

## BALANCE Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO \*

Giuseppe DE VERGOTTINI\*\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Instituciones políticas y comparación en el campo del derecho constitucional.* III. *La función de la comparación en el derecho constitucional.* 1. *La función primaria de conocimiento; la comparación del derecho constitucional como ciencia.* 2. *La función de comprobación de los conocimientos.* 3. *La función de auxilio a la interpretación.* 4. *La función de auxilio a la preparación de textos normativos.* 5. *La función de auxilio a la armonización y unificación normativas.* IV. *El objeto de la comparación en el derecho constitucional.* 1. *Comparación interna y externa a un ordenamiento estatal.* 2. *Derecho extranjero y derecho comparado.* 3. *Macrocomparación y microcomparación.* 4. *El derecho positivo como objeto de comparación.* V. *La comparabilidad como presupuesto de la comparación.* 1. *Homogeneidad y comparabilidad de ordenamientos.* 2. *Homogeneidad y comparabilidad de institutos.* VI. *Clasificación y comparación.* 1. *Clasificación y teoría de las formas de Estado. Criterios para elaborar una tipología.* 2. *Las tipologías escogidas.* 3. *Referencia a otras hipótesis de clasificación propuestas.* VII. *Reflexiones finales sobre el método del derecho constitucional comparado.*

### I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de su vasta producción doctrinal, el profesor Héctor Fix-Zamudio ha demostrado repetidamente su vivo interés por el estudio de la comparación en el derecho constitucional. Así lo testimonian sus conocidos trabajos sobre los derechos del hombre y los instrumentos para su protección, como el recurso de amparo y, más en general, las competencias de los tribunales constitucionales.

Al comenzar este estudio —destinado a manifestar al ilustre amigo mi estima por su prolongado y apasionado compromiso científico y también la profundidad de los lazos que existen entre la Universidad de Bolonia y los juristas de lengua española—, quisiera tomar el hilo de una frase del profesor Fix-Zamudio en su relación general

\* Traducción de Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

\*\* Profesor ordinario de derecho constitucional, Universidad de Bolonia.

sobre "L'importance du droit comparé dans l'enseignement juridique", presentada al Congreso Internacional de Derecho Comparado de Teherán en 1974: "Le droit comparé est une discipline méthodologique, et cependant, paradoxalement, il est à son tour affecté par de sérieux problèmes de méthodologie."<sup>1</sup> En esta frase se resume, en efecto, el verdadero problema de fondo de la comparación jurídica; problema afrontado con resultados cada vez más satisfactorios por los estudiosos del derecho privado, pero todavía abierto para los del derecho público y a cuya solución quiero ofrecer mi contribución.

## II. INSTITUCIONES POLÍTICAS Y COMPARACIÓN 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 y 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 consideran merecedoras de disciplina, no excluyen la existencia de *conexiones* con otros ordenamientos externos. Tales conexiones pueden suponer la simple toma en consideración de la existencia de otras disciplinas normativas —por ejemplo, para valorar mejor los proyectos de una nueva Constitución, de revisión constitucional, de leyes— o, incluso, la introducción en el ámbito de un ordenamiento de reglas jurídicas elaboradas y vigentes en otro, a través del procedimiento del reenvío.

El reconocimiento de la existencia de ordenamientos diferentes del que se toma como referencia y su consideración con fines diversos, según se indicará, lleva al *contraste* entre ordenamientos o entre instituciones pertenecientes a varios ordenamientos. De tales contrastes

<sup>1</sup> Cfr., Académie internationale de droit comparé, Rapports généraux au IX Congrès international de droit comparé, Teheran, 1974, Bruxelles, 1977, p. 146.

surgen coincidencias, semejanzas, diferencias que se tendrán en cuenta en distinta medida en función de las exigencias de quien los realice. La *comparación jurídica* es, pues, la operación intelectual del contraste entre ordenamientos, institutos y normativas de diferentes ordenamientos que, si se lleva a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico, asume los caracteres de las disciplinas científicas.

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

Así pues, aunque el esfuerzo del comparatista se ha de dirigir a la identificación y examen de la *disciplina jurídica* de las instituciones, el conocimiento de las instituciones políticas tiene una especial importancia para él. Es evidente que la familiarización con las diversas formas políticas 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 aquél y de los análisis comparativos que se desarrollan en su ámbito.<sup>2</sup> Las contribuciones que aportan los estudiosos de esas ciencias con 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.

<sup>2</sup> Sobre la diferencia entre derecho comparado y otras disciplinas jurídicas, históricas, politológicas y sociológicas, *cfr.*, los estudios publicados en Rotondi, M. (ed.), *Buts et méthodes de droit comparé*, Padua, 1973. Además, Rotondi, M., voz "Diritto comparato" en *Novissimo Digesto Italiano*, V, Turin, 1960, pp. 822 y ss.; Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione al Diritto Costituzionale*, 5ª ed., Milán, 1984, pp. 16 y ss.; Pizzorusso, A., *Corso di diritto comparato*, Milán, 1983, pp. 99 y ss.; Schwarz-Lieberman von Wahlendorf H. A., *Droit comparé, Théorie générale 16 principes*, Paris, 1978, pp. 69 y ss.; Bernhardt, R., "Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 24, 1964, pp. 431 y ss.; Zweigert, K. y Kotz, H., *An Introduction to Comparative Law*, I, Amsterdam, 1977, pp. 4 y ss.

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

Las razones de la sustancial desatención a los problemas del *método comparado* en el derecho constitucional, pese a que numerosos autores recurren inevitablemente a ella, han de buscarse probablemente en el hecho de que hasta tiempos recientes las comparaciones se han producido, por un acuerdo general implícito, entre ordenamientos pertenecientes a un área político-institucional sustancialmente homogénea, centrada en los Estados europeos y en algunos de sus apéndices extraeuropeos. Los ordenamientos y los institutos comparados han sido los propios de la democracia liberal, que era considerada la forma política "natural" de los Estados que contaban en la escena internacional. Las desviaciones del modelo liberal clásico se consideraban como "degeneraciones" de las formas de Estado liberal. Los ordenamientos por los que se interesaba el estudioso eran normalmente los europeos y el de los Estados Unidos, históricamente ligado profundamente con el inglés. Los ordenamientos extraños a 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 imparable de nuevos ordenamientos estatales surgidos de la descolonización de la segunda posguerra.<sup>3</sup>

Estos dos eventos rompieron progresivamente el consenso sobre cuál había de ser la forma de Estado digna de atención para la ciencia

<sup>3</sup> Cfr., Knapp, V., *La scienza del diritto* (trad. it.), Bari, 1978, p. 90. Sobre la influencia ejercida por la forma de Estado socialista sobre la clasificación tradicional de las formas de Estado, cfr., Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político*, IV Madrid, 1984, pp. 379 y ss.

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

El reconocimiento de esas formas de Estado diferentes y no coincidentes no significó, sin embargo, que fuese fácil su sistematización científica, ni el hallazgo de metodologías de comparación satisfactorias. En cuanto a la clasificación de las formas de Estado, únicamente el Estado liberal y el socialista han consentido una determinación clara de elementos reconducibles a tipologías precisas. Los Estados recién independizados son, a menudo, la resultante híbrida de principios y soluciones organizativas que se remontan a características histórico-políticas y del sistema jurídico propias de tradiciones locales y de principios y soluciones inspirados en el Estado liberal o en el socialista. Su reducción a unidad es problemática, cuando no impropia, y solamente una investigación analítica de cada ordenamiento o grupo de ordenamientos podría conducir a la elaboración de una tipología científicamente aceptable.

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

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

### III. LA 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 consiente la adquisición de nuevos *conocimientos*. En otras palabras, del estudio comparado de ordenamientos o de institutos de distintos ordenamientos, surgen elementos cognoscitivos indispensables para la ciencia del derecho constitucional. Un ejemplo clásico lo constituye el estudio comparado, del que se extrae aquel conocimiento de los ordenamientos que permite elaborar las categorías clasificatorias para encuadrar y analizar las diversas experiencias constitucionales. Los conceptos de “forma de Estado” y “forma de gobierno”, proceden de intentos de depuración realizados por los estudiosos de los ordenamientos políticos y jurídicos a través de investigaciones comparadas de las experiencias institucionales del pasado y del presente. De este modo, la comparación puede ofrecer una ayuda válida a la construcción de los conceptos con los que se forman las clasificaciones dentro de las que se desarrolla el estudio del derecho constitucional y, en especial, el comparado.

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

Si, por ejemplo, consideramos la “forma de gobierno parlamentaria”, constatamos que se trata de una fórmula clasificatoria que ha sido

teorizada a partir de la observación de la experiencia constitucional inglesa y también de otros ordenamientos (francés, belga). El estudio de las analogías y de las constantes históricas ha conducido a la definición de un modelo dotado de elementos identificadores bien precisos (gobierno representativo, elecciones libres, confianza parlamentaria, control político del Parlamento sobre el gobierno, función de oposición, distinción entre las funciones parlamentarias y las gubernamentales, función arbitral del jefe del Estado, 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".<sup>4</sup>

Otras consideraciones que se hacen comúnmente para subrayar la función cognoscitiva del derecho comparado derivan de la observación según la cual "ningún análisis que se limite a los fenómenos surgidos dentro de las fronteras nacionales merece el nombre de ciencia". Una disciplina científica, para serlo verdaderamente, no puede limitarse al conocimiento de un solo ordenamiento estatal aunque sea cierto que el estudio de las ciencias jurídicas, tras la Constitución de los Estados nacionales, se ha mantenido normalmente dentro de sus confines. El derecho comparado permite que la ciencia jurídica se haga internacional y, por tanto, ciencia en sentido propio.<sup>5</sup> 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 de-

<sup>4</sup> Cfr., por ejemplo, Mortati, C., *Le forme di governo*, Padua, 1973, pp. 145 y ss., a propósito de la noción de forma de gobierno parlamentaria y sus aplicaciones y, más en general sobre la utilización en el derecho comparado de la tipificación de las diversas formas de Estado y de gobierno, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, 9ª ed., Padua, 1975, p. 53; igualmente, cfr., Dogliani, M., "Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo", en *Giustizia Costituzionale*, 1973, pp. 216 y ss.; cfr., además, Giannini, M. S., "Prólogo", a Burdeau, G., *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Milán, 1950, XV; Crisafulli, V., "Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia", en *Studi Crosa*, Milán, 1960, p. 598. Sobre la importancia de la tipificación, cfr., en especial Sánchez Agesta, L., *Curso de derecho constitucional comparado*, 6ª ed., Madrid, pp. 23 y ss.

<sup>5</sup> Zweigert, K., y H. Kötz, *An Introduction*, cit., p. 11.

recho constitucional, es el conocimiento.<sup>6</sup> El conocimiento es la premisa necesaria para utilizar los *resultados* de la comparación. Éstos pueden encaminarse bien a fines de elaboración doctrinal, bien a fines eminentemente prácticos, según se verá inmediatamente.

Pero el conocimiento es también la esencia de una disciplina científica autónoma.<sup>7</sup> Basta con mencionar al respecto la larga 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 afecta 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. En 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.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> *Idem*, p. 12; Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, H. A., *Droit comparé*, cit., pp. 25 y 204.

<sup>7</sup> Udina, M., “Metodi e fini del diritto comparato”, en *Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro*, 1972-1973, p. 8; Gorla, G., voz “Diritto comparato”, en *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milán, 1964, pp. 928 y ss.; Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Turin, 1980, pp. 12 y ss.; Gambaro, A., y R. Sacco, voz “Diritto Comparato”, en *Novissimo Digesto Italiano*, apéndice II, Turin, 1981, pp. 1167; Sacco, R., “Droit commun de l’Europe et composantes du droit”, en Cappelletti, M., *Nouvelles perspectives d’un droit commun de l’Europe*, Florencia, 1978, pp. 95 y ss.; *idem*, “Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo”, en AA. VV. *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milán, 1980, pp. 243 y ss.; Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione*, cit., pp. 4 y ss.; Pizzorusso, A., *Corso di diritto comparato*, cit., pp. 100 y ss.; Grzybowski, S. M., “Les buts des recherches et les méthodes des travaux sur le droit comparé”, en Rotondi, M. (ed.), *Buts*, cit., p. 325.

<sup>8</sup> *Cfr.*, Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione*, cit., pp. 4 y ss.; Pizzorusso, A.,

## 2. La función de comprobación de los conocimientos

La comparación ofrece al investigador la ocasión de efectuar una comprobación de los datos referentes al conocimiento de los ordenamientos examinados. Es, pues, un "elemento de control",<sup>9</sup> para constatar lo fundado 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.<sup>10</sup>

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

Del debate político verificado en Italia en los últimos años pueden extraerse dos ejemplos: las "leyes excepcionales" y "la alternancia". Frente a las amenazas del terrorismo político y frente a la exigencia de defender las instituciones, se pensó que los remedios ofrecidos por la legislación vigente no eran suficientes. Por eso se recurrió a las "leyes excepcionales". Sin embargo, si se examina la Constitución italiana se verá que no existe en ella traza formal alguna de tal posibilidad jurídica. Para comprender en qué consiste este instituto es inevitable remitirse, además de a los precedentes constitucionales y a

Corso, *cit.*, pp. 105 y ss.; Schwarz-Liebermann von Wahlendorf H. A., *Droit comparé, cit.*, p. 214; Sánchez Agesta, L., *Curso, cit.*, pp. 22 y ss.; Ancel, M., *Utilità e metodi del diritto comparato*, Nápoles, 1974, p. 34.

<sup>9</sup> Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, H. A. *ob. cit.*, p. 205.

<sup>10</sup> *Cfr.*, por ejemplo, el estudio de Galizia, M., *Studi sui rapporti fra parlamento e governo*, I, Milán, 1972.

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 a de la Ley fundamental de Bonn, por citar solamente los más conocidos. De estas normas —y también de la praxis y de la elaboración doctrinal— se deduce que la tutela de la Constitución puede justificar una derogación de las garantías, previstas para los tiempos normales, de la separación de poderes, de las competencias de los jueces y otras similares.

El ejemplo de la “alternancia” se refiere a la observación que se ha hecho acerca de la posibilidad de aplicar también en Italia el principio de la rotación de las diversas fuerzas políticas en el control del aparato del gobierno, principio desconocido en la práctica constitucional italiana, ya que desde la entrada en vigor de la Constitución, en 1948, hasta hoy, las funciones de gobierno y de oposición han permanecido tendencialmente estables. El 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 constitucional— con las de los ordenamientos que han experimentado realmente tal alternancia.

En virtud de las consideraciones precedentes, parece que se puede aplicar también al estudio del derecho constitucional comparado una persuasiva convicción que expresan los estudiosos de la política comparada: la *comprobación de las generalizaciones* que se formulan sobre la base de los conocimientos empíricos es una función esencial de la ciencia comparada. Observa, por ejemplo, Sartori, que entre los métodos seguidos por los científicos sociales (experimental, estadístico, comparado e histórico), el recurso al comparado se hace inevitable cuando se quieran comprobar los resultados obtenidos por medio de los demás, especialmente los ofrecidos por aquellos de carácter empírico que parecen, en principio, los más seguros y satisfactorios.<sup>11</sup>

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

<sup>11</sup> Sartori, G., “La política comparata: premesse e problemi”, en Urbani, G., *La política comparata*, Bolonia, 1973, pp. 60 y ss.

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 a los elementos y circunstancias de hecho, a menudo profundamente diferentes de los que caracterizan la realidad institucional actual de quien efectúa el análisis. En consecuencia, cuando los datos empíricos, estadísticos e históricos no sean suficientes, el único remedio será la comparación de las soluciones acogidas por diversos ordenamientos a fin de comprobar la exactitud de los datos cognoscitivos disponibles.

Un ejemplo aclarará cuanto se ha señalado. Como es sabido, el instituto de la encuesta ocupa un lugar significativo en el estudio de los instrumentos inspectivos del Parlamento en los ordenamientos con separación de poderes de los Estados de derivación liberal. Pues bien, la investigación sobre las encuestas parlamentarias en el ordenamiento italiano puede circunscribirse al estudio de una concreta comisión de encuesta (ley institutiva, composición, criterios organizativos, funcionamiento, conclusiones, eventual debate parlamentario subsiguiente), analizando con método empírico un "caso" particular; también puede efectuarse reuniendo los datos relativos a los criterios seguidos por el ordenamiento italiano para la creación de estas comisiones y sometiéndolos 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 entorno a la interpretación del principio de "proporcionalidad"; determinación de las normas procesales, recogidas en los códigos de enjuiciamiento y en los reglamentos parlamentarios, aplicables a la realización de la instrucción pertinente; previsión de sesiones públicas o secretas; posibilidad de conclusiones minoritarias; efectos de la presentación de las conclusiones ante el pleno, distinguiendo la hipótesis de que se produzca discusión de aquella en la que no la hay). En fin, será posible llevarla a término mediante el método histórico recogiendo los precedentes que existan tanto en el ordenamiento republicano cuanto en el anterior monárquico (tal como generalmente se suele hacer respecto del acto institutivo de la comisión, su composición, los poderes de instrucción, las normas aplicables, los acuerdos que pueden adoptar y respecto de otros extremos similares).

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

Obviamente, el investigador podrá poner de manifiesto elementos que se apartan de los que existen en el ordenamiento italiano o en la práctica totalidad de los que se han examinado: notará las diferencias que hay entre la función de las comisiones inquiridoras de los ordenamientos con gobierno parlamentario y las de los que poseen tendencias presidencialistas; observará la existencia de tribunales de encuesta desvinculados del Parlamento en Inglaterra;<sup>12</sup> encontrará hipótesis de iniciativa vinculante de la oposición y de atribución de competencias inquiridoras a comisiones permanentes en Alemania.<sup>13</sup> Pero, en su conjunto, el conocimiento comparado ofrecerá un sólido marco de referencia al análisis realizado sobre el instituto de la encuesta en el ordenamiento nacional en la medida en que la depuración de los conceptos esenciales de la forma de gobierno de otros ordenamientos —con especial referencia a las relaciones entre el Parlamento y el gobierno, a la inspección política y, particularmente, a las encuestas parlamentarias— permitirá una madura reflexión sobre la exactitud de los elementos reunidos mediante el análisis empírico. Es posible concluir, por tanto, que también en el derecho constitucional el estudio comparado de otros ordenamientos en materia de encuestas parla-

<sup>12</sup> Cfr., Bercusson, B., "Le commissioni parlamentari di inchiesta nel diritto costituzionale britannico", en De Vergottini, G. (ed.), *Le inchieste delle assemblee parlamentari*, Rimini, 1985, p. 330.

<sup>13</sup> Cfr., Leisner, W., "Le commissioni d'inchiesta parlamentari e la legge fondamentale di Bonn", *idem*, pp. 361 y ss.

mentarias permite perfilar mejor los contornos de este instituto dentro del ordenamiento italiano.<sup>14</sup> En consecuencia, es correcto definir el método comparado como un instrumento a través del cual se convalidan los resultados de las investigaciones conducidas con arreglo a otros métodos.

### 3. La función de auxilio a la interpretación

Más en general, hay que señalar que el método comparado forma parte de las técnicas interpretativas de los institutos constitucionales utilizadas en el marco de la interpretación sistemática,<sup>15</sup> especialmente por los órganos jurisdiccionales. El recurso a la comparación lo efectúan tanto los órganos jurisdiccionales nacionales cuanto los internacionales.<sup>16</sup>

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

El artículo 38, letra c) del Estatuto del Tribunal Internacional de

<sup>14</sup> Sobre la utilización de la comparación espacial y temporal del instituto de la encuesta a la vista de su calificación en el ordenamiento italiano, *cfr.*, Recchia, G., *L'informazione delle assemblee rappresentative. Le inchieste*, Nápoles, 1979, *passim*.

<sup>15</sup> Pizzorusso, A., *Corso*, *cit.*, pp. 109 y ss.

<sup>16</sup> Sobre el recurso a la comparación por parte de los tribunales internacionales, *cfr.*, Mosler, H., "Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten", en *Internationale Festschrift für A. Verdross*, Munich-Salzburg, 1971, pp. 381 y ss.; Zemanek, K., "Was Kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Recht für das Recht der Internationalen Organisationen leisten?", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1973, pp. 453 y ss.; Ress, G., "Rechtsvergleichung und internationaler Schutz der Menschenrechte", en *Landesreferate II internationaler Kongress für Rechtsvergleichung*, Caracas, 1982, Heidelberg, 1982, pp. 257 y ss.

Justicia,<sup>17</sup> dispone que el Tribunal aplica, además de las convenciones y costumbres, los "principios generales del derecho reconocidos por las Naciones civilizadas". Tales principios proceden, en su origen, de los ordenamientos estatales; pero pueden ser aplicados a nivel internacional, previo examen comparado. Entre ellos, destacan los que se refieren a la interpretación de las normas jurídicas.<sup>18</sup> Por otra parte, el carácter fragmentario de las reglas procesales a observar ante el Tribunal Internacional de Justicia ha impulsado la búsqueda de una disciplina para las hipótesis no reguladas expresamente por las normas internacionales y ha sugerido el recurso a la comparación como método para colmar las lagunas.<sup>19</sup>

Pese a que no existe una normativa específica en relación con las competencias del Tribunal de Justicia comunitario, el artículo 215 del Tratado de la CEE (y el artículo 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.<sup>20</sup>

Pues bien, el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas debe utilizar frecuentemente los principios del derecho común 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.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Sobre la comparación respecto al art. 38, c), *cfr.* Friedmann, W., "The teaching of comparative jurisprudence", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, p. 228; Schwarz-Liebermann, H. A., *ob. cit.*, p. 84; Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, pp. 6 y ss.

<sup>18</sup> *Cfr.*, Udina, M., *Metodi, cit.*, p. 6.

<sup>19</sup> Mangoldt, H. von, "La comparaison des systèmes de droit comme moyen d'élaboration de la procédure des tribunaux internationaux", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1980, pp. 561 y ss., llega a la conclusión de que el recurso a la comparación ha de subordinarse a la voluntad de los Estados miembros de la institución internacional.

<sup>20</sup> Sereni, A. P., "Funzione e metodo del diritto comparato", en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 160; Grisolo, A., *Contributo alla ricerca dei principi generali comuni ai diritti degli stati della Comunità Europea in materia di responsabilità extracontrattuale*, Pubblicazione della Università di Pavia, Padua, 1963; Zweigert, K., "Les principes généraux de droit des Etats membres", en Ganshof Van der Meersch, W. J. (ed.), *Droit des Communautés européennes*, Bruselas, 1969, pp. 441 y ss.; Cappelletti, M., "Le droit comparé et son enseignement", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, p. 69.

<sup>21</sup> Sobre el recurso a la comparación por parte del Tribunal de Justicia Comuni-

A partir de la sentencia Nold (causa 4-73),<sup>22</sup> el Tribunal ha reconocido que no puede separarse de los principios constitucionales “comunes a los Estados miembros”. Posteriormente, el Tribunal se ha mantenido, en general, fiel a esta orientación. Así, a título de ejemplo, señalemos que reconoció su competencia, en materia contencioso-electoral relativa a la formación de los comités de personal, para el examen de los “recursos promovidos respecto de dichas elecciones en consideración a los principios de libertad y democracia comunes a todos los Estados miembros en materia de derecho electoral” (sentencia De Dapper, en la causa 54-75).<sup>23</sup> 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).<sup>24</sup> 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).<sup>25</sup> En fin, en la sentencia dictada en la causa 149-79 (Comisión-Reino de Bélgica),<sup>26</sup> a los efectos de interpretar el artículo 48, n. 4 del Tratado de la CEE que excluye la aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de los trabajadores “a los empleos de la administración pública”, el Tribunal se planteó el problema de si era posible extender tal cláusula, además de a la administración dotada de poderes de imperio, también a la formada por los entes públicos económicos. Para resolverlo tuvo que considerar el régimen de la administración pública y del empleo público en los ordenamientos de los Estados miembros con el objeto de comprobar si las diferentes normativas constitucionales consentirían excluir a los no ciudadanos del empleo público.

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

La preparación de los textos normativos es un momento privilegia-

tario, *cfr.*, Bredima, A., “Comparative Law in the Court of Justice of the European Communities”, en *The Yearbook of World Affairs*, 1978, pp. 320 y *ss.*; Pescatore, P., “Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Stats membres”, en *Revue internationale de droit comparé*, 1980, pp. 335 y *ss.*

<sup>22</sup> *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1974, 4, p. 491.

<sup>23</sup> *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1976, 7, p. 1389.

<sup>24</sup> *Idem.*, 5, p. 740.

<sup>25</sup> *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1980, pp. 1224 y *ss.*

<sup>26</sup> *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1979, pp. 3881 y *ss.*

do para recurrir a la comparación. Más aún, históricamente, la ocasión para el desarrollo de la moderna ciencia de la comparación vino dada, precisamente, por los estudios de legislaciones comparadas.

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

Viniendo a ejemplos más próximos, es posible recordar las referencias a las constituciones de otros Estados durante los trabajos preparatorios de la Asamblea Constituyente italiana: la organización del Estado, la descentralización regional, la regulación de las libertades fundamentales, fueron objeto de amplios debates, frecuentemente basados en consideraciones y menciones de las experiencias comparadas.<sup>27</sup>

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 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

<sup>27</sup> Sobre la influencia ejercida por los modelos extranjeros sobre el Constituyente italiano, *cfr.*, Volterra, S., "La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni, con particolare riguardo agli Stati Uniti", en De Siervo, U. (ed.), *Scelte della Costituzione e cultura giuridica, I: Costituzione italiana e modelli stranieri*, Bologna, 1980, pp. 117 y ss.; De Siervo, U., "Le idee e le vicende costituzionali in Francia nel 1945 e 1946 e la loro influenza sul dibattito in Italia", *idem*, pp. 293 y ss.; Bruno, F., "I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati", *idem*, pp. 59 y ss.; *idem*, "Il problema del governo alla Costituente; el contributo di Egidio Tosato, Suggestione di modelli stranieri e spunti originali", en *Il Politico*, 1981, 1-2, pp. 127 y ss.

cívico) que implicaban el estudio comparado de diferentes experiencias constitucionales.

Análisis comparados precedieron a la elaboración de la Ley fundamental de Bonn de 1949,<sup>28</sup> a la de las constituciones francesas de 1946 y 1958,<sup>29</sup> y han caracterizado los trabajos preparatorios de la Constitución portuguesa de 1976 y de la española de 1978.<sup>30</sup> 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 *Bundesexecution* (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 práctica totalidad de los ordenamientos,<sup>31</sup> in-

<sup>28</sup> Dolle, H., "Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, pp. 149 y 150; Drobnig, U. y P. Dopffel, "Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber", en *Rabel's Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, pp. 257 y 258.

<sup>29</sup> Vedel, G., "Les apports de droit comparé de droit constitutionnel français (1945-1965)", en *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, I, Paris, 1969, pp. 184 y ss. Para una consideración de la experiencia comparada en los trabajos preliminares y sobre la influencia de las constituciones extranjeras, *cfr.*, De Vergottini, G., *Le origini della seconda repubblica portoghese, 1974-1976*, Milán, 1977, pp. 83 y ss.; Miranda, J., *A Constitucáo. Estrutura, Principis fundamentais*, Lisboa, 1978, pp. 170 y ss.

<sup>30</sup> Herrero de Miñón, M., "Les sources étrangères de la Constitution" en *Pouvoirs*, 8, 1978, pp. 97 y ss.; también Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político, cit.*, pp. 34 y ss.

<sup>31</sup> Una convincente panorámica del recurso a la comparación antes de la adopción de la legislación con especial referencias al establecimiento de códigos se encuentra en las relaciones país por país publicadas en AA. VV. *Livre du centenaire de la société de législation comparée, II. Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*, Paris, 1971, pp. 267 y ss. Sobre la influencia ejercida por los estudios comparados en la preparación de las grandes codificaciones en materia penal. *cfr.*, Pedrazzi, C., "Apporto della comparazione alle discipline penali", en AA. VV., *L'apporto, cit.*, pp. 179 y ss., y Denti, V., "Diritto comparato

cluidos los socialistas aunque en estos últimos se suele limitar exclusivamente a la que se realiza con los ordenamientos que comparten las mismas premisas ideológicas.<sup>32</sup> Referencias comparadas y verdaderas investigaciones de esta naturaleza se pueden encontrar en la fase preparatoria de la legislación en Italia. Citemos, como muestra, la Ley italiana de 27 de julio de 1967, n. 685 que aprobaba el Programa Económico 1966-1970. Esta ley fue precedida por un amplio debate político y doctrinal en el que la valoración y comparación de las experiencias de otros ordenamientos estuvieron a la orden del día.<sup>33</sup>

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 aquéllas 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<sup>34</sup> 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".<sup>35</sup> En este sentido, no se debe ocultar el riesgo de la inutilidad

e scienza del processo", *idem*, pp. 204 y ss. Sobre el recurso a la comparación en apoyo de proyectos de reformas legislativas, *cfr.*, Treu, T., "Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro italiano", *idem*, pp. 130 y ss., donde se pone de relieve la influencia que ejercen sobre la legislación y la doctrina los modelos extranjeros invocados en materia de negociación colectiva, relación ley-convenio colectivo, reconocimiento de los sindicatos, regulación de la huelga.

<sup>32</sup> *Cfr.*, Knapp, V., "Le droit comparé en Tchécoslovaquie", en *Livre du centenaire, II, cit.*, pp. 535 y ss.

<sup>33</sup> Citemos a título indicativo a Predieri, A., *Pianificazione e Costituzione*, Milán, 1963, e *idem*, "Il programma economico 1966-1970. Aspetti giuridici", en AA. VV., *Il programma economico 1966-1970*, Milán, 1967.

<sup>34</sup> En este sentido, *cfr.*, Watson, A., *Legal transplants*, Edinburgo, 1974 p. 17.

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

de una comparación basada únicamente en el dato formal de tales textos normativos, ignorando, en cambio, su aplicación en el ordenamiento considerado.<sup>36</sup>

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

Se admite, generalmente, que el recurso a 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.<sup>38</sup>

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".<sup>39</sup>

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

Los procesos de formación de nuevos Estados y los de colaboración política entre Estados han conducido a la experimentación de formas de integración de ordenamientos jurídicos diferentes, frecuentemente con el recurso determinante a la comparación. Los términos empleados

<sup>36</sup> Cfr., Dunné, J. M. van, "The use of Comparative Law by the Legislation in the Netherlands", en *Netherlands Reports to the Eleventh International Congress of Comparative Law*, Caracas, 1982, Amsterdam, 1982, pp. 58-61.

<sup>37</sup> Dunné, J. M. van, *ob. cit.*, p. 48.

<sup>38</sup> Cfr., para la República Federal Alemana, Drobnig, V., y P. Dopffel, *ob. cit.*, p. 296.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

para calificar el proceso de integración varían. Se habla de unificación, uniformización, aproximación, coordinación, armonización de las normativas estatales y se señala al respecto que con esta incierta terminología puede aludirse a procesos sensiblemente distintos.<sup>40</sup>

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

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 único sobre territorios que anteriormente estaban sujetos a otro poder soberano. En estos casos, el factor unificante está constituido precisamente por la voluntad soberana<sup>43</sup> sin que pueda excluirse que, en esos supuestos, la imposición de nuevos ordenamientos se vea acompañada por investi-

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

<sup>41</sup> Cfr., Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>42</sup> La contraposición entre armonización y unificación se encuentra por ejemplo en Udina, M., *Metodi, cit.*, p. 4.

<sup>43</sup> Sobre la unificación en el interior de ordenamientos estatales, cfr., Rodière, R., *Introduction au droit comparé*, Barcelona, 1967, pp. 58 y ss.; Ancel, M., *Utilité, ob. cit.*, p. 73.

gaciones comparativas que precedan a las opciones políticas.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup>

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

Es posible encontrar perspectivas satisfactorias de integración —que, preferentemente, comportan nuevas formas de coordinación, pero, a veces, suponen también la unificación de normativas— en ámbitos *regionales* circunscritos: <sup>47</sup> el área europea, la de la *Commonwealth*, la de los países socialistas, aquella en la que rige el derecho musulmán, han sido objeto de consideración.<sup>48</sup> 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)

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

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

<sup>46</sup> Ancel, M., *Utilità*, cit., p. 74.

<sup>47</sup> Sereni, A. P., *ob. cit.*, p. 156; Knapp, V., *La scienza del diritto*, cit., pp. 105 y 106.

<sup>48</sup> Cfr., Knapp, V., *ob. cit.*

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 formación de un derecho uniforme.

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

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

La normativa electoral que adoptará la CEE para las elecciones al Parlamento europeo, en virtud del artículo 138, 3, c), del Tratado, tendrá en cuenta las normas y las experiencias de los diversos ordenamientos que forman parte de la Comunidad Europea.<sup>51</sup> La exigencia de una mejora de la tutela de los derechos fundamentales de los ciu-

<sup>49</sup> Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, p. 20.

<sup>50</sup> Faiziev, M., "Étude comparative de la législation des républiques fédérées", en *Académie des sciences de l'URSS, Problèmes du monde contemporain, n° 57, Développement du droit et de la science juridique en URSS*, Moscú, 1978, pp. 52 y ss.

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

dadanos 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 en los Estados europeos miembros de la Comunidad.<sup>52</sup>

En general, en el ordenamiento comunitario europeo, la uniformización de una disciplina normativa se logra mediante la adopción de reglamentos que se aplican en todo el ordenamiento comunitario, así como a través de convenios que crean derecho uniforme de acuerdo con el artículo 220 del Tratado, entre los cuales se prevén los que se refieren a la tutela de los derechos.<sup>53</sup> En todos estos casos es evidente el recurso preliminar a la comparación. Ciertamente, el camino preferido por el Tratado es el de la armonización de las legislaciones nacionales por medio del concurso de una intervención comunitaria previa, a través de directivas, y de su sucesiva adecuación estatal. No obstante, también aquí es preciso acudir a la comparación para extraer los criterios directivos necesarios para elaborar la legislación nacional. Este es el sistema que viene siguiéndose para alcanzar la "aproximación" de las legislaciones nacionales a que aluden los artículos 100 y otros del Tratado de la CEE.<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup>

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

Los ordenamientos estatales y sus instituciones son el objeto de la

<sup>52</sup> Cfr., *Bollettino delle Comunità europee*, Supl. 2/79 y Parlamento europeo, *Atti della tavola rotonda sui "Diritti speciali e Carta dei diritti del cittadino della Comunità europea"*, Firenze, 26-28 ottobre 1978, Luxemburgo, 1979. Para el análisis científico que se produjo, vase Bernhardt, R., *Problemi, cit., passim*.

<sup>53</sup> Pocar, F., *ob. cit.*, pp. 219 y 220.

<sup>54</sup> La normativa sobre la aproximación de las legislaciones tiene una gran importancia en los tratados comunitarios. Se dirige a provocar la armonización de las legislaciones por medio de la aprobación de directivas que dejen a los estados destinatarios el suficiente margen de discrecionalidad en su cumplimiento. Cfr., Megret, J. y otros, *Le droit de la Communauté économique européenne*, V, Bruselas, 1975, pp. 152 y ss.; Tallon, D., "Droit communautaire et droit comparé", en *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, II, Bruselas, 1972, pp. 943 y ss.

<sup>55</sup> G. U. C. 222 del 22/9/1976.

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

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

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

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

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

La comparación jurídica, en cuanto disciplina autónoma, se limita a las relaciones entre ordenamientos estatales diferentes y, por tanto, se orienta al *exterior* de un determinado ordenamiento de referencia, tanto en el campo privado cuanto en el público. Pero, si es cierto que la comparación se preocupa, como norma, de la confrontación de orde-

<sup>56</sup> Sobre la comparación dentro de un ordenamiento estatal, *cfr.*, las observaciones de Udina, M., *Metodi, cit.*, pp. 4 y 5.

<sup>57</sup> Entorno a la extensión del ámbito de la disciplina comparada hasta llegar a abrazar el estudio de los ordenamientos internos del Estado federal, *cfr.*, Knapp, V., "Champ d'application du droit comparé (le droit comparé interne et le droit étranger)", en *Mélanges A. Molmström*, Estocolmo, 1972, pp. 136-138.

namientos 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.<sup>58</sup>

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

## 2. Derecho extranjero y derecho comparado

Una cuestión que es preciso aclarar es la que se refiere a la función del *derecho extranjero* en el estudio de la comparación jurídica, entendiéndose por extranjero aquel derecho distinto del propio del ordenamiento estatal al que pertenece el *autor* del estudio comparado —que normalmente coincidirá con el del *lector*-usuario del análisis comparado.<sup>59</sup> Generalmente, el autor contrasta el derecho extranjero con el propio del ordenamiento al que pertenece, aunque no puede excluirse la comparación entre 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 comparado.<sup>60</sup> Así, debería obtenerse un conocimiento general de la historia constitucional, del sistema de fuentes, de la aplicación real de la normativa constitucional, para, de esta

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

<sup>59</sup> Knapp, V., *La scienza, cit.*, p. 96.

<sup>60</sup> Constantinesco, L. J., *Traité de droit comparé*, I y II, París, 1972-1974, *passim*; Schwarz-Liebermann, H. A., *ob. cit.*, pp. 197 y ss.; Rotondi, M., voz "*Diritto comparato*", *cit.*, p. 823.

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.<sup>61</sup>

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,<sup>62</sup> sino simplemente conocer cuál es el derecho público o privado de un Estado determinado: muchos estudios que pasan impropiamente 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.<sup>63</sup> Igualmente, el estudio separado de varios ordenamientos extranjeros puede llevar a un simple análisis descriptivo de institutos "país por país", no a una comparación.<sup>64</sup> Así un estudio de las monarquías parlamentarias europeas efectuado con tal técnica queda fuera del derecho comparado.<sup>65</sup>

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.<sup>66</sup> Nada excluye que ésta se

<sup>61</sup> Cfr., Gutteridge, H. C., *Comparative Law*, 2ª ed., Cambridge, 1949, pp. 117 y ss.; Kisch, I., "Droit comparé et terminologie juridique", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, pp. 406 y ss.

<sup>62</sup> Ancel, M., *Utilità, cit.*, pp. 86 y ss.; Gorla, G., *Diritto comparato, cit.*, pp. 930 y ss.

<sup>63</sup> Cfr., la óptima investigación de Volpi, M., *La democrazia autoritaria*, Bologna, 1979, en la que el análisis se centra en la forma de gobierno de la Quinta República francesa, con una comparación exclusivamente temporal respecto de los precedentes históricos franceses.

<sup>64</sup> Cfr., al respecto, entre los estudios "país por país", Lucas Murillo, P. (ed.), *Sistemas políticos contemporáneos*, Barcelona, 1984; Ferrando Badia, J. (ed.), *Regímenes políticos actuales*, Madrid, 1985; Ortino, S., *Diritto costituzionale. Storia, ordinamenti, teoria*, Florencia, 1985, pp. 203 y ss.

<sup>65</sup> Cfr., Fusilier, R., *Les monarchies parlementaires, Etude sur les systemes de gouvernement (Suède, Norvège, Danemark, Belgique, Pays Bas, Luxembourg)*, Paris, 1960, en donde se efectúa un análisis pas por pas.

<sup>66</sup> Cfr., Ancel, M., *ob cit., loc. cit.*; Gorla, G. voz "Diritto comparato", *cit.*, pp. 930 y 931; *idem*, "Prolegomeni a una storia del diritto comparato europeo", en Sacco, R. (ed.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milán, 1980, p. 284.

produzca entre dos ordenamientos extranjeros.<sup>67</sup> Por eso serán obras de derecho constitucional comparado tanto aquellas que estudien la presidencia de la república italiana relacionándola con los institutos análogos de otras constituciones, cuanto las que se 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).<sup>68</sup>

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

### 3. *Macrocomparación y microcomparación*

La comparación puede referirse a ordenamientos contemplados en su conjunto (macrocomparación) o a sectores o institutos concretos (microcomparación).<sup>70</sup> 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 mucho más practicable aún y más provechosa la comparación de institutos o grupos de institutos en el ámbito de dos subsistemas, por ejemplo entre las formas de inspección política en las relaciones Parlamento-gobierno, o, incluso, entre los regímenes que caracterizan un instituto específico dentro de tales formas inspectivas, como la interpelación o las comisiones de encuesta.

<sup>67</sup> Cfr., por ejemplo, la obra de Rescigno, G. U., "L'art. 87, 1°, c. VII comma", en Branca, G. (ed.), *Commentario della costituzione. Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1978, pp. 149 y ss.

<sup>68</sup> Cfr., por ejemplo, Negri, G., *Il leader del partito anglosassone. Osservazioni sulle tendenze monocratiche nei sistemi britannico e statunitense* (1958), reimprenta, Milán, 1974.

<sup>69</sup> Cfr., Merryman, J. H., "Modernización de la ciencia jurídica comparada", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46, 1983, pp. 67-69.

<sup>70</sup> Constantinesco, L. J., *Traité de droit comparé, II, La Méthode comparative*, Paris, 1974, *passim*.