantemente cognoscitivas. Una ciencia que

<sup>61</sup> Como ejemplos de investigaciones recientes de derecho administrativo comparado pueden recordarse, entre las muchas, las aportaciones de Recchia, G. (coord.), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padua, Cedam, 1996; Scarciglia, R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milán, Giuffrè, 1999; Greco, N. y Biondini, P. (coords.), *Diritto e amministrazione pubblica nell'età contemporanea*, Roma, SSPA, 2001.

tiende a especializarse, primeramente dentro de la gran división entre derecho público comparado y derecho privado comparado, luego en ulteriores subclasificaciones entre las cuales, como es fácilmente intuible, destaca aquella entre derecho constitucional y derecho administrativo comparado. Naturalmente, eso no impide que los solapamientos y las incursiones de una rama en la otra sean frecuentes.

#### V. INFLUENCIA DE ALGUNAS PERSPECTIVAS TEÓRICAS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

La ciencia misma del derecho constitucional (y del administrativo) no puede prescindir más del análisis comparativo, ya que cada perspectiva de desarrollo de la disciplina se vincula a la circulación de los conocimientos y los modelos, a la difundida uniformidad del derecho, al proceso de globalización en acto, a la construcción de un *jus publicum europaeum*, al acercamiento de las formas de Estado y de las familias jurídicas.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Cfr. Pegoraro, L., “El método en el derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 1, 2001, pp. 10 y ss.; *id.*, “The Comparative Method and Constitutional Legal Science:

Son dos, al menos, los perfiles de actualidad que, caracterizando las investigaciones actuales, perméan en buena parte de las contribuciones teóricas de los estudios iuspublicísticos con importantes consecuencias en los estudios de índole comparativo: por un lado, la función ejercida por la doctrina jurídica para evitar que el derecho constitucional y público se traduzcan, en general, en ciencias justificadoras de lo existente<sup>63</sup> (tema delicado en un momento en el que está de moda reducir el derecho a lo que señalan los tribunales); por otro lado, su actitud frente a los principios y los valores (tema igualmente sensible desde el momento en que los valores son “descubiertos” o “creados”, o su axiología es a menudo inventada, no sólo por los tribunales sino también por doctrinas ideologizadas).

En cuanto al primer asunto, el comportamiento del jurista cambia sensiblemente de acuerdo a si la

New Trends”, en Rabello, A. M. y Zanotti, A. (coords.), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Milán, Giuffrè, 2001, pp. 114 y ss.

<sup>63</sup> La expresión, de F. Merusi, es bastante citada en la doctrina; por ejemplo, por Ruggeri, A., *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Milán, Giuffrè, 1981, p. 18, nota 20 y en *id.*, “Dottrine della costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)”, en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, *cit.*, nota 11, p. 40.



constatación común del papel desarrollado por las fuentes no escritas, por la jurisprudencia, o por la *praxis* que resulta de integrar textos frecuentemente vagos e indeterminados, comporta una mayor o menor acentuación del componente léxico. Muta, igualmente, según que éste o aquel estudioso pertenezca a una escuela que se relaciona con las doctrinas *iuspositivistas* o *iusnaturalistas*. Varía, en fin, en relación con el significado otorgado a la denominada Constitución material y a su pretendida índole prescriptiva.

Por una parte, quien pone el acento en el “verbo” (lenguaje) de la Constitución<sup>64</sup> corre el riesgo, más que seguro, de describir algo que sólo aparece sobre el papel porque, en realidad, ciertas disposiciones no se aplican, algunos aspectos asumen una importancia desmesurada respecto a la intención de los *framers* y a la propia letra del texto, la jurisprudencia reelabora el significado de palabras y enunciados, las relaciones entre poderes y órganos se mutan como consecuencia de los acuerdos y prácticas establecidas entre ellos, se fijan reglas no escritas pero obligatorias que no se limitan a interpretar

<sup>64</sup> El termino “verbo” lo usa, Sacerdoti Mariani, G., “Il «verbo» della Costituzione”, en Sacerdoti Mariani, G., Reposo, A. y Patrono, M., *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d’America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, 2a. ed., Florencia, Sansoni, 1991, pp. 25 y ss.

la Constitución, sino que la integran y cambian, etcétera.

Por otro lado, quien considera los problemas del lenguaje “elegancias superfluas y quizá nocivas”<sup>65</sup> y, por tanto, dentro del estudio del derecho constitucional hace hincapié sólo, o principalmente, en la descripción fotográfica de la realidad, desinteresándose (o casi) del dato textual y del hecho que, en cuanto vagas, adaptables y bordeadas de zonas grises, las palabras de las Constituciones expresan áreas de significados consagradas por los usos, concurre a perpetrar múltiples atentados: nivela la ciencia jurídica con otras disciplinas como la historia, la ciencia política y la sociología (ciencias del *sein* y no del *sollen*), contribuyendo, en los casos más extremos, a desprestigiar el papel mismo del derecho, reduciendo la ciencia constitucional a simple criterio ordenador de las experiencias, y la Constitución (formal) a pedazo de carta susceptible de cualquier derogación o violación; en cierto modo, agudiza la decadencia de la eticidad del derecho, no en cuanto portador de éste o aquel valor, de ésta o aquella ideología o visión del mundo, sino propiamente en cuanto derecho, llamado a regular el comportamiento de los hombres y no a ser regu-

<sup>65</sup> *Cfr.*, en sentido crítico, Scarpelli, voz “Semantica giuridica”, *Novissimo digesto italiano*, Turín, Utet, 1969, XVI, p. 994.

lado por el arbitrio de quienes deben estar sometidos al mismo.<sup>66</sup>

Probablemente, como a menudo sucede, la solución se encuentre en la búsqueda de una vía intermedia y de compromiso.<sup>67</sup>

El estudio de los textos constitucionales, al que no pueden dejar de anclarse las investigaciones realizadas dentro de la fase genética de toda Constitución,<sup>68</sup> debe enlazarse con el análisis de su actuación y la indagación de las mutaciones del significado de las palabras ocasionadas por la intervención del legisla-

<sup>66</sup> Observa Scarpelli, U., “Il metodo giuridico”, *L’etica senza verità, cit.*, nota 2, p. 201, que “es frecuente y evidente, dentro de los estudios sobre el método jurídico orientados en sentido descriptivo, historiográfico o científico, una fuerte disposición a devaluar al método jurídico mismo, descubriendo las causas directas de las decisiones o tomas de posición de los operadores del derecho y de los juristas en factores sociales, económicos, psíquicos, etcétera. El método jurídico aparece, a muchos estudiosos con esa disposición, como un método para simular razones disimulando causas reales. Es necesario, empero, denunciar los riesgos inherentes a esta tendencia”.

<sup>67</sup> Así, en relación con otras cuestiones, Scarpelli, “Semantica giuridica”, *Novissimo digesto italiano, cit.*, nota 65, p. 996.

<sup>68</sup> Véanse las consideraciones iniciales expuestas en Pegoraro, L., “Il sistema delle fonti giuridiche nelle Costituzioni dell’ est europeo”, *Quaderni costituzionali*, Bolonia, Il Mulino, núm. 1, 1995, pp. 111 y ss. Y en *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, Bolonia, CLUEB, 1995, IV, pp. 233 y ss.

dor, la administración y, sobre todo, los tribunales constitucionales. Al mismo tiempo, la consideración de las costumbres, convenciones y prácticas —esencial en el derecho constitucional— no puede asumir la función subversiva de deslegitimar las palabras de la ley fundamental dentro de sistemas de Constitución escrita y rígida, atentando en tal modo, contra una conquista fundamental del constitucionalismo contemporáneo: la de la supremacía de la ley superior, codificada y dotada del atributo de la rigidez.

Más bien, sin deducir consecuencias prescriptivas de la instauración de nuevas fuentes y de la afirmación de costumbres (comportamientos y prácticas) derogatorias para la actuación de las fuentes, tarea del constitucionalista debe ser la de comparar el derecho constitucional codificado con el que efectivamente se aplica, denunciando las desviaciones, en caso de darse, pero sin perder de vista la supremacía de la Constitución, aun cuando venga considerada como algo dinámico y en evolución, como consecuencia de la mutabilidad de los usos lingüísticos registrados.

Un segundo aspecto que caracteriza al moderno constitucionalismo y que caracteriza también a la doctrina que lo estudia es la importancia dada a los principios (y a los valores) expresados en las Constituciones o que se recaban de ellas.

Sea cual fuere la opinión de cada uno acerca de la naturaleza de los principios —normas, como las estiman muchos; o “matrices de normas”<sup>69</sup> como piensan los que sostienen la impropiedad de las mismas para regular completamente el comportamiento humano— y acerca de la índole normativa, o “por principios”, de la Constitución,<sup>70</sup> es indudable que, desde la perspectiva de la interpretación y

<sup>69</sup> A favor de la primera indicación, por ejemplo, Crisafulli, V., “A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa”, en *Jus*, Milán, núm. 1, 1940, pp. 193 y ss.; *id.*, “Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1941, pp. 41 y ss.; Gianformaggio, L., “L’interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, núm. 1, 1985, p. 70; para la segunda, Scarpelli, U., “Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica”, en Caprioli, S. y Treggiari, F. (coords.), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, Pliniana, 1992, p. 39; en el sentido que sean “fuentes de normas”, Modugno, F., voz “Principi generali del diritto”, *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1991, XXIV, pp. 3 y ss.

<sup>70</sup> Véase Ruggeri, A., “Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)”, en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, *cit.*, nota 11, p. 49; del mismo modo, sobre el tema, Angiolini, V., *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, Padua, Cedam, 1995, *passim*, y sobretodo Dogliani, M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1994.

la aplicación, los modernos y verdaderos “señores del derecho”,<sup>71</sup> es decir, los tribunales constitucionales (o las cortes y tribunales supremos en su caso) utilizan, dondequiera que sea necesario, las estructuras lingüísticas semánticamente indeterminadas de los textos, no sólo para atribuirles significados no consolidados por los usos precedentes, sino también para seleccionar los principios que prevalecen en los test de ponderación a efecto de individuar “valores” no enunciados, sacrificando a su favor, incluso, otros enunciados para construir axiologías de principios mutables; para, en todo caso, construir edificios jurídicos distantes no sólo de los textos sino también de la voluntad misma de otros sujetos que *contextualmente* operan en el sistema jurídico de referencia (*in primis* el legislador y, a veces, el mismo poder de revisión).<sup>72</sup>

La doctrina constitucionalista, en tal contexto, manifiesta tendencias opuestas: a quienes han re-

<sup>71</sup> La alusión corresponde al título de un famoso volumen de Caenegem, R. C. van, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, traducido al italiano con el título *I signori del diritto*, Milán, Giuffrè, 1991.

<sup>72</sup> Se reenvía a las conclusiones de la obra de Pegoraro, L., *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, Giapichelli, 1997, traducción española y actualización, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004.

nunciado a operar reconstrucciones autónomas del derecho constitucional, terminando por refugiarse dentro de la ilustración (hasta ahora, incluso, acrítica) del derecho identificado (o construido) por los tribunales; o resignados frente a su incapacidad de operar reconstrucciones autónomas, eclipsándose en estudios históricos centrados en sí mismos,<sup>73</sup> han respondido quienes reivindican la autonomía del papel de los juristas, desarrollando meta-discursos sobre los discursos de los tribunales y analizando la relación de los mismos con el discurso de la Constitución y de la ley.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> No es este el caso de estudios que, ahondando sus propias raíces en la historia con el fin de tener una mejor comprensión del presente, utilizan un riguroso método jurídico; por ejemplo, entre los más recientes, los de Bognetti, G., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I: *La Costituzione liberale*, Turín, Giappichelli, 1998, y II: *La Costituzione democratica*, Turín, Giappichelli, 2000; o de Blanco Valdés, R. L., *El valor de la Constitución*, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2003.

<sup>74</sup> Por todos, Lajoie, A., *Jugements de valeurs*, París, Puf, 1997. Para la crítica a la excesiva relevancia conferida al estudio de las argumentaciones —si bien considerado “una importante contribución”—, atiéndase a Scarpelli, U., “Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi”, *L’etica senza verità*, *cit.*, nota 2, pp. 251 y ss. y en especial 285.